

# DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília  
University of Brasília Law Journal

**V. 4, N.1**

janeiro – abril de 2020

## **ARTIGOS // ARTICLES**

GUILLERMO PALAO MORENO

CICERA NUNES & LÍVIA MARIA NASCIMENTO SILVA

INEZ LOPES

BEATRIZ VARGAS RAMOS & ÁLVARO GUILHERME DE

OLIVEIRA CHAVES

RUWANTISSA ABEYRATNE



Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.  
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 4, N. 1 (jan./abr. 2020)  
–Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.  
Quadrimestral. 2020.  
ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)  
Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês/Italiano)  
1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,  
Faculdade de Direito.  
CDU 340

## **CORPO EDITORIAL**

### **EDITORA-CHEFE**

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias – Universidade de Brasília, Brasil

### **EDITORES**

Cristina Maria Zackseski – Universidade de Brasília, Brasil

Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília, Brasil

Fabiano Hartmann Peixoto – Universidade de Brasília, Brasil

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes – Universidade de Brasília, Brasil

Janaína Lima Penalva da Silva – Universidade de Brasília, Brasil

Mamede Said Maia Filho – Universidade de Brasília, Brasil

Othon de Azevedo Lopes – Universidade de Brasília, Brasil

### **CONSELHO EDITORIAL**

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Ana Lúcia Sabadell – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ángel Oquendo – Universidade de Connecticut, Estados Unidos

Emilios Christodoulidis – Universidade de Glasgow, Escócia

Francisco Mata Machado Tavares – Universidade Federal de Goiás, Brasil

José Octávio Serra Van-Dúnem – Universidade Agostinho Neto, Angola

Kimmo Nuotio – Universidade de Helsinque, Finlândia

Leonel Severo Rocha – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira – Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Masayuski Murayama – Universidade Meiji, Japão

Miguel Nogueira de Brito – Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

Nelson Juliano Cardoso Matos – Universidade Federal do Piauí, Brasil

Paulo Weyl – Universidade Federal do Pará, Brasil

Olavo Bittencourt Neto – Universidade Católica de Santos, Brasil

René Fernando Urueña Hernandez – Universidad de Los Andes, Colômbia

Thiago Paluma – Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Thomas Vesting – Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

Valesca Raizer Borges Moschen – Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Virgílio Afonso da Silva – Universidade de São Paulo, Brasil

### **SECRETÁRIO EXECUTIVO**

Vinícius Ferreira Christofoleti – Universidade de Brasília, Brasil



# DIREITO.UNB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

**V. 04, N. 01**

Janeiro – Abril de 2020

# SUMÁRIO

**NOTA EDITORIAL** 8 – 9

Inez Lopes

**EL CONVENIO DE LUGANO Y LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO** 11 – 40

Guillermo Palao Moreno

**ACESSO E PERMANÊNCIA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR X EXERCÍCIO DA MATERNAGEM: ENTRE TRAJETÓRIAS, REPRESENTAÇÕES E EXIGIBILIDADE DE POLÍTICAS ESTUDANTIS** 41 – 79

Cicera Nunes

Livia Maria Nascimento Silva

**MEDIATION IN CROSS-BORDER FAMILY MAINTENANCE AND CHILD SUPPORT** 80 – 101

Inez Lopes

**O GARANTISMO PENAL INTEGRAL E SUAS CONTRADIÇÕES COM O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI** 102 – 126

Beatriz Vargas Ramos

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves

**REGULANDO DRONES EM UM MUNDO DIGITAL** 127 – 141

Ruwantissa Abeyratne

**NOTA EDITORIAL**

O volume 4 número 1 (2020) da Revista DIREITO.UnB está no ar! Este é um espaço de estudos e discussões interdisciplinares em torno de problemas jurídicos focados nas linhas de pesquisa do curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB), com a Área de Concentração *Direito, Estado e Constituição*. O Programa possui cinco linhas de pesquisa: 1) *Movimentos Sociais, conflito e direitos humanos*; 2) *Constituição e Democracia*; 3) *Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade*; 4) *Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação*; e 5) *Criminologia, estudos étnico-raciais e de gênero*.

A Revista DIREITO.UnB é um espaço permanente para publicações de artigos acadêmicos. Eventualmente, a revista publica artigos, resenhas, comentários e análise de jurisprudência (permanente), réplicas e trélicas, resenhas (permanente) e memória e programação.

A edição atual conta com o autor convidado Guillermo Palao Moreno com o artigo intitulado *A Convenção de Lugano e a jurisdição de contratos individuais de trabalho*, que estuda a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que interpretou a Convenção de Lugano de 2007, relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial no Caso C-603/17, Bosworth e Hurley. O trabalho apresenta um aspecto interessante dessa convenção quanto à sua natureza “paralela”, como instrumento para as soluções de conflitos de jurisdição. Além disso, o autor aponta que foram poucas as vezes em que o Tribunal de Justiça se deparou com a interpretação da Convenção.

O próximo artigo aborda o *Acesso e Permanência na Educação Superior X Exercício da Maternagem: entre trajetórias, representações e exigibilidade de políticas estudantis*, de autoria de Cicera Nunes e Lívia Maria Nascimento Silva. O texto investiga as dimensões das dificuldades enfrentadas pelas mulheres que são mães no ensino superior, a partir do método baseado em uma pesquisa qualitativa-quantitativa, apresentando resultados bastante interessantes quanto aos obstáculos encarados durante a formação acadêmica das mães estudantes da Universidade Regional do Cariri (URCA).

A família transnacional é tema do artigo que trata da *Mediação em Prestação Internacional de Alimentos à Criança e à Família*, de autoria de Inez Lopes. O texto investiga a possibilidade do uso de métodos ADR, como mediação, conciliação ou processos semelhantes para assegurar o pagamento de alimentos transfronteiriços, a partir da análise da Convenção da Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, que busca incentivar

soluções amigáveis entre credor e devedor para obter pagamento voluntário de alimentos.

O artigo *O Garantismo Penal Integral e suas Contradições com o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli*, de autoria de Beatriz Vargas Ramos e Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves, estuda o confronto teórico entre o garantismo penal integral e a teoria de Luigi Ferrajoli, considerando o cenário atual, investigando a compatibilidade das proposições. O texto criticamente aponta “gritantes e insuperáveis” contradições nas premissas utilizadas pelos defensores do garantismo penal integral.

Por fim, esta revista apresenta a seção de artigo traduzido. O objetivo desta seção é divulgar trabalhos em português e facilitar a leitura de artigos científicos inéditos no Brasil e garantir o acesso à informação em certos assuntos jurídicos, com a participação de grandes especialistas internacionais. A Revista DIREITO.UnB apresenta o texto de Ruwantissa Abeyratne *Regulando Drones em um Mundo Digital*. O texto aborda a proliferação de drones e o meio para desenvolver um “código consolidado de regras” global para aeronaves sem pilotos no atual mundo digital.

Agradecemos aos revisores e aos colaboradores pela edição deste número.

Boa leitura!

Brasília, janeiro – abril, 2020.

Inez Lopes  
Editora-chefe

# ARTIGOS

# EL CONVENIO DE LUGANO Y LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO

## A CONVENÇÃO DE LUGANO E A JURISDIÇÃO DE CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

## THE LUGANO CONVENTION AND JURISDICTION OVER INDIVIDUAL CONTRACTS OF EMPLOYMENT

Guillermo Palao Moreno

Catedrático de Derecho Internacional privado, Universitat de Valencia (España). Miembro del Grupo de Investigación de Excelencia MedARb GIUV2013-090, Proyecto Prometeo 2018/111 y de MINECO DER-2016-74945-R.

Convidado

### Resumen

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 11 de abril de 2019, en el Asunto C-603/17, Bosworth y Hurley, ofrece una buena oportunidad para examinar los preceptos de la Sección 5ª, del Título II (artículos 18 a 21) del Convenio de Lugano 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido como Convenio de Lugano II), así como su aplicación práctica. Los estudios dedicados a las cuestiones jurisdiccionales que suscitan los contratos individuales de trabajo internacionales han centrado su atención, en su mayor parte y hasta el momento, en las soluciones contenidas en el Convenio de Bruselas de 1968 y los Reglamentos Bruselas I y I bis que se han ido sucediendo -y que integran el conocido como “sistema de Bruselas”-, así como la notable jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que los ha interpretado. No obstante, debido precisamente a su carácter “paralelo”, igualmente resulta de interés analizar las soluciones que proporciona el Convenio de Lugano II y su aplicación jurisprudencial. Esta decisión, por lo tanto, posee un singular interés, debido a las escasas ocasiones en las que el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a la interpretación del Convenio, poniendo de relieve la necesidad de una nueva revisión del Convenio de Lugano II que adapte tales preceptos a los cambios

que han sido incorporados en el Reglamento Bruselas I bis.

**Palabras clave:** Contrato individual de trabajo. Competencia judicial. Convenio de Lugano 2007.

## Resumo

O acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção), de 11 de abril de 2019, no Processo C-603/17, *Bosworth e Hurley*, oferece uma boa oportunidade para examinar os preceitos da seção 5 do título II (artigos 18 a 21) da Convenção de Lugano de 2007, relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial (conhecida como Convenção de Lugano II), bem como sua aplicação prática. Os estudos dedicados a questões jurisdicionais decorrentes de contratos de trabalho individuais internacionais concentraram sua atenção, na maior parte e até o momento, nas soluções contidas na Convenção de Bruxelas de 1968 e nos Regulamentos de Bruxelas I e I bis que são eles estão acontecendo— e constituem o chamado “sistema de Bruxelas”—, bem como a notável jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que os interpretou. No entanto, devido precisamente à sua natureza “paralela”, também é interessante analisar as soluções fornecidas pela Convenção de Lugano II e sua aplicação jurisprudencial. Esta decisão é, portanto, de particular interesse, devido às poucas ocasiões em que o Tribunal de Justiça se deparou com a interpretação da Convenção, destacando a necessidade de uma nova revisão da Convenção de Lugano II que adapte tal preceitos para as alterações incorporadas no Regulamento Bruxelas I bis.

**Palavras-chave:** Contrato individual de trabalho. Jurisdição. Convenção de Lugano 2007.

## Abstract

Judgment of the Court of Justice of the European Union (First Chamber) of 11 April 2019, in Case C-603/17, *Bosworth/ Hurley*, offers a good opportunity to examine the provisions of Section 5 of Title II (Articles 18 to 21) of the Lugano Convention of 2007, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (known as the Lugano II Convention). articles 18 to 21 (Section 5), as well as their application in practice. Studies devoted to the jurisdictional questions which arise from international individual contracts of employment have, most of the times and up to the moment, centred their attention in the Brussels Convention and in the following Regulations Brussels I and I Recast –which form part of the so called “Brussels system”- as well as the noteworthy Case-law of the European Court of Justice which has interpreted them. However, due to its “parallel” character, it is also of interest to analyse those solutions which the Lugano II Convention provides and its application by courts. As a result, this decision shows a significant interest, taking into account the limited times that the European Court of Justice has faced the interpretation of the Convention, highlighting the need for a new revision of the Lugano II Convention which adapts those provisions to the changes which have been incorporated in the Regulation Brussels I Recast.

**Keywords:** Individual contract of employment. Jurisdiction. Lugano Convention 2007.

## 1. EL ASUNTO *BOSWORTH Y HURLEY* Y EL RENOVADO INTERÉS QUE SUSCITA EL CONVENIO DE LUGANO II

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el Asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley*<sup>1</sup>, constituye la primera vez en la que el Alto tribunal europeo se ha enfrentado a la cuestión relativa a los foros en materia de contratos individuales de trabajo al respecto del Convenio de Lugano, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2007<sup>2</sup>. Y ello, en relación con un litigio iniciado por dos nacionales británicos domiciliados en Suiza, que presentaron una reclamación ante las autoridades judiciales británicas, por los perjuicios sufridos por las operaciones fraudulentas en las que se encontraba implicado el Grupo de empresas *Arcadia*, siendo que estas personas habían desempeñado cargos directivos del mencionado Grupo y estaban vinculados por sucesivos y paralelos contratos laborales firmados con varias de las empresas que formaban partes de dicho Grupo. Una reclamación que condujo al planteamiento de una cuestión prejudicial por la *Supreme Court* británica, en la que se suscitaba de modo principal si esta acción podía considerarse como propia de un contrato individual de trabajo que justificase el juego de los foros de protección contenidos en la Sección 5ª, Título II -artículos 18 a 21- del Convenio de Lugano II<sup>3</sup>.

El conocido como Convenio “paralelo” de Lugano, constituye un significativo instrumento internacional que, en su versión actual de 2007, obliga *prima facie* a los Estados miembros de la UE (Unión Europea) y a los de la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio)<sup>4</sup>. Este instrumento internacional se encuentra celebrado –por lo que respecta a la UE- con base en la competencia exclusiva que posee para celebrar este tipo

1 STJUE, de 11 de abril de 2019 (ECLI:EU:C:2019:310). Espiniella Menéndez, A. (2019). Convenio de Lugano y concepto de contrato de trabajo de personal directivo. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/17: *Bosworth y Hurley*. La ley Unión Europea, 71 (edición electrónica).

2 DO L 339, de 21 de diciembre de 2007. La información oficial del Convenio de Lugano II puede consultarse en: <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/depositaire/autres-conventions/convention-concernant-la-competence-judiciaire-la-reconnaissance-et-l-execution-des-decisions-en-mati%C3%A8re-civile-et-commerciale.html> (consultado el 10 de abril de 2020).

3 Cuyo precedente es el Convenio, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1988 (Convenio de Lugano I) (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1994). Sobre las diferencias principales entre los Convenios de Lugano I y II: Gaudemet-Tallon, H. (2010). *Compétence et exécution des jugements en Europe*. (4ª ed.). París: L.G.D.J., pp. 538-543; Wagner, R. y Janzen, U. (2007). Das Lugano-Übereinkommen vom 30-10-2007. *IPrax*, 4, pp. 298-310, pp. 302-305.

4 Esto es, Islandia, Noruega y Suiza.

de Tratados<sup>5</sup>, formando parte del que se ha denominado como el “sistema de Bruselas/Lugano”. El cual, junto a los instrumentos que derivan del desarrollo y evolución del Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil -presidido actualmente, desde la perspectiva de la UE, por el homónimo Reglamento Bruselas I *bis*<sup>6</sup>-, incluye el Convenio de Lugano. Consecuentemente, la aproximación prevista en los instrumentos que componen el “sistema de Bruselas” se ha visto trasladada a las controversias que pudieran suscitarse entre los Estados miembros de la UE y aquéllos de la AELC. De tal modo que, de igual forma a como ocurre con los instrumentos normativos que componen dicho “sistema” –incluido en Convenio de Lugano-, éste cuenta con una naturaleza “doble”, al estar compuesto de normas relativas tanto a la determinación de la competencia judicial internacional, como también al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

A pesar de este paralelismo, lo cierto es que el trasplante de las soluciones presentes en el “sistema de Bruselas” al otro se ha realizado, por lo que hace al Convenio de Lugano II, al respecto de las respuestas contenidas en el Reglamento de Bruselas I publicado en 2000 –instrumento del que es el “paralelo” de forma efectiva-. Por lo que, en la actualidad, y ante el desfase existente entre ambos “sistemas”, resultaría conveniente llevar a cabo una nueva revisión del Convenio de Lugano –*ter*- (como así autoriza su artículo 76), para armonizarlo y actualizarlo con las incorporaciones que se han llevado a cabo en el Reglamento Bruselas I *bis* de 2012, con el objetivo último de recuperar el verdadero “paralelismo” que debería primar las relaciones entre los “sistemas” de Bruselas y de Lugano<sup>7</sup>.

En cualquier caso, la estrecha conexión que mantiene el Convenio de Lugano II al respecto del “sistema de Bruselas” y su juego “paralelo” al mismo no ha conducido, empero, a la existencia de un gran interés doctrinal que haya derivado en un profundo análisis de las soluciones que contienen este instrumento convencional, así como que se haya ocupado de la práctica que se suscitado al respecto del Convenio de Lugano I o II –como tampoco ha sucedido, de forma particular, en relación con las controversias en materia de contratos individuales de trabajo-. Sobre todo, si se compara con la amplia

5 A partir del importante Dictamen del TJUE 1/03, de 7 de julio de 2006 (ECLI:EU:C:2006:81).

6 Reglamento (UE) núm. 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012). Este instrumento es plenamente aplicable para las autoridades de los Estados miembros de la UE (salvo Dinamarca), desde el día 10 de enero de 2015 (artículo 81) y sustituye en su ámbito de aplicación a los precedentes y homónimos Reglamento (UE) núm. 44/2001 y Convenio de Bruselas de 1968, los cuales poseen un papel residual en la actualidad. En la actualidad este Reglamento tampoco obliga al Reino Unido, por efecto del *Brexit*. DO núm. L 29, 20 de enero de 2020. De Miguel Asensio, P.A (2017). Reglamento Bruselas I: perspectivas en relación con la retirada del Reino Unido. *AEDIPr*, t. XVII, pp. 71-89.

7 Giroud, S., Meier, N. y Rodríguez, R. (2014). Le règlement Bruxelles I bis, un modèle pour une nouvelle Convention de Lugano? En Guinchard E. (Dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*. Bruselas: Bruylant, pp. 418-446, pp. 442 y 446.

atención que han despertado –sucesivamente- el Convenio de Bruselas de 1968 y, con posterioridad, los Reglamentos Bruselas I y I *bis*; así como la abundante jurisprudencia emitida –principalmente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)-, al respecto de estos tres últimos instrumentos europeos. En este sentido, su parcialmente dispar ámbito de aplicación territorial y una mayor dispersión jurisprudencial, sin duda habría motivado una inferior aplicación y, en consecuencia, habría motivado el que hubiera atraído una menor atención entre los autores.

No obstante, y precisamente por su directa relación con el Reglamento Bruselas I *bis* y por su carácter obligatorio para los operadores jurídicos en los Estados miembros de la UE igualmente vinculados al Convenio -como así sucede con España-, resulta necesario aproximarse a las soluciones que ofrece el Convenio y a su aplicación por parte de los tribunales –que, aunque menor, también resulta relevante-. Un interés que, debido a la amplitud de controversias civiles y mercantiles internacionales que está llamado a cubrir el Convenio de Lugano II, ha de tener en consideración igualmente las situaciones litigiosas puntuales que pudieran suscitar las relaciones laborales transfronterizas entre los Estados vinculados al mismo al respecto de este tipo de contratos. Tal y como serían, como muestra de ello, las generadas en relación con el personal laboral que presta sus servicios en el Aeropuerto internacional Basilea/ Mulhouse<sup>8</sup>. Una atención que, a su vez, se ha visto revitalizado en fechas recientes, a partir de la publicación de la Sentencia del TJUE en el Asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley*, donde se enfrenta por vez primera a la calificación la noción de “contrato individual de trabajo” en relación con el Convenio de Lugano II, que tantas veces había atraído la atención al respecto de los instrumentos que componen el “sistema de Bruselas”.

A este respecto y de forma inicial, destaca como ambos “sistemas” cuentan con un ámbito material relacionado con los litigios en materia “civil y mercantil”, que igualmente cubre las controversias relativas a los contratos individuales de trabajo. De este modo, si se contempla su versión actual -la Sección 5ª, Título II, del Convenio de Lugano II-, ésta contiene cuatro preceptos (los artículos 18 a 21), donde se contienen una serie de foros especializados y materialmente orientados para los litigios que pudieran surgir en el marco de este tipo de contratos. Así las cosas, resulta aconsejable analizar las soluciones que acoge el Convenio de Lugano II en este ámbito especializado y su juego en la práctica. En consecuencia, el presente estudio se enfrentará –de modo particular- al análisis de los foros de competencia judicial internacional que, en materia de litigios relativos a contratos individuales de trabajo, contiene el Convenio de Lugano II. Un estudio en el que se prestará una especial atención a la jurisprudencia -tanto nacional, como de origen europeo- que se ha emitido al respecto del Convenio de Lugano -I y II- y las dificultades que se derivan de

---

8 Sobre este particular, Nord, N. (2018). L'aéroport de Bâle-Mulhouse et le contrat de travail international. La mise en évidence d'une nécessaire refonte des solutions de droit international privé. *Journal de droit international*, pp. 851-874, pp. 861-863.

la disparidad existente entre este instrumento internacional y el Reglamento Bruselas I *bis*. Aun así, hay que tener presente, en todo caso, que el TJUE ha ganado un papel decisivo en la interpretación autónoma de los términos que contiene dicho acuerdo internacional –gracias a su Protocolo N° 2, tras la entrada en aplicación del Convenio de Lugano II en 2010. De forma que la lógica interacción entre los “sistemas” va a exigir tomar en cuenta, no sólo los problemas prácticos que suscita el Reglamento Bruselas I *bis*, sino también los avances jurisprudenciales que afectan al Convenio de Lugano II.

## **2. LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL CONVENIO DE LUGANO II**

Todo estudio consagrado a los foros de competencia judicial que contiene el Convenio de Lugano II ha de partir previamente de una doble operación: En primer lugar, tienen que concretarse las situaciones litigiosas en los que va a resultar de aplicación este instrumento internacional. Una operación que exige fundamentalmente, no sólo delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, sino también analizar las relaciones que mantienen los “sistemas” de Bruselas –en la actualidad, el Reglamento Bruselas I *bis*- y de Lugano –hoy por hoy, el Convenio de Lugano II- (*infra* 2.1 y 22.). En segundo lugar, y ya en relación con el Convenio de Lugano II, igualmente debe delimitarse la materia relativa a los contratos individuales de trabajo (*infra* 2.3). Una cuestión a la que ya se había enfrentado el TJUE en anteriores ocasiones, pero que lleva a cabo por vez primera al respecto del Convenio de Lugano II, en su Sentencia en el Asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley*. En definitiva, será entonces y resueltas estas dos cuestiones, cuando se podrá llevar a cabo un análisis de los foros de competencia judicial que el Convenio de Lugano II establece en la Sección 5ª del Título II para las controversias en materia de contratos individuales de trabajo (artículos 18 a 21).

### **2.1. COMPLEJIDAD QUE SUSCITA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LUGANO II**

De forma previa al estudio de los foros de competencia judicial internacional que incorpora el Convenio de Lugano II, resulta imprescindible llevar a cabo el análisis de la delimitación del ámbito de aplicación de este instrumento internacional. Algo que pasa, como resulta tradicional en este ámbito, por aproximarse a sus distintas dimensiones: material, territorial, personal y temporal.

a) Para empezar, desde la perspectiva de su ámbito de aplicación material, y como ya

se indicó en el apartado 1, el “paralelo” Convenio de Lugano II cubre las mismas cuestiones y materias que el Reglamento de Bruselas I bis, al referirse genéricamente a la “*materia civil y mercantil*”<sup>9</sup>. Cabe recordar, en este sentido, que su finalidad última consistía trasladar las soluciones del “sistema de Bruselas” a los países firmantes del Convenio Lugano II. Algo que explica la identidad que existe en este ámbito entre los mismos. Aun así, no debe perderse de vista que este “paralelismo” se relaciona fundamentalmente con Reglamento Bruselas I y no con la versión actual del Reglamento Bruselas I bis, por el distinto momento en temporal en el que fueron elaborados. Esto es, el Reglamento (CE) núm. 44/2001 y no el Reglamento (UE) núm. 1215/2012.

b) Por lo que respecta al ámbito de aplicación territorial del Convenio de Lugano II, este instrumento obliga hoy por hoy tanto a los Estados miembros de la UE -participen o no en la política de Cooperación judicial en materia civil (por lo que incluye a Dinamarca)-, como también a los tres países miembros de la AELC (esto es, Islandia, Noruega y Suiza). Sin embargo, aun cuando no se haya materializado hasta el momento y dada su naturaleza de Convenio abierto, este instrumento ofrece la posibilidad de que países terceros puedan vincularse al mismo, debido ser invitado a adherirse por parte de Suiza, al tratarse del país depositario del Convenio de Lugano II<sup>10</sup>.

c) Junto a ello y por lo que respecta a la determinación de su ámbito de aplicación personal, el artículo 2 del Convenio establece que las normas de competencia judicial que contiene se aplican con independencia de la nacionalidad de las partes, en atención del principio del domicilio del demandado –tradicional en los instrumentos del “sistema de Bruselas”-, según la presencia del “domicilio” del demandado en un Estado vinculado al Convenio<sup>11</sup>; al cual se refieren y definen los artículos 59 y 60 del Convenio de Lugano II, respectivamente en relación con las personas físicas y jurídicas<sup>12</sup>. A consecuencia de lo dispuesto en el artículo 2, y respecto de los Estados miembros de la UE, se acudirá al Convenio de Lugano II cuando el demandado estuviera domiciliado en un Estado de la AELC al estar vinculado al mismo. En este sentido resulta paradigmática la Sentencia, de 24 de abril de 1996, del *Tribunal cantonal fribourgeois* de Suiza<sup>13</sup>, donde se dispuso la incompetencia de las autoridades judiciales helvéticas al respecto de la demanda presentada por un trabajador, debido a que el domicilio de la empresa que lo había contratado no se encontraba en dicho país, sino que poseía su domicilio en Panamá. Aun así, y en virtud del

---

9 Vid. Roggerson, P. (2016) Article 1. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Brussels I bis Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 53-83.

10 Gaudemet-Tallon, H. (2010). *cit.*, pp. 532-533.

11 Berasconi, Ch. y Gerber, A. (1993). Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens. *SZIER/RSDIE*, 1, pp. 39-72, pp. 42-49.

12 Müller, Th. (2011). Art. 18. En Dasser, F. y Oberhammer, P. (Eds.). *Lugano-übereinkommen (LugÜ)*. Berna: Stämpfli, pp. 308-330, pp. 314-315.

13 Referencia: *RFJ/FZR* 1996, p. 267.

artículo 52 del Convenio Lugano I, el juez suizo aplicó su normativa con el objetivo de definir la noción de domicilio.

d) Para finalizar con este análisis y por lo que hace al ámbito de aplicación temporal, a tenor de lo establecido en el artículo 69.4 y 5 del Convenio de Lugano II, este instrumento internacional, cabe subrayar como el Convenio Lugano II resulta plenamente aplicable desde el día 1 de enero de 2010<sup>14</sup>. Algo que va a implicar de forma directa, a partir de este preciso momento, la plena sustitución del Convenio Lugano I (apartado 6) por el posterior. Una aplicación temporal del Convenio de 2007 que, en línea de principio y salvo denuncia, será ilimitado (artículo 74). De ahí que, a modo de ejemplo, las normas de competencia judicial que contiene el Convenio de Lugano II, en materia de contratos individuales de trabajo, resultarán completamente aplicables desde esta dimensión temporal, al respecto de los litigios que se susciten a partir de este preciso momento.

## 2.2. APROXIMACIÓN A LAS RELACIONES QUE MANTIENEN EL CONVENIO DE LUGANO II Y EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

El Convenio de Lugano II detalla, en los artículos 64 a 68 y en su Protocolo N° 3, la forma en que este acuerdo internacional va a coordinarse con otros Tratados e instrumentos europeos con los que pudiera interactuar<sup>15</sup>. Sin embargo, por lo que respecta al presente análisis, va a ser la forma en el Convenio se coordina con el Reglamento Bruselas I bis y con los otros textos que conforman el “sistema de Bruselas” la cuestión que centre nuestro interés en esta sede. En esta línea, de una lectura de los artículos 73.1 del Reglamento Bruselas I bis y el 64 del Convenio de Lugano II se desprenden las siguientes reglas que hay que tener presente para este fin. Para empezar, en atención a lo la literalidad del artículo 73.1 el Reglamento Bruselas I bis “no afectará a la aplicación del Convenio de Lugano de 2007”. Junto a ello, el artículo 64 establece que el Convenio de Lugano II no va a impedir el juego del Reglamento Bruselas I bis y su aplicación por parte de las autoridades judiciales de los Estados miembro. Consecuentemente, de una lectura conjunta de ambos preceptos se puede colegir la voluntad del legislador de superar todo tipo de obstrucciones que pudieran surgir en la dinámica de tales textos; de tal modo que el Convenio de Lugano resultará plenamente aplicable en las relaciones existentes entre aquellos países que, estando obligados por el Convenio de Lugano II, no sean Estados miembro de la UE<sup>16</sup>.

14 Sobre el estado de ratificaciones y de notificaciones del Convenio de Lugano II: <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/depositaire/autres-conventions/convention-concernant-la-competence-judiciaire-la-reconnaissance-et-l-execution-des-decisions-en-mati%C3%A8re-civile-et-commerciale.html> (consultado el 10 de abril de 2020).

15 Sobre esta cuestión, Gaudemet-Tallon, H. (2010). *cit.*, pp. 534-536.

16 Téngase en cuenta, Pocar, F. (2009), “Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento

Así las cosas, las situaciones que más dificultades van a generar en la práctica y donde mayores problemas van a surgir a la hora de determinar su aplicación, serán aquellas controversias que se susciten en el contexto de relaciones entre países que se vieran obligados por el Convenio de Lugano II y Estados miembros de la UE. En esta línea el artículo 64.2 del Convenio establece su aplicación exclusiva –“*en cualquier caso*”, según su dicción literal- si se dan ciertas condiciones. En primer lugar, y en atención a lo prescrito en su letra a), este será el resultado siempre que el demandado estuviera domiciliado en un Estado donde se aplicara el Convenio, al igual que sus órganos jurisdiccionales fueran competentes, o bien por razón de la existencia de un foro de competencia judicial internación al exclusivo, o bien por efecto de un acuerdo de sumisión expresa suscrito por las partes. La conclusión será la misma, en virtud de lo previsto en su letra b), en las situaciones en las que se produzca una litispendencia o un supuesto de conexidad (letra b)). En tercer lugar y según contempla la letra c), se alcanzará la misma consecuencia cuando se solicite el reconocimiento y la ejecución de una resolución originada entre países obligados por el Convenio de Lugano II.

En resumidas cuentas, frente a otras interpretaciones que pudieran conducir a una preeminencia del Reglamento Bruselas I bis frente al Convenio de Lugano II, el tradicional criterio del domicilio del demandado resulta decisivo para delimitar las situaciones en las que resulten aplicable los foros previsto en el Convenio de Lugano II. Y ello, con las consecuencias que de ello se derivan para determinar el juego de los foros contenidos en uno u otro instrumento, como sucedería en los supuestos de litigios en materia de contrato individual de trabajo. Una afirmación de la que se derivan importantes consecuencias debido a que, a pesar de que las normas de competencia judicial en relación con las disputas derivadas de contratos individuales de trabajo sean similares, su distinto ámbito de aplicación territorial y países a los que obliga marca diferencias al respecto de extremos como el régimen del reconocimiento y de la ejecución de resoluciones<sup>17</sup>.

a) Por una parte, el proceso de revisión que condujo a la publicación del Reglamento Bruselas I bis incorporó en el artículo 6.1, la posibilidad de que los foros de competencia judicial internacional pudieran utilizarse, cuando el litigio en cuestión se encontrara vinculada con terceros países, en algunos supuestos<sup>18</sup>. Una aplicación a su aplicación en situaciones extra-UE que afecta, entre otros y en virtud de lo establecido en el artículo 21.2 –con una remisión al apartado 1- del Reglamento Bruselas I bis, a los litigios en los que el trabajador domiciliado en un Estado miembro de la UE deseara demandara un empresario que no

---

y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007. Informe explicativo” (DO núm. C 319, de 23 de diciembre de 2009, 1-56), p. 6.

17 En el mismo sentido, Bonomi, A. (2011). “Art. 18”. En Bucher, A. (Ed.). *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, pp. 1910-1913, p. 1911.

18 Vlas, P. (2016), Article 6. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Brussels I bis Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 115-120, pp. 116-117.

estuviera domiciliado en un Estado miembro de la UE, al ofrecer como foros de ataque tanto los tribunales de su propio domicilio, como los del Estado miembro donde desarrollara de forma habitual su trabajo, o –en ausencia de este lugar-, ante aquéllos donde se situara el establecimiento que los hubiera empleado al trabajador<sup>19</sup>.

A este respecto resulta paradigmática la Sentencia, de 11 de febrero de 2002, del *Høyesteret* noruego<sup>20</sup>, en relación con la reclamación de un trabajador que había sido contratado por una empresa suiza en un primer momento, aunque con posterioridad se produjo un nuevo contrato –sin denuncia del previo- con la empresa filial de la multinacional domiciliada en Noruega, país al que se trasladó al empleado a la postre<sup>21</sup>. Aunque y esto resulta especialmente significativo para los litigios examinados, los países a los que les obliga el Convenio de Lugano II no podrán ser concebidos, a los efectos de esta regla, como “países terceros”. Entre otras razones, en atención al tenor de los artículos 73 del Reglamento Bruselas I *bis* y el 64 del Convenio de Lugano II, antes expuestos. Como resultado de lo expuesto, el Convenio de Lugano II seguirá siendo el aplicable cuando un trabajador demande al empleador ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE, si estuviera domiciliado en un Estado no UE al que le obligase este instrumento convencional.

b) Por otra parte, en esta ocasión por la aplicación del art. 20.2 Reglamento Bruselas I *bis*<sup>22</sup>- e igualmente en virtud de lo previsto en los artículos 73 del Reglamento Bruselas I *bis* y el 64 del Convenio de Lugano II-, tampoco va a poder acudir a los foros contemplados en el Reglamento cuando la controversia se encuentre en el ámbito de aplicación del Convenio de Lugano II, en aquellos casos en los que el empleador tuviera su domicilio en un país parte de la AELC y al que le obligue el Convenio de Lugano II, en aquellos supuestos en los que poseyera un establecimiento secundario –“*sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento*”- en un Estado miembro de la UE<sup>23</sup>. De tal manera que, a pesar de su similar orientación, el ámbito de aplicación personal de los instrumentos no se vería afectado por dicho precepto, debido a que el trabajador contaría con la tutela jurisdiccional que le ofrecería el artículo 18.2 del Convenio de Lugano II. Nuevamente, las

19 Esplugues Mota, C. y Palao Moreno, G. (2016), Article 21. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Brussels I bis Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 541-554.

20 En: <https://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/2003/42-2003.htm> (consultado el 10 de abril de 2020). Sobre esta decisión, Fötschl, A. (2014). Keine Anwendung des Lugano-Übereinkommens für Kläger aus Drittstaaten –Zur Entscheidung des norwegischen Høyesteret in Raffles Shipping v. Trico Subsea AS. *IPRax*, 2, pp. 187-194.

21 Una casuística que resulta frecuente en el seno de los Grupos de empresas multinacionales. Vid. Palao Moreno, G. (2000). *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 124-132.

22 Esplugues Mota, C. y Palao Moreno, G. (2016), Article 20. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Brussels I bis Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 534-541, pp. 539-541.

23 Al respecto, Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L. y Palao Moreno, G. (2019). *Derecho Internacional privado*. (13ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 161.

disparas consecuencias resultantes de la aplicación de un texto u otro, exigen un ejercicio de claridad en su delimitación, que resulte respetuoso con la jerarquía de fuentes y con los compromisos internacionales.

### 2.3. LA MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO Y SU INTERPRETACIÓN EN RELACIÓN CON EL CONVENIO DE LUGANO II

La interpretación de los términos empleados en el Reglamento Bruselas I bis y Convenio de Lugano II se ve afectada igualmente por su carácter “paralelo”. Y ello, con el objetivo de tanto favorecer su delimitación uniforme y sortear los problemas derivados de una dispar delimitación que afectaría negativamente a su eficacia por razón de una divergente aplicación en último extremo<sup>24</sup>. Si bien esta finalidad se encontraba presente en el Protocolo Nº 2 del Convenio de Lugano I, ha dado un significativo paso adelante en el Convenio vigente y la nueva redacción que se da al Protocolo Nº 2, al pasar a ser parte integrante del ordenamiento de la UE y concedérsele al TJUE la competencia para su interpretación –aunque no en exclusiva, sino compartida con los órganos jurisdiccionales de los países vinculados al Convenio que no sean miembros de la UE-<sup>25</sup>.

Como resultado de esta modificación efectuada en el Protocolo, se favorece una coordinación que facilite una interpretación uniforme de las normas del que conforman el “sistema de Bruselas y de Lugano”: Según el cual: a) en su artículo 1 se obliga a tener en cuenta la jurisprudencia emitida desde los países a los que obliga el Convenio de Lugano II y aquella que emitiera el TJUE; b) a la vez que su artículo 2 autoriza los a Estados vinculados al Convenio presentar memorias y observaciones al TJUE, para la interpretación del Convenio; así cómo c) en virtud de su artículo 3, se contempla un mecanismo de intercambio de información sobre las decisiones más relevantes; d) e incluso, como reza su artículo 4, se prevé la constitución de un Comité permanente; e) al igual que, como dispone el artículo 5, la celebración encuentros de expertos en esta materia<sup>26</sup>.

Por lo que, a raíz de este significativo cambio, se profundiza en el objetivo de favorecer una interpretación uniforme de los instrumentos mencionados y los términos que acogen, tanto teniendo en consideración la jurisprudencia nacional que pudiera emitirse

24 Igualmente, Wagner, R. y Janzen, U. (2007). *cit.*, pp. 309-310.

25 Las diferencias en la interpretación, sin embargo, no pueden ser concebidas como la violación del Convenio. En este sentido, Papeil, A.-S. (2011). La divergence d'interprétation d'une convention de droit international privé ¿constitue-t-ell une violation d'un traité? Le cas particulier de la Convention de Lugano. *SZIER/RSDIE*, 3, pp. 439-454, pp. 453-454.

26 Vid. Pocar, F. (2009), “Informe explicativo”, *cit.*, 53-56; Giroud, S. (2017). Lugano Convention. En Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y De Miguel Asensio, P. (Eds.), *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar. Vol. 2, pp. 1175-1184, p. 1183.

en relación con el Convenio de Lugano II –contemplando asimismo la colaboración de los países a él vinculados-, como confirmando al TJUE en su papel de garante último de una interpretación uniforme del mismo<sup>27</sup>.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia emitida por el TJUE en relación con el Convenio de Lugano II va a contar con una mayor transcendencia, a partir de este cambio<sup>28</sup>, siendo un vívido ejemplo de esta novedad y de la garantía de una interpretación uniforme del ámbito de aplicación material de los instrumentos mencionados –al referirse todos a la “*materia civil y mercantil*”<sup>29</sup> y de la noción de “*contratos individuales de trabajo*” la Sentencia del TJUE en el Asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley*. Un concepto, este último, que carece de una definición uniforme y autónoma tanto en el Reglamento Bruselas I bis, como en el Convenio de Lugano II; aunque sí que ha atraído el interés del TJUE, ofreciendo una calificación uniforme al respecto de los diversos instrumentos europeos que componen el “sistema de Bruselas” que resulta eficaz al respecto del Convenio de Lugano II<sup>30</sup>, pudiendo acudir a ella para la delimitación de esta categoría en relación con la aplicación de la Sección 5º Título II, artículos 18 a 21, del Convenio de Lugano II<sup>31</sup>.

En atención a la jurisprudencia emitida por el TJUE en este ámbito se pueden determinar los rasgos principales de la materia “*contratos individuales de trabajo*” que, ya desde el inicio, se ha de diferenciar las relaciones laborales colectivas o las relacionadas con la seguridad social<sup>32</sup>-, con el objeto de permitir su tratamiento jurisdiccional diferenciado, en atención a su especificidad y diferenciación de otras figuras contractuales afines que no precisan de una tutela desde la perspectiva de las normas de competencia judicial internacional<sup>33</sup>. De tal forma que, por lo que se refiere a los instrumentos que componen el “sistema de Bruselas”, a partir de la acción desarrollada por el Alto Tribunal europeo –caracterizada por su flexibilidad y orientación funcional<sup>34</sup>- podría afirmarse que nos

---

27 Sobre esta cuestión, Meier, K. (2012). Auslengunseinheit von LugÜ und EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Beteiligung am Vorabentscheidungs-verfahren vor dem EuGH. *SZIER/RS-DIE*, 4, pp. 633-659.

28 Junto a las Sentencias TJUE, en el Asunto, *Bosworth y Hurley* (ECLI:EU:C:2019:310); y de 20 de septiembre de 2017, en el Asunto C-467/16, *Schlömp* (ECLI:EU:C:2017:993) –en un supuesto de litispendencia- relativa a la delimitación del concepto de “tribunal” establecido en los artículos 27 y 30 del Convenio de Lugano II.

29 Vinculada con la cuestión examinada, la Sentencia del TJUE, de 28 de febrero de 2019, en el Asunto C-579/17, *BUAK* (ECLI:EU:C:2019:162).

30 A este respecto, la Sentencia del TJUE, de 4 de diciembre de 2014, en el Asunto C-295/13, *H* (ECLI:EU:C:2410).

31 Müller, Th. (2011). Art. 18. *cit.*, p. 301.

32 Acocella, D. (2011). Art. 18. En Schnyder, A.K. (Ed.). *Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht. Kommentar*. Zürich: Dike. pp. 375-386, pp. 379-380.

33 Sentencia del TJUE, de 22 de mayo de 2008, en el Asunto C-462/06, *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline* (ECLI:EU:C:2008:299).

34 En esta línea, VAQUERO LÓPEZ, C., (2017). Mecanismos de Derecho Internacional privado europeo

encontraríamos ante un contrato individual de trabajo –a pesar de que no se hubiera celebrado formalmente dicho contrato o éste resultara inválido<sup>35</sup>- cuando una persona –que se denominaría “trabajador”- desempeñe durante un tiempo, ciertas prestaciones a favor de un empresario y bajo su dirección –de forma subordinada y dependiente-, a cambio de una retribución, generándose “una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa”<sup>36</sup>.

Junto a ello y en relación al “sistema de Lugano”, en particular, hay que recalcar que la categoría de los “*contratos individuales de trabajo*” ha resultado igualmente delimitada, tanto al respecto al Convenio de Lugano I, como ahora también al respecto del Convenio de Lugano II.

a) Por lo que hace al Convenio de Lugano I, en primer lugar, diversas Sentencias dictadas por tribunales estatales han abordado la problemática de delimitar esta categoría. Para empezar, en la Sentencia de 20 de enero de 1999, del *Oberster Gerichtshof* de Austria<sup>37</sup>, se consideró que las relaciones que existían entre un principal y un agente comercial no podían ser estimadas como incluidas dentro de esta categoría. Algo que, en definitiva, obligaba a acudir a las normas de competencia judicial internacional incluidos en el Convenio para los contratos civiles y mercantiles. Al mismo resultado negativo se llegó, en el Sentencia de 20 de agosto de 2003, del *Budesarbeitsgericht* de Alemania<sup>38</sup>. Una decisión donde se concluyó que no podía calificar como trabajador a un directivo que había firmado dos contratos sucesivos, tanto con un Grupo de empresas como con una de las sociedades del Grupo para la que prestaba sus servicios como Director –y menos a efectos de la demanda presentada frente al Grupo en su conjunto-, debiendo acudir al foro general en materia contractual, como en el caso anterior.

b) En relación con el Convenio de Lugano II, la delimitación autónoma del concepto de contrato individual de trabajo, este ejercicio se ha llevado a cabo por vez primera en la Sentencia del TJUE en el Asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley* que nos ocupa. Recordemos que este supuesto se refería a la reclamación presentada por dos nacionales británicos, aunque domiciliados en Suiza, que demandaron por los perjuicios sufridos por unas operaciones fraudulentas en las que se había visto involucrado el Grupo de empresas *Arcadia*. Un Grupo en el que habían desempeñado diversos cargos directivos, estando para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas. *AEDIPr*, t. XVII, pp. 425-471, 439-441.

35 Bonomi, A. (2011). “Art. 18”. *cit.*, p. 1912; Müller, Th. (2011). Art. 18. *cit.*, p. 318.

36 Fundamentalmente las Sentencias del STJCE, de 15 de enero de 1987, en el Asunto C 266/85, *Has-san Shenavai v. Klaus Kreischer* (ECLI:EU:C:1987:11); de 13 de julio de 1993, en el Asunto C-125/92, *Mulox IBC Ltd. v. Hendrick Geels* (ECLI:EU:C:1993:306); y de 10 de septiembre de 2015, en el Asunto C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros* (ECLI:EU:C:2015:574).

37 *Juristische Blätter* 1999, pp. 745-747.

38 Referencia: 5 AZR 45/03. Nota de Mankowski, P. (2004). *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, pp. 81-82.

vinculados por medio de contratos laborales con varias de las empresas que formaban parte del Grupo. Presentada su reclamación ante las autoridades británicas, la *Supreme Court* planteó una serie de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, encabezadas por una principal en la que se cuestionaba –en atención a las circunstancias del caso mencionado– qué “criterio debe seguirse para determinar si una acción ejercitada por un empresario contra un empleado o antiguo empleado (en lo sucesivo, “empleado”) se considera una acción “en materia de” contrato individual de trabajo en el sentido de la Sección 5 del Título II (artículos 18 a 21) del Convenio de Lugano”. Y ello, con el propósito de determinar si, en el caso en cuestión, podía permitir que se acudiera a los foros de ataque que ofrecían a los trabajadores los artículos 18 a 21 del Convenio de Lugano II.

El Alto Tribunal europeo consideró que, en atención a la jurisprudencia que había emitido previamente en este ámbito –recordemos, en relación con los instrumentos europeos que forman parte del “sistema de Bruselas”–, el concepto de contrato individual de trabajo debía delimitarse de modo objetivo –independientemente de la formalidad del contrato– en atención a los derechos y los deberes de las personas involucradas, siendo decisivo que este sujeto desempeñara ciertas prestaciones en favor de otra y bajo su dirección –existiendo así una relación de subordinación– y durante un tiempo a cambio de una remuneración<sup>39</sup>. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia europeo concluyó considerando que, a pesar de los distintos indicios que permitían hacer pensar que se trataba de contratos de trabajo, en este asunto no existía el necesario nexo de subordinación que permitía acudir a los foros de protección del Convenio de Lugano II –ya que contaban con la posibilidad de decidir sobre los términos de sus contratos y por contar con el control sobre sus funciones y otros asuntos del Grupo–, aun cuando determinadas circunstancias podrían conducir a estimar la existencia de este tipo de relación –dado que, entre otros, estas personas resultaban responsables ante los accionistas del Grupo, pudiendo ser contratados o despedidos por las empresas que lo conformaban<sup>40</sup>.

### **3. LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL CONVENIO DE LUGANO II**

Como resultado de lo expuesto, en el Asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley* no

---

39 En el mismo sentido, las Sentencias del STJUE, de 20 de septiembre de 2007, en el Asunto C-116/06, *Kiiski* (ECLI:EU:C:2007: 563), de 10 de septiembre de 2015, en el Asunto C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros* (ECLI:EU:C:2015:574), y de 20 de noviembre de 2018, en el Asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanta y otros* (ECLI:EU:C:2018:926).

40 En sus apartados 31 a 35.

resultaba posible acudir a los foros de competencia judicial internacional protectores que contenía el Convenio de Lugano II en materia de contratos individuales de trabajo –Sección 5ª del título II, artículos 18 a 21-, en relación con la demanda presentada por los directivos británicos. Unas normas de competencia judicial que, como se expuso en el inicio de este trabajo, coinciden con los incorporados en el Reglamento Bruselas I, al resultar “paralelo” a este instrumento. Un “paralelismo” que, sin embargo, no es completo en relación del Reglamento Bruselas I bis –Sección 5ª, Título II, artículos 20 a 23-, que contiene ciertas novedades que, como ya se ha recalcado, habría que trasladarse a un reformado Convenio de Lugano *ter*.

### 3.1. EL OBJETIVO PROTECTOR DE LA PARTE DÉBIL DEL CONTRATO EN LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL

La inaplicación de los foros de protección a favor de los trabajadores *in casu*, no evita la conveniencia de su estudio en esta sede, brindándonos una oportunidad única para llevar cabo este análisis. Como idea de inicio se debe destacar como las normas de competencia judicial en este ámbito sobresalen por su carácter especializado y por contar con una orientación material con la que se persigue dispensar una adecuada tutela al trabajador, como parte débil del contrato<sup>41</sup>. Así las cosas y en atención al principio *favor laboratoris* que informa al legislador europeo en este ámbito, con los artículos 18 a 21 del Convenio de Lugano II se busca equilibrar la capacidad negociadora del empleado en los supuestos litigiosos a los que pudiera enfrentarse en relación con su empleador. Sobre todo, si se compara con el efecto que tendría el recurrir a las normas de competencia judicial que resultaría aplicable si no contara con esta consideración y se tuvieran que aplicar las normas relativas a los contratos civiles y comerciales, como son los artículos 5.1 y 17 del Convenio de Lugano II<sup>42</sup>.

En este sentido y como acertadamente ha destacado el Tribunal de Justicia europeo, con la incorporación de estos foros protectores se buscaría impedir que “en la medida de lo posible, la multiplicidad de los criterios de competencia judicial respecto a una misma relación jurídica, y en reforzar la protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad, permitiendo, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandando prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandando (...), con vistas a garantizar la buena

---

41 Vid. Meyer, B. y Stojiljovic, M. (2011). Art. 18. En Oetiker, Ch. y Weibel, Th. (Eds.). *Lugano-Übereinkommen*. Basilea: Helbing Lichtenhahn. pp. 416-432, p. 418.

42 Bonomi, A. (2011). “Art. 18”. *cit.*, p. 1911.

administración de la justicia y permitir la sustanciación adecuada del proceso”<sup>43</sup>.

En esta línea, en el propio Informe al Convenio de Lugano II se subraya como la negociación de su precedente de 1988 fue aprovechado para corregir la neutralidad de las normas de competencia judicial existentes en el Convenio de Bruselas de 1968, dando como resultado la inclusión de unos foros protectores para este colectivo en el Convenio de Lugano I<sup>44</sup>. Una orientación tuitiva que acompañaría, ya desde ese momento, a los sucesivos instrumentos de los “sistema Bruselas/ Lugano”. De tal manera que, con cada revisión de cada uno de estos instrumentos y de su “paralelo”, se habría continuado con esta finalidad protectora, además de que habría aprovechado para incorporar los eventuales avances derivados de la jurisprudencia emitida por el TJUE en relación con los contratos individuales de trabajo y trasladar las modificaciones de uno a otro texto. De ahí que, como se indicó desde el inicio, debería culminarse este proceso por medio de trasladar las modificaciones recogidas en el Reglamento Bruselas I bis, en un futuro Convenio de Lugano ter, todavía pendiente.

De forma resumida, el modo en el que los artículos 18 a 21 recogen el principio *favor laboratoris* se lleva a cabo del siguiente modo: a) para empezar, en el artículo 21 se imponen condiciones a la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo de sumisión a un tribunal, aunque sin eliminarlos por completo, con el objeto de que este pacto funcione *pro operario*; b) seguidamente, según establecen los artículos 18 y fundamentalmente el 19, el trabajador va a contar con una serie de foros de ataque contra el empresario, especialmente ventajosos y cercanos; c) para finalizar, en el artículo 20 se limitan las opciones de las que va a disponer el empresario para demandar al trabajador, favoreciendo la tutela de los intereses de la parte débil de la relación.

### 3.2 EL JUEGO DE LOS ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN EN ESTE ÁMBITO

Como se acaba de exponer, el análisis de los foros de competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo debe comenzar por examinar el alcance que posee el principio de autonomía de la voluntad en este ámbito. Un estudio que se va a realizar principalmente al respecto de los acuerdos de sumisión expresa. Y ello, debido a que la sumisión tácita, sin embargo, no sólo suscitaría dudas sobre su eficacia en este

---

43 Las Sentencias del TJCE, de 9 de enero de 1997, en el asunto C-383/95, *Rutten/Cross Medical* (ECLI:EU:C:1997:7); de 27 de febrero de 2002, en el asunto C-37/00, *Weber* (ECLI:EU:C:2002:122); y de 10 de abril de 2003, en el asunto C-437/00, *Pugliese* (ECLI:EU:C:2003:219).

44 Pocar, F. (2009), “Informe explicativo”, *cit.*, p. 22.

ámbito –si se atiende al tenor de los artículos 18.1 y 2<sup>45</sup>-; sino que a su vez, caso de aceptarse, su juego práctico resultaría limitado<sup>46</sup>. La sumisión expresa se ve ordenada en el artículo 21 del Convenio Lugano II, previendo la posibilidad de que el trabajador y el empresario pueden alcanzar un pacto a favor de un determinado tribunal competente –cuya admisibilidad y validez formal se verá ordenada por lo previsto en su artículo 23<sup>47</sup>-, cuando se concluyó dicho acuerdo<sup>48</sup>.

Así, en lugar de su exclusión *ab initio*, y con el fin de proporcionar una adecuada y necesaria tutela al trabajador, el artículo permite a las partes alcanzar dicho acuerdo, aunque su validez se verá condicionada a que responda a una decisión informada para el trabajador<sup>49</sup>, así como que se cumplan con determinadas condiciones para que prevalezca sobre los foros establecidos en los artículos 18 a 20. En esta línea, con un carácter alternativo, este pacto únicamente será válido: o bien si se concluye con posterioridad al surgimiento de la controversia entre las partes<sup>50</sup>, o bien si se ofrece una ampliación en los foros disponibles para el trabajador<sup>51</sup>, en relación con las soluciones jurisdiccionales previstas en los artículos 18 y 19 –en tanto que preceptos que fijan los mínimos de una tutela jurisdiccional apropiada para este sujeto de cara y, por tanto, de la validez del pacto de sumisión-<sup>52</sup>.

Por lo tanto, en virtud de lo establecido en el artículo 21 del Convenio de Lugano II, las partes del contrato podrán formalizar un acuerdo de sumisión -con anterioridad o con posterioridad al surgimiento de la controversia-, con la condición de que beneficie al trabajador<sup>53</sup>. Como ejemplo de esta posibilidad cabe mencionar la resolución del *Tribunal cantonal fribourgeois* de 1996, al considerar como nulo un acuerdo de sumisión a favor de la jurisdicción suiza que se había incorporado en un contrato de trabajo, que había sido concluido entre un trabajador francés y una empresa con domicilio en Panamá, para que

45 Aunque sí jugaría en relación con otros contratos con parte débil, como los de seguro, como se aprecia en la Sentencia de TJUE, de 20 de mayo de 2010, en el Asunto C-111/09, *CPP Vienna Insurance Group* (ECLI:EU:C:2010:290). Por lo que algunos autores apostarían por su juego también al respecto de los contratos de trabajo. Así, Bonomi, A. (2011). “Art. 20”. En Bucher, A. (Ed.). *cit.*, pp. 1919-1923, p. 1922.

46 Mosconi, F. (2003). La giurisdizione in materia di lavoro nel regolamento (CE) N. 44/2001. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, pp. 5-28, pp. 26-27.

47 Müller, Th. (2011). Art. 21. En Dasser, F. y Oberhammer, P. (Eds.). *cit.*, pp. 354-361, p. 359.

48 Acocella, D. (2011). Art. 21. En Schnyder, A.K. (Ed.). *cit.*, pp. 406-413, p. 408.

49 Bonomi, A. (2011). “Art. 20”. *cit.*, p. 1921; Queirolo, I. (2012). Prorogation of Jurisdiction in the Proposal for a Recast of the Brussels I Regulation. En Pocar, F., Viarengo, I. y Villata, F.C. (Ed.s). *Recasting Brussels I*. Milán: Cedam. pp. 183-198, p. 196.

50 Sentencia del TJUE, de 9 de julio de 2012, en el Asunto C-154/11, *Mahamdia* (ECLI:EU:C:2012:491).

51 No obstante, el texto original contenía una equivocación que tuvo que ser enmendada por medio de un Acta de corrección de errores (DO núm. L 147, de 10 de junio de 2009). Así, donde dice: «2) que permitieren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente Sección.», debe decir: «2) que permitieren al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente Sección.»

52 Meyer, B. y Stojiljovic, M. (2011). Art. 21. En Oetiker, Ch. y Weibel, Th. (Eds.). *cit.*, pp. 443-446, p. 445.

53 Vid. Pocar, F. (2009), “Informe explicativo”, *cit.*, p. 23.

desarrollara su actividad en Suiza.

### 3.3. FOROS DE ATAQUE DISPONIBLES PARA EL TRABAJADOR EN DEFECTO DE ACUERDO DE SUMISIÓN

La sección 5ª, Título II, del Convenio de Lugano II ofrece diversas alternativas jurisdiccionales a las partes de un contrato individual de trabajo. Aun así, lo cierto es que la mayor parte de las demandas que se presentan en relación con este tipo de acuerdos suelen verse iniciadas por el empleado frente al empresario<sup>54</sup>. A este respecto, hay que tener presente los foros de competencia judicial que se establecen en los artículos 18 y, de forma principal, en el 19.

a) Así, por lo que respecta al artículo 18, en su apartado 1º se prevé la exclusión de las normas de competencia judicial previstas para los contratos civiles y mercantiles cuando la relación merezca una consideración de contrato individual de trabajo; aunque sin perjuicio del juego de las soluciones contenidas en los artículo 4 y 5.5 del Convenio de Lugano II<sup>55</sup>. De tal modo que, por un lado y en atención a lo dispuesto en el artículo 4, cuando la parte demandada no se encontrara domiciliado en un Estado vinculado, sino en un país tercero, habrá de acudir a las normas propias del sistema de Derecho Internacional privado fuente interna del país en cuestión<sup>56</sup>; mientras que, por otro lado y con respecto al artículo 5.5, se prevé una extensión del ámbito de aplicación personal de la Sección 5ª que persigue favorecer la tutela jurisdiccional del empleado, en el sentido de permitir al trabajador demandar al empresario domiciliado en un Estado vinculado ante los tribunales de otro país donde este sujeto posea un establecimiento secundario –una “*sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento*”-, siempre que ahí se hubiera empleado al trabajador<sup>57</sup>.

Por su parte, en su apartado 2º, y para los supuestos en los que el trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviese su domicilio

54 También, Grusic, U. (2012). Jurisdiction in Employment Matters under Brussels I – A Reassessment. *International and Comparative Law Quarterly*, 61, pp. 91-126, pp. 100-101.

55 Acocella, D. (2011). Art. 18. *cit.*, pp. 383-385.

56 Bonomi, A. (2011). “Art. 18”. *cit.*, p. 1912. Así, en España, resultaría aplicable el artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial. Vid. Zabalo Escudero, M.E. (1986). La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo (El artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985). *Revista Española de Derecho Internacional*, pp. 613-629.

57 Sentencia del TJCE, de 22 de noviembre de 1978, en el Asunto C-33/78, *Somafer SA/Saar-Ferngas AG* (ECLI:EU:C:1978:205). Vid. Bonomi, A. (2011). “Art. 18”. *cit.*, p. 1912.

en un Estado vinculado por el Convenio de Lugano II, se le va a ofrecer a la parte débil la posibilidad de acudir al foro del establecimiento secundario –esto es, una sucursal, una agencia, u otro establecimiento de esta naturaleza-, para aquellos litigios derivados de la explotación de este establecimiento secundario<sup>58</sup>.

b) No obstante, los foros principales de los que dispone el trabajador, en ausencia de pacto, se sitúan en el artículo 19 se establecen determinados foros de competencia judicial que, con un carácter alternativo, se encuentran disponibles para demandar al empleador. Por un lado, en el artículo 19.1 del Convenio de Lugano II se establece que el trabajador puede demandar al empleador domiciliado en un Estado vinculado, ante los órganos jurisdiccionales del país donde se situara su domicilio –localizado en el momento en que se hubiera presentado la demanda-<sup>59</sup>. Nos encontramos, por tanto, ante la segunda dimensión del criterio del domicilio del demandado, esta vez como foro de competencia judicial disponible para el empleado; manifestándose como una alternativa jurisdiccional que atiende a los intereses de ambos sujetos y del proceso, más aún en los supuestos de personas que estuvieran expatriados en países terceros<sup>60</sup>.

Por otro lado, el artículo 19.2 –con un juego alternativo frente al numeral anterior- establece dos nuevos foros que, con un juego sucesivo entre ellos, permitirá al trabajador demandar al empresario ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado vinculado. De esta forma, según se dispone en su letra a), esta persona podrá presentar su reclamación –nuevamente de modo alternativo- en primer lugar frente al tribunal del país donde el trabajador hubiera prestado sus servicios de forma habitual –a pesar de que hubiera desarrollado su actividad en varios países-<sup>61</sup>; y en segundo lugar –en ausencia de que exista un lugar habitual de trabajo y como cláusula de cierre- ante los tribunales del último lugar donde el trabajador hubiera prestado sus servicios<sup>62</sup>. Por su parte, en la letra b) se permite al trabajador, de forma subsidiaria y cuando hubiera finalizado la relación laboral, acudir a los tribunales del país donde se situase el establecimiento que hubiera contratado

---

58 Sentencia del TJUE, de 9 de julio de 2012, en el Asunto C-154/11, *Mahamdia* (ECLI:EU:C:2012:491).

59 El texto original contenía un error que fue revisado en un Acta de corrección de errores (DO núm. L 147, de 10 de junio de 2009). De tal modo que, donde dispone: «*El trabajador domiciliado en un Estado vinculado por el presente Convenio podrá ser demandado*:», se refiere a: «*El empresario domiciliado en un Estado vinculado por el presente Convenio podrá ser demandado*:».

60 Al respecto, Bonomi, A. (2011). “Art. 19”. En Bucher, A. (Ed.). *cit.*, pp. 1913-1919, p. 1914; Palao Moreno, G. (2003). La competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo en la Comunidad Europea. *Derecho Internacional y de la Integración*, pp. 7-32, p. 22.

61 Vid. Pocar, F. (2009), “Informe explicativo”, *cit.*, p. 22. Por su parte, el artículo 21.1, b, i) del Reglamento Bruselas I *bis*, concreta que el lugar de trabajo habitual puede serlo aquel donde o desde donde se llevase a cabo el trabajo. Al respecto, destaca la Sentencia del TJCE, de 9 de enero de 1997, en el Asunto C-383/95, *Rutten/Cross Medical* (ECLI:EU:C:1997:7).

62 Por razón de que el trabajador podría demandar al empleador cuando hubiera finalizado la relación laboral. Vid. Pocar, F. (2009), “Informe explicativo”, *cit.*, p. 22. En este sentido, la Sentencia del TJCE, de 27 de febrero de 2002, en el Asunto C-37/00, *Weber* (ECLI:EU:C:2002:122).

al trabajador<sup>63</sup>.

El juego de los foros previstos para el trabajador en el artículo 19 va a depender, en gran medida, de si, en relación al supuesto en cuestión, existía o no un lugar habitual de trabajo un Estado vinculado al Convenio de Lugano II<sup>64</sup>. De tal modo que, frente al resto de criterios existentes<sup>65</sup>, el del lugar de trabajo habitual se constituye como el elemento central en el modelo de competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo en el “sistema de Bruselas y de Lugano”; resultando residual en la práctica, la posibilidad de acudir al criterio del lugar de localización del establecimiento del empleador<sup>66</sup>. Este resultado se habría visto, además, favorecido por el Tribunal de Justicia europeo en su labor de interpretación, al estimar que es el criterio por medio del que se atiende de mejor forma a los intereses tuitivos buscados, a la vez que garantizaba la conexión entre la demanda y los órganos jurisdiccionales competente para resolverla, favoreciendo la buena administración de justicia<sup>67</sup>. En este sentido, se puede comprobar su firme deseo de que prevalezca este criterio tradicional de corte territorial en la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal de Justicia, siempre que ello ha sido viable –a pesar del riesgo de conducir a un *fórum actoris*<sup>68</sup>-, no sólo en relación a aquellos litigios más sencillos en los que se desarrolló la actividad laboral en un lugar único<sup>69</sup>, sino también en situaciones más complicadas -como serían aquellas en las que el trabajador hubiera prestado sus servicios en una pluralidad de

63 Aunque, por lo que respecta al artículo 21.2 del Reglamento Bruselas I *bis*, también se prevé este foro para poder demandar a los empresarios no domiciliados en un Estado miembro. Vid. Pocar, F. (2009), “Informe explicativo”, *cit.*, p. 22; Müller, Th. (2011). Art. 19. En Dasser, F. y Oberhammer, P. (Eds.). *cit.*, pp. 331-347, pp. 345-346.

64 Sobre esta cuestión, la Sentencia del TJCE, de 15 de febrero de 1989, en el Asunto 32/88, *Six Constructions/Humbert* (ECLI:EU:C:1989:68).

65 Vid. Iriarte Ángel, J.L. (2018). La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión de los Reglamentos europeos. CDT, Vol. 10. Núm. 2, pp. 477-496, pp. 488-494 (en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)). Sobre el sector del transporte, en particular, Fotinopoulou Basurko, O. (2019). *Habitualidad vs temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*. Barcelona: Atelier, pp. 122-147.

66 Así, la STJCE, de 10 de abril de 2003, en el asunto C-437/00, *Pugliese* (ECLI:EU:C:2003:219). De igual modo, al respecto de la determinación de la ley aplicable con arreglo al Reglamento (CE) núm. 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177, de 4 de julio de 2008), la Sentencia del TJUE, de en el Asunto C-384/10, *Vogsgærred* (ECLI:EU:C:2011:842).

67 Así las Sentencias del STJCE, de 26 de mayo de 1982, en el Asunto 133/81, *Ivenell/Schwab* (ECLI:EU:C:1982:199); de 15 de enero de 1987, en el Asunto C-266/85, *Shenavai/Kreischer* (ECLI:EU:C:1987:11); y de 13 de julio de 1993, en el Asunto C-125/92, *Mulox IBC/Geels* (ECLI:EU:C:1993:306). Por su parte, en relación el artículo 8 del Reglamento Roma I, la Sentencia TJUE, de 15 de marzo de 2011, en el Asunto C-29/10, *Koelzsch* (ECLI:EU:C:2011:151). Crítico, Grusic, U. (2015). *The European Private International Law of Employment*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 136. Vid. Palao Moreno, G. (2017). Article 8. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Rome I Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 577-599, p. 588-590.

68 Salerno, F. (2015). *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n.1215/2012 (rifusione): evoluzione e continuità del “sistema Bruxelles-I” nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*. (4ª ed.). Padua: Cedam, 2015. p. 223.

69 Sentencia del TJCE, de 7 de febrero de 2002, en el Asunto C-279/00, *Comisión/Italia* (ECLI:EU:C:2002:89).

territorios o se desarrollara total o parcialmente en espacios no sometidos a la soberanía de un Estado<sup>70</sup>.

En particular y por lo que respecta al Convenio de Lugano I, destaca la estrecha conexión y el constante diálogo existente con la jurisprudencia estatal y la emitida por el Tribunal de Justicia europeo. De este modo, igualmente se ha privilegiado el criterio del lugar habitual de trabajo al respecto de este instrumento convencional. En este sentido, de un lado, en la jurisprudencia francesa destaca la sentencia de la *Cour de cassation* de 4 de mayo de 1999<sup>71</sup>, donde –tras declarar la invalidez de una cláusula de sumisión a arbitraje a favor de un tribunal arbitral con sede en Lausana (Suiza)- se autorizó a un trabajador belga contratado por una empresa cuyo domicilio se encontraba en Suiza, acudir a los tribunales franceses por ser el lugar habitual de trabajo.

También se acudió a este criterio de atribución territorial en la Sentencia, de 11 de febrero de 2002, del *Høyesteret* noruego<sup>72</sup>, al entender que su lugar de trabajo habitual se encontraba en Noruega, con ocasión de la demanda presentada por un trabajador frente a una compañía domiciliada en Suiza, y que había sido contratado por su filial noruega, a pesar de que esta persona había desarrollado su actividad inicialmente en una plataforma petrolífera ubicada en la plataforma continental del Reino Unido, siendo que posteriormente y de forma definitiva se le trasladó a una segunda plataforma localizada en la plataforma continental de Noruega donde se entendió que trabajaba de forma habitual cuando presentó su demanda.

La importancia del criterio del lugar habitual de trabajo igualmente ha ocupado a la jurisprudencia española al respecto del Convenio de Lugano I en diversas ocasiones, muchas de ellas relacionadas con la contratación de deportistas profesionales que, contando con nacionalidad española y domiciliados en dicho país, habían sido contratados por equipos extranjeros –siendo Suiza el lugar donde muchos de ellos tenían su domicilio-. En este sentido, destaca el Auto del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2009 –al respecto de un recurso por unificación de doctrina<sup>73</sup>, que consideró competente la jurisdicción española debido a que el trabajador desarrollaba su trabajo de forma habitual en España, un país donde, a su vez, tenía su domicilio y el lugar de entrenamiento habitual; aunque el domicilio

---

70 En esta línea, las Sentencias del TJCE, de 27 de febrero de 2002, en el Asunto C-37/00, *Weber* (ECLI:EU:C:2002:122); de 13 de julio de 1993, en el Asunto C-125/92, *Mulox IBC/Geels* (ECLI:EU:C:1993:306); y de 14 de septiembre de 2017, en los Asuntos acumulados C-168/16 y 169/16, *Nogueira y otros* (ECLI:EU:C:2017:688).

71 *Revue de l'arbitrage* 1999, pp. 292-293, con nota de Moureau, M.-A. (1999), pp. 293-298.

72 Con cita expresa de la Sentencia del TJCE, de 27 de febrero de 2002, en el Asunto C-37/00, *Weber* (ECLI:EU:C:2002:122).

73 Sentencias del TSJ de Madrid, de 12 de mayo de 2008 -como recurrida- (JUR/2008/186797) –con Nota de Pérez Dieste, M. (2008). *REDI*, Vol. LX, núm. 2, pp. 624-627-; y del TSJ de Valencia, de 13 de septiembre de 2006 -decisión de contraste- (AS/2007/813). Igualmente, la Sentencia del TSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TSJM:2010:14637).

del empresario demandado estaba situado en Suiza y que las partes habían incorporado una cláusula de sumisión de arbitraje a favor del Tribunal Arbitral del Deporte de Lausana, al igual que participaba en competiciones deportivas en una multitud de países debido a su profesión.

La prevalencia del foro del lugar habitual de trabajo, tal y como se encuentra incorporado en el Convenio de Lugano II y ha sido interpretado posteriormente, a pesar de sus beneficios, deja poco margen de maniobra para poder acudir a otras soluciones jurisdiccionales más convenientes, que pudieran adaptarse a las circunstancias del litigio y resultar más beneficiosas para el trabajador. De este modo, los órganos jurisdiccionales de los Estados vinculados no podrían resultar competentes cuando –a pesar de que el litigio se situara en el ámbito de aplicación del Convenio de Lugano II-, no existiera un foro de competencia judicial disponible para el trabajador en las opciones previstas en los artículos 18 y 19. Resulta paradigmático, en este sentido, la Sentencia del *Tribunal da Relação de Lisboa*, de 21 de marzo de 2007<sup>74</sup>, al respecto de la demanda por un trabajador marítimo portugués, contra su empleador que se encontraba domiciliado en Noruega, mientras que la aseguradora establecida en Inglaterra. Y ello, a diferencia de lo sucedido en relación con las reglas del “sistema de Bruselas”.

a) En este sentido, por una parte, hemos podido comprobar como la revisión que condujo a la aprobación del Reglamento Bruselas I bis fue aprovechada para matizar alguna de las soluciones con un objetivo tuitivo. En este sentido, entre otros, recordar como el artículo 21 –en relación con el 6.1- del Reglamento Bruselas I bis contempla la posibilidad de que los foros de ataque funcionen extraterritorialmente a favor del trabajador domiciliado en un Estado vinculado, frente a empresarios domiciliados en terceros país; o como el artículo 20.1 *in fine* –en relación con el 8.1- del Reglamento Bruselas I bis, permite acudir a la regla de pluralidad de demandados, estándole vetada la posibilidad de acudir a este foro al trabajador en aquellos casos en los que uno de estos sujetos demandados fuera el empresario en el ámbito del Convenio de Lugano II –con los beneficios que podría reportarle en los supuestos de Grupos de empresas o la contratación en el ámbito marítimo<sup>75</sup>.

b) Pero es que, además, esta falta de adaptación del criterio territorial se advierte con total claridad en los complejos supuestos de desplazamiento temporal de los trabajadores –como la movilidad temporal que se produce en el seno de Grupos de empresas o en

---

74 *Coletanea de jurisprudencia* 2007, T. II, 148-I-150-I.

75 Esta opción trae causa en la Sentencia de TJUE, de 22 de mayo de 2008, en el Asunto C-462/06, *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline* (ECLI:EU:C:2008:299). Vid. Carballo Piñeiro, L. (2015). *International Maritime Labour Law*. Berlín: Springer, 82; Gulotta, C., (2013). L'estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all'estero: il caso Mahamdia en il nuovo regime del regolamento Bruxelles I bis. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3, 619-644, 621; Cadet, F. (2013). Le nouveau règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gate. *Journal de droit international*, 3, pp. 765-790, pp. 773-787.

sectores como el de la construcción o el del transporte<sup>76</sup>. Y ello, debido a que el foro del lugar habitual de trabajo puede conducir a un supuesto de *dumping* social y a soluciones perjudiciales para el trabajador –al poder estimarse que se sitúa en el país de origen y no en el del destino del trabajador-. En el ámbito del “sistema de Bruselas”, sin embargo, existe una solución especializada para estas situaciones en el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios<sup>77</sup>, donde se prevé que el trabajador pueda entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado –que se ha visto posteriormente incorporada en la normativa de los Estados miembros<sup>78</sup>. Un foro especializado que, sin embargo, no se contempla en el Convenio de Lugano II, ni ha sido incorporado en los ordenamientos internos de los países de la AELC<sup>79</sup>.

### 3.4. FOROS DE ATAQUE DISPONIBLES PARA EL EMPRESARIO EN DEFECTO DE ACUERDO DE SUMISIÓN.

Para finalizar, hay que hacer mención de las posibilidades litigiosas de las que dispone el empresario, en atención a lo establecido en el artículo 20 y que se encuentran limitadas a dos<sup>80</sup>. Claro está, al margen del posible acuerdo de sumisión que se hubiera podido alcanzar con el trabajador, según de lo establecido en el artículo 21 antes expuesto. En todo caso, como primera idea que se deriva de su lectura, sobresale como el foro del lugar de trabajo habitual no se habría incluido entre las alternativas con las que podría contar

---

76 Téngase en cuenta la reciente Sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2019, en el Asunto C-16/18, *Dobersberger* (ECLI:EU:C:2019:1110).

77 Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DO* núm. L 18, de 21 de enero de 1997). Esta Directiva ha contado con modificaciones posteriores que, sin embargo, no han incidido en las soluciones de Derecho Internacional privado que ha incorporado, siendo la más reciente la Directiva (UE) 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DO* núm. L 173, de 9.7.2018).

78 Pocar, F. (2009), “Informe explicativo”, *cit.*, p. 23. En el caso español, la Ley 45/1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional (*BOE* núm. 286, de 30 de noviembre de 1999). Una Ley que se ha actualizado por virtud del Real Decreto Legislativo 9/2017, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre desplazamiento de trabajadores (*BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2017), aunque sin tener en cuenta la existencia del Convenio de Lugano II, dejando intacta la referencia al Convenio de 1988. Vid. Palao Moreno, G. (2000). La Ley 45/1999 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 208, pp. 43-62.

79 Como se prevé en el Protocolo N° 3, en su primer y tercer párrafos del Convenio de Lugano II. Vid. Meyer, B. y Stojiljovic, M. (2011). Art. 19. En Oetiker, Ch. y Weibel, Th. (Eds.). *cit.*, pp. 433-439, p. 437.

80 Müller, Th. (2011). Art. 20. En Dasser, F. y Oberhammer, P. (Eds.). *cit.*, pp. 348-353, p. 349.

el empleador. Entre otros motivos, debido a que a partir de este criterio se podría llegar a favorecer un posible *fórum actoris*, potencialmente beneficiosos para el empresario y que encajaría mal con la función protectora que informa al sistema de normas de competencia judicial en esta materia<sup>81</sup>. Hechas estas precisiones y por lo que respecta a los foros de ataque para el empresario previstos en el artículo 20, cabe hacer mención de:

a) En primer lugar, según contempla su apartado 1º, el empresario podrá demandar al trabajador ante los tribunales del Estado donde éste último tuviera su domicilio. Un criterio tradicional –basado en el principio “*actor sequitur fórum rei*”- que posee un claro objetivo tuitivo –al ser previsible y cercano para el trabajador-<sup>82</sup>, que se va a fijar en el momento de la presentación de la demanda<sup>83</sup>.

b) En segundo lugar, en atención a lo previsto en su apartado 2º), el empresario igualmente cuenta con un foro de conexión procesal que le permitiría presentar una reconvencción, ante los órganos jurisdiccionales que estuvieren conociendo de una demanda inicial presentada por el trabajador en atención a los criterios de competencia judicial establecidos en los artículos que componen la sección 5ª, Título II ya examinados<sup>84</sup>. Nos encontraríamos, por lo tanto, ante un foro eficiente y basado en un principio de economía procesal, que –a pesar de que contaría con una formulación neutra- igualmente podría llegar a beneficiar a los intereses del trabajador<sup>85</sup>.

#### 4. VALORACIÓN FINAL

La Sentencia del TJUE, de 11 de abril de 2019, en el Asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley* ofrece una excelente posibilidad para examinar el tratamiento que recibe la cuestión de la interpretación de la materia de los contratos individuales de trabajo, con el objetivo de determinar la competencia judicial internacional en estos supuestos en virtud de las disposiciones contenidas en la Sección 5ª, Título II, artículos 18 a 21 del Convenio de Lugano II, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Y ello, no sólo por ser la primera vez que se enfrenta el Alto Tribunal europeo a este asunto, sino también porque tales preceptos han despertado un escaso interés en la doctrina; a pesar de la destaca y creciente jurisprudencia tanto

81 Pocar, F. (2009). “Informe explicativo”, *cit.*, p. 23.

82 Bonomi, A. (2011). “Art. 20”. En Bucher, A. (Ed.). *cit.*, pp. 1919-1920, p. 1919. Crítico con esta posibilidad, Todolí Signes, A. (2016). La competencia judicial internacional del contrato de trabajo. *Revista de Información Laboral*, 1, pp. 1-16, p. 16 (edición electrónica).

83 Müller, Th. (2011). Art. 20. *cit.*, p. 350.

84 Pocar, F. (2009). “Informe explicativo”, *cit.*, 23. Sobre el mismo, la STJUE, de 21 de junio de 2018, en el asunto C-1/17, *Petronas Lubricants Italy* (ECLI:EU:C:2018:478).

85 Meyer, B. y Stojiljovic, M. (2011). Art. 20. En Oetiker, Ch. y Weibel, Th. (Eds.). *cit.*, pp. 440-443, p. 442.

nacional como relacionada con la emitida por el TJUE –en este último caso, hasta fecha, al respecto del Reglamento de Bruselas I bis-.

En este sentido, si algo destaca de la decisión en el Asunto *Bosworth y Hurley* es el respeto a al tenor de los preceptos homólogos del instrumento del que es “paralelo” –el Reglamento Bruselas I, precedente del actual I bis-, así como de la labor intensa interpretadora llevada a cabo por el TJUE. El resultado, sin embargo y con un loable apoyo en los criterios emitidos por el Alto Tribunal europeo en relación con los instrumentos que componen el “sistema de Bruselas”, fue la exclusión de esta relación de la categoría de los contratos individuales de trabajo; implicando la imposibilidad para los demandantes de acudir a los foros de protección previsto en el Convenio de Lugano II. Llegados a este punto, no se perdió la oportunidad de analizar las normas de competencia judicial internacional en esta particular materia en el contexto del “sistema de Bruselas” y la abundante jurisprudencia emitida por el TJUE. El resultado, lejos de una descripción de los foros que diseña, ha puesto de manifiesto tanto la falta de coordinación normativa entre el Convenio y el vigente Reglamento Bruselas I bis (debido a que se paralelismo se predica del precedente Reglamento), así como la inexistencia de reglas de competencia judicial que permitan flexibilizar el juego casi inevitable del criterio del lugar habitual de trabajo en un medio cada vez más complejo –pensemos en los supuestos de plurilocalización del trabajo o el desplazamiento temporal de los trabajadores-. Una realidad que puede poner el riesgo del principio de protección al trabajador que orienta esta materia. Por consiguiente, no sólo resulta altamente aconsejable superar este desfase por medio de acometer la revisión del actual texto convencional en pos de la conclusión de un Convenio de Lugano *ter*, sino que habría de tenerse en consideración la realidad compleja de la actividad laboral internacional –como la relacionada con los desplazamientos temporales- para que queden cubiertos por medio de un foro especializado y protector para el trabajador en el ámbito también en el marco del “sistema de Lugano”.

## REFERENCIAS

Acocella, D. (2011), “Art. 18”, En Schnyder, A.K. (Ed.). *Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverhahrensrecht. Kommentar*. Zürich: Dike. pp. 375-386.

Acocella, D. (2011). Art. 21. En Schnyder, A.K. (Ed.). *Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverhahrensrecht. Kommentar*. Zürich: Dike. pp. 406-413.

Berasconi, Ch. y Gerber, A. (1993). Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinskommens. *SZIER/ RSDIE*, 1, pp. 39-72.

Bonomi, A. (2011). “Art. 18”, En Bucher, A. (Ed.). *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, pp. 1910-1913.

Bonomi, A. (2011). “Art. 19”. En Bucher, A. (Ed.). *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, pp. 1913-1919.

Bonomi, A. (2011). “Art. 20”. En Bucher, A. (Ed.). *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, pp. 1919-1923.

Bonomi, A. (2011). “Art. 20”. En Bucher, A. (Ed.). *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, pp. 1919-1920.

Cadet, F. (2013). Le nouveau règlement *Bruxelles I* ou l’itinéraire d’un enfant gate. *Journal de droit international*, 3, pp. 765-790.

Carballo Piñeiro, L. (2015). *International Maritime Labour Law*. Berlín: Springer.

Espiniella Menéndez, A. (2019). Convenio de Lugano y concepto de contrato de trabajo de personal directivo. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/17: *Bosworth y Hurley. La ley Unión Europea*, 71 (edición electrónica).

Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L. y Palao Moreno, G. (2019). *Derecho Internacional privado*. (13ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Esplugues Mota, C. y Palao Moreno, G. (2016), Article 20. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Brussels I bis Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 534-541.

Esplugues Mota, C. y Palao Moreno, G. (2016), Article 21. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Brussels I bis Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 541-554.

Fotinopoulou Basurko, O. (2019). *Habitualidad vs temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*. Barcelona: Atelier.

Fötschl, A. (2014). Keine Anwendung des Lugano-Übereinkommens für Kläger aus Drittstaaten – Zur Entscheidung des norwegischen Høyesteret in *Raffles Shipping v. Trico Subsea AS*. *IPRax*, 2, pp. 187-194.

Gaudemet-Tallon, H. (2010). *Compétence et exécution des jugements en Europe*. (4ª ed.). París: L.G.D.J.

Giroud, S. (2017). Lugano Convention. En Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y De Miguel Asensio, P. (Eds.), *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar. Vol. 2, pp. 1175-1184.

Giroud, S., Meier, N. y Rodríguez, R. (2014). Le règlement Bruxelles I bis, un modèle pour une nouvelle Convention de Lugano? En Guinchard E. (Dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*. Bruselas: Bruylant, pp. 418-446.

Grusic, U. (2012). Jurisdiction in Employment Matters under Brussels I – A Reassessment. *International and Comparative Law Quarterly*, 61, pp. 91-126.

Gulotta, C., (2013). L'estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all'estero: il caso Mahamdia en il nuovo regime del regolamento Bruxelles I bis. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. 3, 619-644.

Iriarte Ángel, J.L. (2018). La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión de los Reglamentos europeos. CDT, Vol. 10. Núm. 2, pp. 477-496 (en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).

Mateo Sierra, J.M. y Olmedo Jiménez, A. (2006), Incompetencia de Jurisdicción de los Tribunales Laborales españoles. Convenio de Lugano. Aceptación de la declinatoria de Jurisdicción en reclamación por despido, en favor del Tribunal Arbitral del Deporte con sede en Lausana, Suiza, o bien en favor de los Tribunales suizos. La regulación sobre despido no constituye norma de derecho mínimo necesario o indisponible en derecho Laboral español. *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y Entretenimiento*, 17 (edición electrónica).

Meier, K. (2012). Auslengunseinheit von LugÜ und EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Beteiligung am Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH. *SZIER/ RSDIE*, 4, pp. 633-659.

Meyer, B. y Stojiljovic, M. (2011). Art. 18. En Oetiker, Ch. y Weibel, Th. (Eds.). *Lugano-Übereinkommen*. Basilea: Helbing Lichtenhahn. pp. 416-432,

Meyer, B. y Stojiljovic, M. (2011). Art. 19. En Oetiker, Ch. y Weibel, Th. (Eds.). *Lugano-Übereinkommen*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, pp. 433-439.

Meyer, B. y Stojiljovic, M. (2011). Art. 20. En Oetiker, Ch. y Weibel, Th. (Eds.). *Lugano-Übereinkommen*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, pp. 440-443.

Meyer, B. y Stojiljovic, M. (2011). Art. 21. En Oetiker, Ch. y Weibel, Th. (Eds.). *Lugano-Übereinkommen*. Basilea: Helbing Lichtenhahn, pp. 443-446.

Mosconi, F. (2003). La giurisdizione in materia di lavoro nel regolamento (CE)N. 44/2001. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, pp. 5-28.

Müller, Th. (2011). Art. 18. En Dasser, F. y Oberhammer, P. (Eds.). *Lugano-übereinkommen (LugÜ)*. Berna: Stämpfli, pp. 308-330.

Müller, Th. (2011). Art. 20. En Dasser, F. y Oberhammer, P. (Eds.). *Lugano-übereinkommen (LugÜ)*. Berna: Stämpfli, pp. 348-353, p. 349.

Müller, Th. (2011). Art. 21. En Dasser, F. y Oberhammer, P. (Eds.). *Lugano-übereinkommen (LugÜ)*. Berna: Stämpfli, pp. 354-361, p. 359.

Nord, N. (2018). L'aéroport de Bâle-Mulhouse et le contrat de travail international. La mise en évidence d'une nécessaire refonte des solutions de droit international privé. *Journal de droit international*, pp. 851-874.

Palao Moreno, G. (2000). La Ley 45/1999 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 208, pp. 43-62.

Palao Moreno, G. (2000). *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Palao Moreno, G. (2003). La competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo en la Comunidad Europea. *Derecho Internacional y de la Integración*, pp. 7-32.

Palao Moreno, G. (2017). Article 8. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Rome I Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 577-599, p. 588-590-

Papeil, A.-S. (2011). La divergence d'interprétation d'une convention de droit international privé ¿constitue-t-ell une violation d'un traité? Le cas particulier de la Convention de Lugano. *SZIER/ RSDIE*, 3, pp. 439-454.

Pocar, F. (2009), "Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007. Informe explicativo", *DO* núm. C 319, de 23 de diciembre de 2009, 1-56.

Queirolo, I. (2012). Prorrogation of Jurisdiction in the Proposal for a Recast of the Brussels I Regulation. En Pocar, F., Viarengo, I. y Villata, F.C. (Ed.s). *Recasting Brussels I*. Milán: Cedam. pp. 183-198.

Roggeron, P. (2016) Article 1. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Brussels I bis Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 53-83

Salerno, F. (2015). *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n.1215/2012 (rifusione): evoluzione e continuità del “sistema Bruxelles-I” nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*. (4ª ed.). Padua: Cedam, 2015.

Todolí Signes, A. (2016). La competencia judicial internacional del contrato de trabajo. *Revista de Información Laboral*, 1, pp. 1-16 (edición electrónica).

Todolí Signes, A. (2016). La competencia judicial internacional y la ley aplicable a los deportistas profesionales. *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y Entretenimiento*, 50, pp. 1-15 (edición electrónica).

Vlas, P. (2016), Article 6. En Magnus, U. y Mankowski, P. (Eds.). *Brussels I bis Regulation*. Colonia: Otto Schmidt, pp. 115-120.

Wagner, R. y Janzen, U. (2007). Das Lugano-Übereinkommen vom 30-10-2007. *IPrax*, 4, pp. 298-310.

Zabalo Escudero, M.E. (1986). La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo (El artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985). *Revista Española de Derecho Internacional*, pp. 613-629.

# ACESSO E PERMANÊNCIA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR X EXERCÍCIO DA MATERNAGEM: ENTRE TRAJETÓRIAS, REPRESENTAÇÕES E EXIGIBILIDADE DE POLÍTICAS ESTUDANTIS

## ACCESS AND PERMANENCE IN HIGHER EDUCATION X MATERNAGE EXERCISE: BETWEEN TRAJECTORIES, REPRESENTATIONS AND REQUIREMENT OF STUDENT POLICIES

Cicera Nunes

Doutora em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Departamento de Educação da Universidade Regional do Cariri.  
Coordenadora do Núcleo de Estudos em Educação, Gênero e Relações Étnico-Raciais – NEGRER.

Livia Maria Nascimento Silva

Pós-Graduada em Direito Constitucional na Universidade Regional do Cariri.  
Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Educação, Gênero e Relações Étnico-Raciais – NEGRER.

### Resumo

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa tipo qualitativa-quantitativa, que buscou analisar os obstáculos na formação acadêmica das mães estudantes da Universidade Regional do Cariri (URCA), observando os fatores de acesso, permanência e desempenho na educação superior. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, documental e de campo com emprego de questionários semiestruturados. Ao todo foram 102 respostas coletadas no período de maio a junho de 2019 e, através das análises e discussões, foi averiguado que as alunas mães enfrentam diversos óbices para ingressar, permanecer e alcançar bom desempenho nos cursos de graduação desta instituição. Em virtude desses aspectos, é possível verificar a necessidade da existência de políticas públicas que contribuam para a equidade entre mulheres que são mães e outros alunos no espaço educacional, que sejam criadas e implantadas estratégias que visem assegurar o pleno acesso dessas mulheres

na educação superior, como também que garantam sua permanência e qualidade no desempenho acadêmico, como bolsas de assistência estudantil, creche universitária e/ou escola de aplicação. Nesse sentido, a relevância desse estudo reside em não somente dar visibilidade as dimensões das dificuldades enfrentadas pelas mulheres que são mães, mas primordialmente para contribuir na criação e implantação de políticas de assistência estudantis que visem combater a exclusão das mulheres no espaço acadêmico.

**Palavras-Chave:** Acesso. Educação Superior. Maternidade. Permanência. Política de assistência estudantil.

## **Abstract**

The present work is the result of a research qualitative-quantitative that seeks to analyze the obstacles in the academic formation of mothers at the Regional University of Cariri (URCA), observing the factors of access, permanence and performance in higher education. To do so, we used the bibliographic, documentary and field research with the use of semi-structured questionnaires. In total out 102 responses collected from may to june 2019 and, through analysis and discussion, it was found that most how students face several had difficulties to access, remaining and performing well in the undergraduate courses of this institution. Because of these aspects, it is possible to verify the need for public policies that contribute to the equity between women who are mothers and other students in the educational space, that are created and deployed strategies that aim to assure the full access access to women in higher education, as well as ensuring their permanence and quality in academic performance, such as student care scholarships, university day care and / or application school. In this sense, the relevance of this study is not only to show the dimensions of the difficulties faced by women who are mothers, but primarily to contribute to the creation and implementation of student care policies aimed at combating the exclusion of women in the academic space.

**Keywords:** Access. College education. Maternity. Permanence. Student Assistance Policy.

## **INTRODUÇÃO**

Diversos estudos atuais têm trazido como objetos de investigação as questões relativas ao acesso e permanência dos jovens de classe menos favorecida na educação superior, possivelmente impulsionados pelas recentes políticas educacionais de expansão e democratização das universidades públicas. Dentro desse debate, a observância da abordagem interseccional nas análises demonstra a imprescindibilidade de contemplar nas pesquisas as categorias de gênero, raça, classe, idade, deficiência e outras intersecções que implicam na trajetória acadêmica dos estudantes, como o trabalho e a maternidade.

Esse direcionamento nas pesquisas que envolvem acesso e permanência na educação superior nos coloca diante da essencialidade de compreender as vivências e particularidades dos estudantes, para então enxergar suas necessidades e subsidiar dados informativos sobre a eficácia das políticas educacionais na qualificação dos indivíduos que historicamente foram excluídos do espaço acadêmico. De posse dessas constatações e delimitações, este trabalho se insere no campo das políticas públicas educacionais, especificamente, voltadas para a educação superior brasileira e tem como foco o estudo do acesso, permanência e trajetória acadêmica de mulheres que são mães nos cursos de graduação das Instituições de Ensino Superior (IES) no Brasil.

O recorte de gênero na investigação justifica-se pelo fato do ônus da maternidade surgir como uma problemática que circunda as mulheres por serem elas, no contexto da divisão sexual do trabalho, que devem cuidar dos filhos e do lar, gerando uma experiência com a maternidade eivada de sobrecargas, mitigação de direitos e carência de autonomia, além de delinear de forma precária a vida da mulher nas dimensões sexual, econômica, educacional, profissional e política (BIROLI, 2018; MUNIZ, VENEROSO, 2019).

Partindo dessa perspectiva, algumas investigações já realizadas no âmbito acadêmico discutem em seus resultados o quanto as estudantes que são mães passam por dificuldades, não conseguindo estudar por estarem cansadas, sendo preteridas nas bolsas acadêmicas, atrasando ou desistindo de seus cursos, por não conseguirem conciliar a quádrupla jornada de trabalho, formada pelo exercício da maternagem, afazeres domésticos, estudos e emprego remunerado fora de casa (BITENCOURT, 2017; AMORIM, 2012; URPIA, SAMPAIO, 2011).

A importância de discutir a situação acadêmica das estudantes que são mães parte do entendimento de que uma universidade responsável na atualidade é aquela que se compromete com o processo de democratização, equidade e justiça social, mas para que isso aconteça medidas antidiscriminatórias e estratégicas devem ser tomadas. Desse modo, a motivação para esse estudo reside em não somente dar visibilidade as dimensões das desigualdades, mas primordialmente para contribuir na criação e implantação de políticas de assistência estudantis que visem combater a exclusão das mulheres das camadas mais populares da sociedade e também promover a discussão de gênero no espaço acadêmico.

# 1. UM APORTE SOBRE DESIGUALDADE DE GÊNERO, O ÔNUS DA MATERNIDADE E OS IMPACTOS NA EDUCAÇÃO DAS MULHERES

## 1.1. ACESSO E PERMANÊNCIA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88) prevê um capítulo especial para tratar dos direitos sociais, dentre os quais, o direito à educação. Ao versar especificadamente sobre a educação superior, a Constituição assegura às universidades a “autonomia”, enuncia a indissociabilidade do tripé pedagógico formado pelo ensino, pesquisa e extensão e afirma que o dever do Estado é garantir a igualdade no acesso “segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, 1988).

Comparando com a legislação internacional, afere-se a tendência da Constituição brasileira de contemplar o entendimento dos organismos internacionais e de agências multilaterais, dentre as quais, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e o Banco Mundial, que apontam o acesso ao ensino superior com base na capacidade de cada um, conforme preceitua o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. [...] A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito” (ONU, 1948).

Já mais recentemente, em 2015, cita-se também a Agenda 2030, adotada pela ONU, compilando os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS’s) e incluindo entre eles o ODS 4, que abarca no seu ponto 4.3 que até 2030 deve assegurado “a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo universidade” (ONU, 2015), por meio de esforços governamentais, do setor privado e da sociedade civil.

Todavia, embora o texto constitucional e as previsões dos organismos internacionais discorrerem sobre o acesso a educação superior, na prática as condições para tal não têm contemplado boa parte da realidade dos estudantes brasileiros, devido as profundas desigualdades, sobretudo, de classe e raça, que assolam o país. Em virtude disso, surgiram diversos movimentos sociais que impulsionaram a criação de novas leis que asseguram a expansão e democratização do acesso à educação superior no Brasil (BASTIANI, ARBAGE, 2018).

Nesse sentido, pode-se citar o fortalecimento do Fundo de Financiamento Estudantil

(FIES) pela Lei 10.260/2001 e sua expansão em 2010, o Programa Universidade para Todos (PROUNI) regulado pela Lei 11.096/2005, o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), instituído pelo Decreto 6.096/2007, o Sistema Universidade Aberta do Brasil (UAB) implantado pelo Decreto 5.800/2006, o aumento da rede federal de educação regulamentado pela Lei 11.892/2008, e ainda a abertura para o ingresso das minorias nos espaços acadêmicos proporcionado pela implantação das ações afirmativas, a exemplo da Lei das Cotas 12.711/2012 (BRASIL, 2001, 2006, 2005, 2007, 2008, 2012).

Essas medidas expansionistas e de democratização da educação superior aumentam a abrangência das ações estatais que buscam proporcionar a justiça, pois, ao ampliarem as oportunidades de acesso, aumentam as chances de mobilidade social daqueles que historicamente ficaram a margem da sociedade, como a população negra, indígena, quilombola e hipossuficiente. Contudo, passou-se a discutir também as demandas relacionadas às questões de permanência, já que não basta apenas viabilizar o ingresso na universidade, faz-se necessário garantir meios para a conclusão dos cursos.

Sobre a problemática, reparou-se mediante o Censo da Educação Superior publicado pelo Ministério da Educação (MEC, 2016) que apesar de crescer o número de matrículas nas Instituições de Ensino Superior (IES), o índice de evasão na graduação também crescia. “Em 2010, 11,4% dos alunos abandonaram o curso para o qual foram admitidos. Em 2014, esse número chegou a 49%” (MEC, 2016, n.p). Dentre as principais causas elencadas por Costa e Dias (2015) para a evasão acadêmica está em primeiro lugar a situação financeira desfavorecida que se torna um grande obstáculo para participação de atividades extracurriculares, como participação em eventos científicos, compras de livros para a pesquisa, deslocamento e moradia para aqueles que moram longe da instituição.

Além disso, Moehlecke (2007) aponta outros fatores que também condicionam o abandono da graduação que vão desde problemas institucionais, como aspectos burocráticos, distância entre docentes e discentes, a própria matriz curricular do curso que pode ser considerada rígida e complexa ocasionando a desilusão do aluno quanto ao que realmente deseja estudar. Neste cenário, a autora ainda destaca as questões pessoais, de saúde, familiares, econômicas e vocacionais que interferem na trajetória acadêmica.

Dessa forma, percebe-se que a ampliação das oportunidades de ingresso no ensino superior sem um planejamento estratégico que garanta a permanência reforça a perpetuação das desigualdades. Visando atenuar as problemáticas relacionadas ao mau desempenho acadêmico e os óbices para permanência na educação superior, foi criado o Programa Nacional de Assistência Estudantil (PNAES), instituído em âmbito nacional pela Portaria Normativa nº 39 no ano 2007, sendo efetivamente implementado em 2008.

O PNAES consolida e orienta como as IES da esfera federal devem auxiliar os alunos

durante sua trajetória acadêmica. Tais modalidades estão dispostas no parágrafo único do art. 2º da referida portaria, que assim determina: “Compreendem-se como ações de assistência estudantil iniciativas desenvolvidas nas seguintes áreas: I - moradia estudantil; II - alimentação; III - transporte; IV - assistência à saúde; V - inclusão digital; VI - cultura; VII - esporte; VIII - creche; e IX - apoio pedagógico” (BRASIL, 2007).

Conforme assevera Imperatori (2017) a assistência estudantil garante a efetivação de vários direitos humanos além da educação, já que contempla ações articuladas agregando questões relacionadas a saúde, obtenção de materiais pedagógicos inerentes a formação acadêmica e profissional, monitoramento e auxílio para as carências educativas especiais, além de suprir necessidades básicas, como a própria moradia, alimentação, transporte e recursos financeiros. As finalidades do PNAES são elencadas no art. 2º:

I — democratizar as condições de permanência dos jovens na educação superior pública federal; II — minimizar os efeitos das desigualdades sociais e regionais na permanência e conclusão da educação superior; III — reduzir as taxas de retenção e evasão; e IV — contribuir para a promoção da inclusão social pela educação (BRASIL, 2010).

Já no âmbito estadual, a Portaria Normativa nº 25, de 28 de dezembro de 2010, instituída pelo MEC, criou o Programa Nacional de Assistência Estudantil para as Instituições de Educação Superior Públicas Estaduais (PNAEST). Em sintonia com o PNAES, o PNAEST reproduz suas ações nessa esfera com o fim de combater às desigualdades sociais e regionais, promover a inclusão social que possibilite o pleno ingresso, permanência e sucesso na trajetória acadêmica e conclusão dos cursos de graduação (BRASIL, 2010c).

A relevância em garantir o acesso e a permanência da população aos níveis mais elevados do ensino reside no fato da educação superior está diretamente relacionada às questões de desenvolvimento humanístico, científico e tecnológico do país (art. 214, V, da CF/88). Portanto, em um país de profundas desigualdades sociais e econômicas, como é o caso do Brasil, ampliar e democratizar o acesso aos cursos de graduação é um investimento no embate contra as desigualdades sociais históricas que assolam a população brasileira.

Mesmo com tais avanços e garantias, alguns obstáculos ainda persistem na trajetória educacional de muitas pessoas, principalmente dos grupos vulneráveis, como a população negra e pobre do país, bem como as mulheres, que historicamente ficaram a margem da sociedade e hoje possuem uma participação limitada nos espaços públicos e de poder, o que gerou, por consequência, a mitigação de seus direitos.

Visando discutir tais questões, Nascimento (2017) destaca em sua tese que as mulheres brancas possuem melhor percentual de participação na educação superior, seguidas dos homens brancos, mulheres negras (soma de pretos e pardos) e homens negros. Ela enfatiza o fato dos negros representarem 50,9% da população brasileira, mas

apenas 35,3% destes estarem no ensino superior, citando os dados do censo 2010: “Há mais mulheres (35,3%) e homens (27,7%) brancos frequentando os cursos de graduação do que mulheres (20,7%) e homens (15,6%) negros” (NASCIMENTO, 2017, p.54).

No que tange a educação das mulheres, atualmente as discussões sobre o tema tendem a apresentar esse público como o de maior índice de participação em todos os níveis da educação do Brasil. Contudo, as análises geralmente não mencionam como estas sujeitas foram historicamente afastadas dos espaços educacionais em virtude da divisão sexual do trabalho, como também invisibilizam as dificuldades que elas enfrentam para alcançar sua qualificação em razão da sobrecarga dos afazeres domésticos que ainda sofrem, além de não analisarem quem são essas mulheres, a partir de uma abordagem interseccional, e em quais cursos estão.

## *1.2. CORRELAÇÕES ENTRE GÊNERO, EDUCAÇÃO E DESIGUALDADE*

As teóricas feministas pós-estruturalistas, como Scott (1989), vêm exercendo importante papel ao contextualizar as concepções acerca do conceito de gênero com base em pressupostos sociais, culturais e históricos. Isso porque, por muito tempo, a definição desse termo esteve relacionada a critérios unicamente sexuais e biológicos, os quais limitavam a discussão a uma preposição de ordem natural e universal (NARVAZ, 2010).

Sobre esse tema, os dois gêneros mais destacados nas pesquisas sociais já realizadas são o feminino e o masculino, tendo em vista que a reprodução, em diversos países do mundo, do sistema patriarcal de dominação gerou desigualdades extremas na sociedade, tanto nas instituições quanto nas relações cotidianas a partir desse embate binário. Para Biroli (2018, p.11), o patriarcado pode ser entendido como um “complexo heterogêneo estruturado de padrões que implicam desvantagens para as mulheres e permitem aos homens dispor do corpo, do tempo, da força de trabalho e energia criativa destas”.

Tais imposições ocasionaram as desigualdades de gênero em diversas esferas da sociedade, como a própria cultura, poder, política, educação, além das limitações no próprio âmbito privado do seio familiar, atribuindo as mulheres, por exemplo, o exercício da maternagem e o cuidado do lar, enquanto o homem ficou com um cargo auxiliar de apoio financeiro dentro desse espaço, ao tempo que era responsável pela ocupação do espaço público e de poder. Sendo a divisão sexual do trabalho, portanto, um fator produtor de gênero, que o define a partir de atribuições de papéis sociais (NARVAZ, 2010; BIROLI, 2018).

Dentro dessa discussão, intelectuais negras, como Carneiro (2011) e Hooks (2018),

inseriram as abordagens interseccionais nos estudos sobre as desigualdades de gênero, tendo em vista que fatores como classe e raça são inerentes para compreensão do nível de exclusão que cada mulher pode sofrer e até mesmo da forma diferenciada que a divisão sexual do trabalho recai sobre elas. Ademais, a historicidade de países que foram marcados pelo sistema escravagista no passado, como é o caso do Brasil, necessita considerar esse fator nas investigações sociais da atualidade, já que produziu estigmas irreparáveis para população negra e indígena.

No tocante a educação, as desigualdades oriundas dessa divisão sexual do trabalho, bem como das discriminações de etnia, raça e classe social, se evidencia na visão de Stamatto (2002 p.2): “Desde a primeira escola de ler e escrever, erguida incipientemente lá pelos idos de 1549, pelos primeiros jesuítas aqui aportados, a intenção da formação cultural da elite branca e masculina foi nítida na obra jesuítica”.

Iniciando tarde, a abertura da educação para as mulheres começou se pautando na instrução doméstica, voltada para o lar, incluindo os princípios da religião católica e da moral cristã. Frisa-se que as escolas católicas também tinham um viés elitista, onde só ingressava quem pudesse pagar. Sendo assim, fica evidente que as divisões de classe, raça e gênero tinham uma função elementar na determinação das formas de educação utilizadas para transformar as crianças em mulheres e homens (LOURO, 2007).

Além desse problema, as mulheres também encontraram diversos obstáculos para ingressar no mercado de trabalho formal e remunerado. O magistério foi um dos primeiros vínculos empregatícios formais que abriu as portas para o público feminino, contudo até no exercício dessa profissão a desigualdade de gênero se revelou. Louro (2007) descreve o fenômeno nomeado de feminização do magistério, no qual permitiram que as mulheres pudessem ser professoras pelo fato do cargo estar relacionada à função da maternidade, se assemelhando as características do cuidado e afeto. Contudo, elas não ocupavam os cargos administrativos, nem seguiam a carreira acadêmica em outras áreas que não fosse à licenciatura, como medicina e engenharias. Ressalva-se também que as mulheres não brancas não estavam inclusas nessa pequena abertura no magistério. As possibilidades de trabalho para as mulheres negras, por exemplo, eram de quitandeiras, vendedoras ambulantes, lavadeiras, costureiras, dentre outros labores precários (CARNEIRO, 2011).

A fim de combater essa desigualdade, Rosemberg (2001) relata que as iniciativas governamentais com o objetivo de inserir democraticamente meninas e mulheres no processo de educação devem ser analisadas ao lado das idealizações que fundamentaram a aliança entre as organizações multilaterais, os movimentos de mulheres e governos nacionais na década de noventa<sup>1</sup>, período que foram traçadas as metas internacionais que

<sup>1</sup> O objetivo deste trabalho não é fazer um aprofundamento histórico das desigualdades de gênero na educação do Brasil, mas apenas demonstrar a remota necessidade de considerar o fator gênero como categoria de análise para implementação de políticas educacionais. Para melhor compreensão dos aspectos históricos da temática recomendo a leitura dos trabalhos de Guacira Lopes Louro (2007).

enfativavam a ampliação dos direitos das mulheres, tendo como um dos alvos políticas educacionais. Rosemberg (2001, p.516) informa que entre as principais finalidades dos grupos organizadores desta pauta estavam:

A garantia da igualdade de acesso à educação entre homens e mulheres em todos os níveis, a eliminação da discriminação de gênero nas práticas, matérias, materiais, currículos e instalações educacionais e; extinguir os obstáculos que impedem o acesso à educação a mulheres grávidas e mães.

Isso demonstra que quando os diferenciais de gênero na esfera da educação formal começaram a ser percebido como um problema social, as organizações internacionais se preocuparam em transformar os métodos educacionais tradicionais planejados sob a ótica da diferença de sexo, como também combater os empecilhos que impediam as meninas e mulheres de acessar de forma equânime a educação. Entretanto, ao analisar posteriormente as desigualdades educacionais sob a ótica de gênero neste país, o número de mulheres já tinha ultrapassado a quantidade de homens em todos os níveis de escolaridade ainda nos anos 1970 (ROSEMBERG, 2001). Sobre esse fato, Muraro (1983, p.14, citada por GONZALEZ, 2008, p.33) destaca que:

A primeira metade da década foi o auge do “milagre brasileiro”. [...] A força de trabalho feminina dobra de 1970 para 1976. Mais interessante ainda: em 1969 havia cem mil mulheres na universidade para duzentos mil homens. Em 1975 este número tinha subido para cerca de quinhentas mil mulheres (para quinhentos e oito mil homens); passando a proporção de 1:2, em 69, para 1:1 em 75. O número de mulheres na universidade havia quintuplicado em cinco anos! Vemos aí como se conjugam, então, os fatores econômicos reforçando os comportamentos e vice-versa.

Essa disparidade favorável às mulheres no âmbito educacional permanece na atualidade. Conforme dados do *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* (IBGE, 2018), na população com 25 anos de idade ou mais com ensino superior completo, as mulheres são 33,9%, enquanto os homens são 27,7%. Esse fato, contudo, muda quando analisado a partir da intersecção do gênero com a raça, já que as mulheres negras são apenas 10,4% e os homens negros somam 7% dessa população (IBGE, 2018). Sendo assim, torna-se notória a ideia do quão fundamental é planejar e implementar políticas públicas de acordo com a realidade sociodemográfica do país, compreendendo as intersecções que aumentam a desigualdade.

Além disso, os reflexos da feminização do magistério são nítidos ao analisar quais os cursos que as mulheres mais frequentam atualmente. Nascimento (2017) aponta que quando verificados os dados por área do conhecimento, são identificadas as disparidades no acesso de mulheres e homens em cursos de graduação específicos, a exemplo da área de ciência e tecnologia, em que as mulheres têm uma representação inferior a dos homens. Ou seja, há maior representatividade de mulheres que estudam as áreas historicamente

consideradas adequadas ao público feminino, como as de educação e saúde, mas são minorias nos cursos vistos como apropriado para os homens, a exemplo dos cursos de engenharia.

Nesse sentido, para afirmar que as mulheres são maioria nos cursos de graduação na atualidade é necessário fazer inúmeras ressalvas, destacando que elas ainda não estão todas nesse nível, sendo as mulheres negras ainda minoria, bem como suas áreas de atuação, que ainda não ocupam tanto os ramos das ciências exatas. Além desses fatores, outro obstáculo que não foi solucionado no tocante do acesso a educação pelo público feminino é a questão das meninas e mulheres grávidas e mães. “Se atentarmos para os objetivos e compromissos dessas conferências e seus indicadores, o governo brasileiro teria cumprido todos eles (como vários outros governos), com exceção, talvez, do relativo a adolescentes grávidas e jovens mães” (ROSEMBERG, 2001, p. 518).

Isso porque o exercício da maternagem, enquanto função socialmente atribuída as mulheres no contexto da divisão sexual do trabalho, pode ser um elemento condicionante no processo de educação da mulher, principalmente quando ocorre em situação de pobreza, e, por conseguinte, da própria consolidação da autonomia feminina, aspecto que será abordado no próximo tópico.

### *1.3. O ÔNUS DA MATERNIDADE E AS IMPLICAÇÕES NA EDUCAÇÃO DAS MÃES*

Para adentrar na discussão acerca da maternidade, convém ponderar primeiramente a compreensão de que há subjetividade na própria construção do ser mulher na sociedade e também na forma que cada mãe exerce sua maternidade. Assim, evidencia-se que nessa pesquisa há respeito para todas as diversas formas de exteriorização da maternagem<sup>2</sup>, dentro dos mais variados contextos de vivência, bem como dos campos de estudos sobre a temática.

Dessa forma, adota-se neste trabalho o entendimento que a maternidade se constitui como uma função socialmente construída e atribuída unicamente às mulheres que são mães no contexto da divisão sexual do trabalho (BIROLI, 2018). A imposição desta tarefa se revela como um desmembramento do antigo entendimento sobre gênero limitado a questões meramente fisiológicas, já que a mulher é quem tem condições biológicas de gerar, parir e amamentar (MOURA; ARAÚJO, 2004).

---

<sup>2</sup> Maternidade se difere de exercício da maternagem, sendo o primeiro termo relacionado às condições físicas e biológicas da reprodução, e o segundo um conceito social referente aos laços afetivos entre mães e filhos (MOURA; ARAÚJO, 2004).

A partir dessas características físicas, o exercício da maternagem também foi socialmente atribuído às mulheres, ao passo que, simultaneamente, também depositaram nas mesmas os cargos relacionados à instituição familiar (BANDITER, 2010). Em contraponto, com relação à paternidade pouco se tem de registros bibliográficos que a compreendam também como um exercício complexo, subjetivo e que demanda muito tempo, dedicação e responsabilidade dos homens, fazendo com que estes tenham sua participação nos espaços públicos limitados.

O papel do pai, historicamente, foi apenas de auxiliar na criação e sustento econômico. Em razão disso, sobressai-se a cobrança da mulher para que exerça a maternidade conforme os ditos dessas atitudes construídas e naturalizadas, mas não do pai, e por esse motivo esta pesquisa possui recorte apenas do gênero feminino. Um exemplo da exteriorização regulamentada desse fato é a diferença temporal das modalidades de licença maternidade e licença paternidade nas relações empregatícias, sendo a primeira de quatro meses, e a segunda de cinco dias no geral, recentemente ampliada para vinte dias para as empresas que integram o Programa Empresa Cidadã (BRASIL, 2008, 2016).

Apesar de hoje se discutir o direito a paternidade na área jurídica, compreendendo as demandas judiciais que requerem a ampliação do prazo da licença paternidade, a jurisprudência consolidou o entendimento de que só em possível em caso de nascimento de gêmeos e de ausência da mãe (OYAMA, 2018). Ou seja, não é levada em conta a importância da função paterna na vida do recém-nascido, nem mesmo de todo o processo do puerpério, no qual exige cuidado e atenção também para a mulher que se tornou mãe.

Tomando como referência esses pressupostos, muitas investigações começaram a ser feitas acerca de como ocorre na prática essa dedicação da mulher e do homem no seio familiar. Os dados revelados demonstram que ainda quando meninas e perpassando para a fase adulta, as mulheres sempre dedicam mais tempo e recursos para o cuidado de terceiros, sejam estes seus filhos, pessoas com necessidades especiais e/ou idosos, bem como aos trabalhos domésticos, como arrumar casa, lavar roupa, fazer compras e refeições (IBGE, 2018).

A desproporção do tempo e esforço dedicados à família, sendo desfavoráveis às mulheres, implicam na disposição de tempo, recursos e dedicação para sua educação, profissionalização e trabalho. Por isso, mesmo na atualidade as mulheres ocupando vários espaços que antes lhes eram restritos, a desigualdade ainda persiste sobre as possibilidades de efetiva ascensão do grupo como um todo, principalmente quando se compreende que dentro dessa coletividade ainda há agravantes sob sua condição, como a raça e a classe (BIROLI, 2018).

Nesse íterim, a incidência da vida familiar perante a educação das mulheres perpassa por todos os níveis de ensino. Um dado que vem chamando a atenção do

Governo brasileiro<sup>3</sup> é a alta taxa de fecundidade de crianças, adolescentes e jovens. Para as primeiras, uma gravidez advinda de estupros, para as outras uma consequência da falta de acesso a recursos que possibilitem engajamento na sua formação e desenvolvimento, como a carência de ensino de qualidade e educação sexual, transformando o casamento e a gravidez praticamente uma expectativa de vida para elas. As consequências da maternidade precoce, além dos problemas de saúde gerados às jovens mães e seus filhos, são principalmente a evasão escolar, a impossibilidade de adquirir profissionalização, qualificação, trabalho formal e mobilidade social (SANTOS et al, 2017).

Já no contexto acadêmico, Bitencourt (2017) realizou uma pesquisa com as mães universitárias dos cursos de Ciências Sociais e Medicina da Universidade Federal de Mato Grosso, com o objetivo de constatar como essas estudantes lidam com o tempo da sua trajetória acadêmica e o cuidado de si mesma, considerando a questão da maternidade em suas vidas. Com base nos dados que apresenta esse estudo, discute-se que há uma grande diferença na percepção da maternidade, do nível de limitações com relação aos estudos e a própria atenção consigo em razão das condições financeiras que são distintas entre as estudantes dos referidos cursos.

Apesar das diferenças oriundas dos privilégios econômicos das estudantes de medicina, a autora cita que as experiências com relação à maternidade no meio acadêmico são emblemáticas, pois de qualquer forma a universidade não é um lugar de acolhimento para crianças, nem de compreensão para a dimensão da maternidade na vida da estudante. A questão do “produzir ou morrer”, a inércia do currículo *lattes* quando os bebês são pequenos e a reprovação dos professores e colegas ao se falar sobre o problema, são situações que qualquer mãe universitária passa (BITENCOURT, 2017, p.6).

Com relação à carreira acadêmica, o projeto “*Parente in Science - maternidade e ciência*” vem fazendo um levantamento sobre as dificuldades enfrentadas pelas pesquisadoras e cientistas que são mães. Na última publicação dos resultados da pesquisa, a investigação coletou informações de 1.182 professoras, 104 estudantes de pós-graduação e 13 pós-doutoras, apontando que 59% das entrevistadas perceberam o impacto da maternidade como negativo para a carreira acadêmica, e 22% encaram como bastante negativo. Além disso, 51% afirmam que são as únicas responsáveis pelo cuidado da criança, sem ajuda de companheiros ou familiares (PARENT IN SCIENCE, 2018).

O estudo demonstra a evidência na quebra de produtividade durante a licença maternidade e nos primeiros anos de vida dos filhos, o que impacta negativamente no currículo *lattes*, plataforma em que as/os pesquisadoras/es registram sua trajetória profissional acadêmica, e, por conseguinte, na possibilidade de ganhar editais e/ou bolsas.

---

3 Exemplo disso é a criação da Lei nº 13.798 sancionada em janeiro de 2019, que acrescentou o artigo 8-A no Estatuto da Criança e do Adolescente, instituindo a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência.

Diante disso, a coordenadora do projeto *Parente in Science* alerta ser imprescindível a observância do Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento (CNPq) ao período de licença maternidade.

Para amenizar esse problema, apenas no fim de 2017 entrou em vigor a lei 13.536, que garante às cientistas com bolsas de apoio à pesquisa o direito à licença-maternidade sem perda do auxílio financeiro (BRASIL, 2017). Com o propósito de garantir oportunidades de bolsa equânimes, o instituto de apoio à pesquisa científica Serrapilheira possui uma política de compensação em editais para pesquisadoras que são mães, a iniciativa foi lançada em uma chamada pública de 2018 (SENA, 2018). Contudo, só há esse registro de avanço nesse sentido.

Em outra pesquisa realizada com alunas do curso de Pedagogia da Universidade Estadual do Piauí, Amorim (2012) aponta as dificuldades das mães em ser assíduas nas aulas, falta de atenção, atrasos, saídas antes do término das aulas, dentre outras situações que podem influenciar na deficiência do ensino-aprendizagem, situações provocadas pela dupla jornada de trabalho, somada à maternidade, independente da condição social delas.

Ainda sobre o tema, Uripia e Sampaio (2011) relataram, em conformidade com as dificuldades já mencionadas, as questões mais subjetivas relacionadas ao problema na ótica da Psicologia, como o recorrente medo, tristeza e insegurança presentes na vida dessas estudantes que são mães, devido à dimensão da responsabilidade atribuída a elas num momento já tão sobrecarregado de expectativas como é o do meio acadêmico.

Sobre esse ponto é importante destacar que a creche, na maioria das vezes, é a única opção que proporciona o apoio necessário às mães que precisam estudar e/ou trabalhar. Contudo, a reivindicação por creches públicas de tempo integral no Brasil foi durante muito tempo uma luta apenas das mulheres da classe menos abastadas, já que as mães que possuem condições econômicas favoráveis podem facilmente delegar de forma privada a educação e o cuidado para com seus filhos, sem precisar, necessariamente, escolher entre ser mãe, estudante ou empregada (TELES *et al*, 2018).

No levantamento feito na Universidade de Brasília, Ribeiro (2016) também apresenta as dificuldades das estudantes em conciliar a vida familiar, com estudos e trabalho, discutindo como as desigualdades de gênero influenciam nessas implicações da maternidade na educação das mulheres e enfatizando a função social que a Universidade deve assumir com o compromisso de amenizar esses obstáculos por meio de implantação das políticas assistencialistas. A autora cita a oferta do auxílio creche e a criação de uma creche institucional como formas de solucionar a questão.

Segundo Biroli (2018, p. 109), “No Brasil, é alta a correlação entre o acesso das crianças a creches e à pré-escola com empregabilidade das mães, o que tem efeitos para a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres”. A situação é análoga à questão de

acesso a educação das mães. Os estudos apontam que a creche não somente cumpre papel de apoio as mães, mas também se constitui como um direito das próprias crianças, já que nesse espaço elas têm acesso à educação, cultura e lazer, os quais nem sempre podem ser possibilitados pelas famílias em situação de vulnerabilidade econômica (ROSEMBERG, 2015; TELES *et al*, 2018; BIROLI, 2018).

Outrossim, as creches universitárias e escolas de aplicação surgiram com o objetivo de atender os filhos da comunidade acadêmica e externa, além de dar oportunidade de estágio, pesquisa, extensão e observação aos universitários. Raupp (2004, p.208) menciona a exigência da prática dos cursos de “pedagogia, psicologia, educação física, nutrição, odontologia, medicina, engenharia de produção, arquitetura, enfermagem, fisioterapia, farmácia, economia doméstica e educação artística”, cujos possuem disciplinas relacionadas ao cuidado, educação e atenção infantil. Ademais, a atuação dos acadêmicos dessas áreas poderia desenvolver novos campos de pesquisa.

Percebe-se, portanto, o quão fundamental é considerar as particularidades de uma mãe acadêmica nos editais, bem como viabilizar equipamentos de assistência, como a bolsa de assistência creche ou a própria creche universitária para as/os estudantes que vivenciam a maternidade no contexto da sua educação. A falta desses instrumentos pode ser determinante na permanência e qualidade da trajetória acadêmica das/dos alunas/os que precisam. Sendo assim, o próximo capítulo visa apresentar e analisar as causas que se constituem como obstáculos para a efetivação do acesso e permanência na educação superior para as mulheres que são mães e estudantes da Universidade Regional do Cariri (URCA), tendo em vista que esta não oferece nenhum auxílio às estudantes que têm filhos.

## **2. ANÁLISE DA TRAJETÓRIA ACADÊMICA DAS MÃES ESTUDANTES DA UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI (URCA)**

### **2.1. OS CAMINHOS DA PESQUISA**

A pesquisa foi de base qualitativa somada à quantitativa, tendo como finalidade não somente quantificar numericamente as mães estudantes da URCA e seus dados, mas, sim, entender e explicar fenômenos sociais a elas relacionados a partir de suas experiências e percepções. A investigação ainda se caracteriza como exploratória e descritiva, tendo em vista que o intuito da pesquisa foi levantar e apresentar as vivências e opiniões da população investigada. Por fim, essa pesquisa utilizou diversas técnicas de coleta: bibliográfica, documental e de campo, as quais serão detalhadas a seguir.

Com relação ao contexto e participantes da investigação, a população que compõe a amostra de conveniência desta pesquisa são as mães estudantes da URCA, especialmente dos *Campus* localizados em Crato e Juazeiro do Norte, Ceará. O uso da amostragem por conveniência foi escolhido pelo fato da pesquisadora não ter acesso prévio a população total que se objetivava analisar, bem como por ser uma técnica de amostragem mais simples, rápida e prática.

Os cursos e alunas contempladas na pesquisa foram: 17 alunas do curso de Pedagogia noturno e 10 da manhã; 11 de Letras noite e 02 manhã; 04 de História noite e 01 manhã; 02 de Geografia noite e 01 manhã; 04 de Ciências Econômicas noite e 01 manhã; 11 de Direito noite e 04 tarde; 05 de Ciências Biológicas Licenciatura noite e 07 Ciências Biológicas Bacharelado manhã/tarde; 03 de Artes Visuais manhã/tarde; 06 de Ciências Sociais tarde; 03 de Educação Física manhã/tarde; 04 de Enfermagem manhã/tarde; 02 de Física tarde; 03 de Química; 01 de Tecnologia da Construção Civil: Topografia e Estradas noite.

O critério para inclusão dessas alunas foi apenas ser mãe e estudante da referida IES. Apesar de haver muitos pais acadêmicos, o recorte do gênero feminino está relacionado à questão da sobrecarga das mulheres em razão do exercício da maternagem, posto que é uma função culturalmente atribuída as mulheres no contexto histórico da divisão sexual do trabalho dentro do sistema patriarcal de dominação, como visto no primeiro capítulo. Ademais, não foi encontrado dados referentes à problemática de mau desempenho ou evasão escolar de pais acadêmicos na educação superior, por isso o foco nas alunas que são mães.

Com relação à URCA, esta foi criada pela Lei 11.191/1986, é uma instituição estadual de educação superior, caracterizada como autarquia educacional de regime especial, vinculada à Secretaria de Educação do Estado do Ceará. Esta IES é uma universidade de referência na formação superior da Região do Cariri-CE, sendo promotora da articulação entre o ensino superior e o desenvolvimento regional. Insta salientar que a URCA foi pioneira na interiorização da educação superior.

O perfil socioeconômico dos estudantes da URCA se apresenta, em sua maioria, de jovens, do gênero feminino, de autodeclarados de raça/etnia parda em seguida da branca e de baixa renda. Acrescenta-se que esses estudantes são majoritariamente egressos de escolas públicas e marcados por diversos obstáculos que dificultam o acesso e a permanência nos estudos, além de muitos serem oriundos das regiões interioranas distritais, denominados sítios, alguns deles localizados em outros Estados, como Pernambuco e Piauí (URCA, 2017).

Considerando a essencialidade de fornecer instrumentos que visem garantir a permanência dos estudantes em situação de vulnerabilidade, na URCA a política de

assistência estudantil é administrada através da Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis (PROAE), a qual promove programas de auxílio como: Restaurante Universitário, Residência Universitária e Bolsa Assistência Estudantil. Ademais, a PROAE desenvolve a política de permanência dos discentes ao articular a promoção e engajamento destes no tripé pedagógico da pesquisa, ensino e extensão, além da assistência.

A oferta de Bolsas Assistência Estudantil é o auxílio financeiro que tem o intuito de contribuir com os custos de permanência dos alunos de baixa renda dos cursos de graduação da URCA, sendo seu principal foco combater a evasão e colaborar para o bom rendimento e trajetória acadêmica do estudante. Os dois últimos Planos de Desenvolvimento Institucional (PDI) planejados para os anos 2012 a 2016 e de 2017 a 2021 da referida IES prevê metas importantes para a ampliação da assistência estudantil, tais como a implantação de auxílios para transporte, moradia, creche, material didática e alimentação (URCA, 2012; 2017).

Ressalta-se nesses planos a previsão da bolsa de auxílio creche, que neste trabalho se apresenta como uma das modalidades de assistência que é focalizada na situação das/dos estudantes que são mães e pais em situação de vulnerabilidade. No PDI de 2012 este auxílio vinha previsto da seguinte forma:

3. **Auxílio Creche** – trata-se de um auxílio financeiro concedido a estudante da URCA com matrícula regular, no período letivo, que possuam filhos em idade de educação infantil, que compreende a idade de 0 a 6 (zero a seis) anos incompletos. O estudante terá que comprovar a vulnerabilidade social. Valor do auxílio R\$150,00 (URCA, 2012, pp. 90-91).

Contudo, o último edital lançado com esta finalidade foi no ano 2016 (Edital Nº 003/2016 - PROAE), cujo forneceu bolsas de auxílio nas áreas de: Manutenção Acadêmica, Creche, Moradia, Incentivo à Arte e Cultura e Incentivo ao Esporte e Lazer, totalizando 155 bolsas. Os requisitos da seleção foram: Estar regularmente matriculados em qualquer semestre nos cursos de graduação da URCA; comprovar situação de vulnerabilidade econômica; dispor de no mínimo 20 (vinte) horas semanais, não coincidentes com o horário das aulas; não exercer trabalho com vínculo empregatício; não estar sendo beneficiado com qualquer outra modalidade de bolsa da URCA ou quaisquer órgãos de fomento.

Com relação à coleta de dados, esta foi realizada no período entre março e junho de 2019, com aplicação de questionários enviados por meio de *link online* elaborado pela plataforma “Formulários Google”. Tal questionário objetivou verificar a trajetória acadêmica das estudantes que são mães do lócus supracitado, independente de critérios biológicos, observando os fatores de acesso, trajetória, permanência, desempenho e conclusão nos cursos de graduação.

As variáveis escolhidas para o questionário partem da problemática de como a maternidade incide sob a trajetória acadêmica das mulheres, bem como da perspectiva de

quais programas ou serviços a URCA dispõe para garantir a promoção da permanência das mães na universidade e assegurar a qualidade na sua formação. As análises e resultados que serão expostos foram abordadas no questionário em torno do perfil sócioeconômico das mulheres e sua família, trajetória acadêmica e experiências de vida.

Sobre a fase da análise de dados, insta salientar que ela possui três objetivos: a compreensão dos dados obtidos; a comprovação ou não das hipóteses e das problemáticas levantadas e o aumento do conhecimento da pesquisadora sobre a temática da pesquisa (MINAYO 1996). Para alcançar essas finalidades, as análises na presente pesquisa foram realizadas por meio da análise de conteúdo e da análise de documentos.

A análise de conteúdo foi a técnica escolhida para analisar as informações fornecidas pelas sujeitas investigadas a partir das respostas dos questionários, dimensionando a análise qualitativa. Esta técnica compreende três fases: pré-análise, caracterizada pela leitura flutuante das informações construídas, da organização do material e reformulação de objetivos; exploração do material, onde há categorização dos dados de acordo com as dimensões analíticas; tratamento dos dados, o que implica na interpretação e articulação ao corpo teórico (BARDIN, 2010).

Essa técnica de análise foi escolhida pela possibilidade de concretização dos objetivos da pesquisa, já que para Bardin (2010) está fundamentada nas suas condições de produção e o sujeito produtor do discurso como situado em um espaço social, o que possibilita compreender as vivências e percepções sobre a permanência das estudantes que são mães na URCA.

Com relação aos aspectos éticos da pesquisa, ressalta-se que todas as mulheres que participaram da pesquisa foram devidamente informadas sobre os objetivos da investigação, seu caráter de sigilo e confidencialidade, assim como a garantia da preservação dos dados e do caráter voluntário da colaboração. Tais aspectos estão descritos no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), cuja leitura e confirmação foram condições para responder o questionário e, assim, participar da pesquisa. Além disso, o projeto de pesquisa foi encaminhado e submetido previamente ao comitê de ética competente, sendo aprovado (Número do Parecer: 3.197.619; CAAE: 06442918.8.0000.5055), resguardando os princípios e diretrizes da Resolução Nº 510, de 07 de abril de 2016.

## *2.2. A INVESTIGAÇÃO NA URCA: RESULTADOS E DISCUSSÕES*

As primeiras perguntas do questionário referiam-se a fatores socioeconômicos, a fim de caracterizar as condições de vida e o perfil das universitárias. Dessa forma, com relação à idade, das 102 mães que responderam o questionário apenas 08 possuem idade entre

16 e 20 anos de idade; 46 com idade entre 21 e 25 anos; 22 entre 26 e 30 anos; 26 acima de 30 anos.

Sobre o estado civil das participantes, são 31 solteiras, 07 divorciadas, 04 separadas; de outro lado, são 37 casadas, 23 em união estável, considerando a soma das que responderam união estável, namorando e residindo com o companheiro, já que além das modalidades oficiais de estado civil apresentadas para assinalar, foi deixado a opção “Outros” para complementação.

Esse número considerável de mães solteiras, divorciadas e separadas (42) quando analisado junto as questões relativas à companhia de moradia e fonte de apoio para com o filho, caracteriza uma alta incidência de mulheres como principal responsável pelos cuidados com os filhos e pela chefia do lar. Os efeitos dessa realidade podem ser percebidos pela fala da estudante abaixo:

*“Em consequência de ser chefe de família e ter que trabalhar fora para o sustento de todos, não disponibilizo de tempo suficiente para a quantidade de atividades que me são delegadas. Teria que disponibilizar de mais de 24 horas para execução de todas as atividades incluindo a terceira e quarta jornada, uma vez que também sou do lar e só disponibilizo da madrugada para executar minhas atividades acadêmicas” (aluna do 5º semestre de Letras, renda de até um salário mínimo, solteira, parda, 02 filhos com idade com 10 e 25 anos).*

Essa multidimensionalidade da mulher no âmbito do lar que gera uma grande sobrecarga sobre ela é recorrente na maioria das famílias que as mulheres são chefes. De acordo com o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) “Retrato das desigualdades de gênero e raça” (2011), entre o período de 1995 a 2009 houve um aumento de 13 pontos percentuais na proporção de mulheres chefes de famílias nas cidades – passando de 24,8%, em 1995, para 37,8%, em 2009. A pesquisa destaca que no ano de 2009, 26,1% das mulheres chefes participavam de famílias formadas por casais, e 49,4%, de famílias monoparentais. O problema reside no fato de que há maior vulnerabilidade nos domicílios chefiados por mulheres, principalmente pelas mulheres negras quando comparados aos domicílios chefiados mulheres brancas e por homens (IPEA, 2011).

Quando perguntadas sobre a cor ou raça<sup>4</sup>, 54 se declararam pardas, 22 pretas, 21 brancas, 04 amarelas e 01 indígena. Ao abordar a temática do acesso à educação superior numa perspectiva de gênero, raça e classe, é importante considerar os fatores históricos e sociais que geram desigualdades no que se refere a população negra e indígena no Brasil. Dessa forma, as políticas de cotas nas universidades cumprem a função de democratizar o acesso desses sujeitos na educação superior.

4 A utilização da nomenclatura raça e/ou cor segue a nomenclatura utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no censo demográfico.

Na URCA, as cotas foram adotadas desde o ano 2018. Contudo, faz-se necessário além de garantir meios de ingresso na universidade, assegurar a permanência e a qualidade na formação dessas pessoas nos cursos de graduação, pois as dificuldades financeiras e de moradia, por exemplo, refletem diretamente no déficit no aprendizado e engajamento dos alunos no ensino, na pesquisa e na extensão, podendo inclusive ser causas para a evasão conforme analisado no primeiro capítulo.

Sobre a renda familiar, foi utilizado como base de cálculo o salário mínimo vigente no ano 2019 no valor de R\$ 998,00. Dessa forma, verificou-se que 35 pessoas são baixa renda, ou seja, possuem a renda equivalente a meio salário mínimo por membro da família e estão inscritas no Cadastro Único do Governo e/ou recebem algum benefício de prestação continuada, como o Bolsa Família; 30 possuem até um salário mínimo; 21 de 01 a 02 salários mínimos; uma pessoa de 02 a 03 salários mínimos; 06 possuem de 03 a 04 salários mínimos e 09 possuem uma renda superior a 04 salários mínimos.

As contradições históricas que envolvem a sociedade brasileira estão muito relacionadas à questão econômica, dessa forma, os processos excludentes demonstram as causas do acesso desigual dos estudantes pobres ao sistema educacional, principalmente no que se refere à educação superior (ZAGO, 2006). Contudo, é justamente através da qualificação da população mais pobre que surge a possibilidade de ascensão social, pois a diferença salarial entre os profissionais graduados e os demais trabalhadores é mais significativa.

Sobre a ocupação dessas mulheres, 50 respondeu não trabalhar de forma remunerada, 18 tem emprego remunerado em tempo integral, 17 tem emprego remunerado em tempo parcial, 13 tem bolsa acadêmica remunerada, 03 são estagiárias e uma afirmou trabalhar em casa fazendo formatação de trabalhos acadêmicos. Nesse contexto, a quádrupla jornada de trabalho de muitas mulheres é a soma do conjunto do trabalho do lar não remunerado, do exercício da maternagem, do trabalho remunerado fora de casa e os estudos, como foi abordado no primeiro capítulo. Nos relatos sobre a experiência de conciliar trabalho, estudo e maternidade, as 52 estudantes, de forma consensual e repetitiva, afirmaram estar extremamente cansadas, mencionando a manifestação do sentimento de impotência e frustração, já que não conseguem, de forma satisfatória, exercer todos esses atributos em sua integralidade.

*“As vezes me sinto incapaz por não ser tão boa em algo, não sou a melhor no trabalho, não sou uma mãe que meus filhos merecem ter, não tenho bom desempenho na faculdade, não sou uma boa dona de casa. Sempre estou cansada e estressada” (aluna do 5º semestre do curso de Letras, divorciada, branca, renda de até 01 salário mínimo, 02 filhos com idades entre 06 e 10 anos).*

*“Muito desgastante. Trabalhar fora de casa, estudar, realizar afazeres domésticos e*

*desempenhar a maternidade é, sem dúvidas, muito desgastante” (aluna do 7º semestre de Pedagogia, casada, preta, renda entre 01 e 02 salários mínimos, 01 filho com idade entre 06 e 10 anos).*

*“Minha rotina é bem corrida. Muitas vezes me sinto incompleta, pois tenho que me dedicar à minha filha, aos estudos e à faculdade, mas não tenho tempo pra tudo. Então acaba faltando tempo pra alguma coisa” (aluna do 7º semestre de Pedagogia, parda, solteira, baixa renda, 01 filho com idade de até 05 anos).*

Outras priorizaram a graduação e os filhos em detrimento do trabalho, como esta:

*“Tive exatamente que deixar de trabalhar pra poder tentar conseguir concluir o curso. Pois ser mãe, trabalhar e estudar ganhando pouco é melhor não trabalhar e ter mais tempo com os filhos. Priorizei minha filha. E conto com suporte de meus pais para a subsistência” (aluna do 9º semestre de Direito, branca, divorciada, renda entre 01 e 02 salários mínimos, 01 filho com idade até 05 anos).*

Contudo, nem todas possuem alguém que as ajude financeiramente, algumas afirmaram que só trabalham fora de casa porque realmente é necessário, como responderam essas mães:

*“Bem difícil, mas minha prioridade é meu trabalho, pois sou mãe e a única renda da família é a minha” (aluna do 3º semestre de Ciências Econômicas, parda, solteira, baixa renda, 02 filhos com idades 04 e 11 anos).*

*“Exaustiva. Não gosto do meu trabalho, mas preciso dele. É muito cansativo trabalhar pela manhã, sair de casa às 15h para estar na faculdade a noite, chegar em casa às 00h30 e acordar às 05h30 para arrumar a filha pra levar a escola e chegar no meu trabalho às 06h50 manhã” (aluna do 6º semestre do curso de Pedagogia, parda, em união estável, renda entre 01 e 02 salários mínimos, 01 filho com idade de até 05 anos).*

Como dito antes, as mães que são chefes de família exercem um papel multidimensional no seio familiar, gerando uma sobrecarga ainda maior. Somada a sensação de exaustão ainda se manifesta o sentimento de “falha” enquanto mãe, já que para muitas a longa jornada de trabalho se manifesta como um distanciamento do filho, como relata essa aluna:

*“Um pouco estressante para mim, pois gostaria de me dedicar apenas aos cuidados da minha filhotinha pelo menos até que ela complete a idade de frequentar a escola” (aluna do 10º semestre de Ciências Biológicas, casada, parda, entre 01 e 02 salários mínimos, 01 filho com idade até 05 anos).*

Sobre o semestre cursado no momento da pesquisa, 06 são do primeiro semestre; 06 do segundo; 08 do terceiro; 12 do quarto; 19 do quinto; 14 do sexto; 15 do sétimo; 10 do oitavo; 05 do nono e 07 do décimo período. Ressalva-se que apenas os cursos de Direito, Engenharia de Produção, Enfermagem e Ciência Econômica possuem 10 semestres, ou

seja, 05 anos de duração; o de Pedagogia 09 semestres; ao passo que todos os outros são 08 períodos, totalizando 04 anos. Dessa forma, percebe-se que as participantes da pesquisa em sua maioria se encontram nos períodos mais avançados de seus cursos, o que se mostra relevante para a investigação, tendo em vista que as respostas a serem apresentadas ao longo deste trabalho são oriundas de mulheres que possuem um tempo considerável de trajetória acadêmica.

Contudo, um aspecto que começa a apontar para as dificuldades da trajetória acadêmica dessas mulheres é o fato de algumas estarem atrasadas no curso. Considerando que a pesquisa foi realizada entre os meses março e junho de 2019, e tendo em vista o atraso do ano letivo ocasionado pelas greves que ocorreram em 2014 e 2016, significa dizer que a pesquisa foi realizada no semestre letivo 2018.1. Dessa forma, auferiu-se da análise das questões sobre qual o ano letivo de ingresso e qual o semestre atual do curso que as alunas que ingressaram em qualquer semestre do ano 2008 (03 alunas), 2011 (03 alunas), 2012 (06 alunas) e 2013 (10 alunas que não estavam no último período do curso) estão atrasadas para colar grau, mesmo as que são dos cursos que possuem 05 anos de duração.

Ao serem indagadas sobre a quantidade de filhos, 71 possuem apenas 01; 25 possuem 02; 05 possuem 03; uma possui 04 filhos. Sobre a faixa etária de idade dos seus filhos, 73 mães responderam que possuem filhos de até 05 anos de idade; 25 possuem filhos entre 06 e 10 anos de idade; 20 possuem filhos entre 11 e 15 anos; 04 possuem filhos com mais de 15 anos. Importante destacar que para a área da saúde até os 10 anos de idade a criança necessita de maior atenção no acompanhamento do seu desenvolvimento. Esse acompanhamento abrange questões relacionadas ao aleitamento exclusivo até os seis meses de vida e em livre demanda até os dois anos, prevenção de acidentes, auxílio e atenção para o desenvolvimento psico-motor-social, alimentação, educação, entre outros fatores (SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SÃO PAULO, 2015).

Essa maior atenção nos primeiros anos de vida do filho incide na trajetória educacional da mãe na medida em que ela passa a ter menos tempo de dedicação as atividades educacionais, comprometendo tanto a conclusão da educação básica para aquelas que engravidaram antes de ingressar na URCA, que diz respeito ao acesso, quanto a permanência e qualidade na formação daquelas que se tornaram mães já no contexto acadêmico.

O momento da gravidez dessas mulheres aconteceu para 47 delas quando já estavam na graduação e para 53 delas antes do ingresso no curso de ensino superior, outrossim, como foi deixado a caixa aberta no questionário para a opção “Outros”, a única mulher que respondeu anteriormente ter 04 filhos relatou que 02 foram antes da entrada na universidade e 02 durante a graduação, enquanto outras duas que também possuem mais de um filho responderam terem sido antes e durante.

Das mulheres que responderam ter engravidado antes de ingressar na URCA, 34 afirmou ter dificuldades para passar no vestibular, a maioria pela falta de tempo para estudar aliada a questão da falta de uma pessoa para ficar com a criança enquanto estudava, o que demonstra os óbices no acesso a educação superior. Visando diminuir a complexidade de conciliar trabalho, maternidade e estudos, 04 delas afirmaram esperar os filhos crescerem para tentar ingressar na universidade, uma afirmou esperar 09 anos e outra 10 anos para tal propósito.

Das mulheres que responderam ter engravidado durante a graduação, ao serem questionadas sobre o uso da licença maternidade, 43 delas responderam que utilizaram de seu direito a licença maternidade para fazer as atividades acadêmicas em domicílio e 36 não utilizaram. O manual acadêmico da URCA (2018), seguindo expressamente os preceitos da Lei 6.202/75, prevê que o abono de faltas para a aluna gestante é possível por meio da compensação com tarefas a serem feitas em regime domiciliar, cujo deve ser requerido mediante a apresentação de atestado médico. O manual assegura que “As atividades solicitadas pelos professores serão imediatamente encaminhadas ao aluno para que ele inicie o cumprimento das tarefas. A Coordenação deverá estabelecer contato com o aluno para que todo o material lhe seja repassados, por qualquer pessoa que o represente” (URCA, 2018, p. 17).

Porém, notou-se uma alta ocorrência de problemas relacionados à efetividade desse direito das alunas, tendo em vista que 22 mulheres relataram erro de procedimento administrativo, ligados a não observância dos professores a especificidade do regime domiciliar, ocasionando a reprovação de alunas por faltas e notas, como se pode ver abaixo:

“Em uma das disciplinas cursadas o professor se negou a corrigir meu trabalho, que ele mesmo passou e que foi entregue no prazo” (aluna do 8º semestre do curso de Direito, casada, branca, renda de mais de 04 salários mínimos, 02 filhos com idade até 05 anos).

“Após voltar as aulas fui aconselhada por alguns professores a pagar as disciplinas novamente para poder dar a nota. Até hoje estou reprovada na maioria das disciplinas que estava matriculada durante a licença”(aluna do 5º semestre de Ciências Biológicas, parda, união estável, baixa renda, 01 filho com idade até 05 anos).

*“Alguns dos professores se recusaram a me enviar os trabalhos para serem feitos em casas, e mesmo eu estando recém operada tive que ir inúmeras vezes a universidade em busca de procurar resolver esse problema. Fui muito mal atendida e acabei ficando sem notas em algumas disciplinas”(aluna do 6º semestre do curso de Letras, parda, separada, renda de até um salário mínimo, 02 filhos com idade até 05 anos).*

*“Sim, a licença maternidade não abrange os estágios de modo que após 15 dias do parto tive que retornar as aulas” (aluna do 7º semestre do curso de Direito, indígena, união estável, 02 filhos com idade até 05 anos).*

Ao analisar esses relatos, percebe-se que há falta de observância da própria universidade a Lei 6.202/75 e seu regimento interno. Além disso, algumas estudantes relataram não conhecer o procedimento para solicitar a licença, como visto no último relato acima, já que o manual da universidade não faz ressalvas a nenhuma disciplina. Outro fato que chamou atenção foram os relatos sobre o corte de vínculo como bolsista em alguns casos, a exemplo do caso abaixo:

*“Meu orientador me retirou da bolsa de iniciação científica durante minha gestação” (Aluna do 8º período de Ciências Sociais, casada, preta, baixa renda, 01 filho com idade até 05 anos).*

São aspectos que demonstram a escassez de atenção da instituição para com as estudantes que são mães, casos que incidem diretamente no atraso e desempenho das alunas no curso. Outrossim, foi analisado no primeiro capítulo que a lei 13.536/2017, garante às pesquisadoras que possuem bolsas de apoio à pesquisa o direito à licença-maternidade sem perda do auxílio financeiro (BRASIL, 2017), assim, vê-se que os professores que desligam as alunas das bolsas por causa da gravidez, além de atuarem de forma discriminatória, estão cometendo uma prática ilegal.

Ao serem questionadas sobre quem as ajudam com os filhos quando precisam, foi respondido pela maioria que a mãe, ou seja, a avó materna da criança é o principal apoio (61), em segundo lugar é que está o pai da criança (40), outros membros da família, como avô materno, padrasto e filhos mais velhos (24), 05 mães pagam babás e 01 disse que ninguém a ajuda:

*“Tenho que me virar” (aluna do 7º semestre de Tecnologia da construção civil - Topografia e estradas, solteira, preta, renda até 01 salário mínimo, 01 filho com idade entre 06 e 10 anos).*

Conforme fora analisado no capítulo anterior, o exercício da paternagem historicamente foi colocado numa situação secundária diante dos cuidados com os filhos, o que acaba sobrecarregando as mulheres que são mães. E, de acordo com os dados acima, reforça-se a evidência da necessidade de se discutir esses papéis sociais construídos e descentralizar os cuidados com as crianças na família.

Em virtude de todos os aspectos negativos abordados, indagou-se sobre o nível de satisfação com o rendimento acadêmico, ocasião em que 57 alegaram não estar satisfeitas com seu rendimento acadêmico; em contrário, 45 estão satisfeitas. A maioria das mulheres que afirmaram não estar satisfeitas com o seu rendimento acadêmico, justificam que a principal causa é a falta de tempo para estudar em razão da tripla ou quádrupla jornada de trabalho, já que várias além do exercício da maternidade e dos estudos, são do lar e ao mesmo tempo possuem emprego remunerado fora de casa. Algumas lamentaram sobre não conseguir se dedicar aos estudos como gostariam, outras destacaram a necessidade

de ajuda psicológica para controlar os danos de tamanha sobrecarga.

Outrossim, importa lembrar que a educação superior se alicerça no tripé pedagógico de ensino, pesquisa e extensão para que o aluno da graduação realmente possa ampliar sua visão nos estudos, assim, o aprendizado deve ir além do que é visto apenas em sala de aula. Contudo, percebe-se com os relatos enviados que a maioria das estudantes que são mães não conseguem nem acompanhar de forma plena as aulas em sala, muito menos se envolver em pesquisa ou extensão. Elas lamentam não poder participar de eventos e grupos de estudos, como afirmaram essas alunas:

*“Gostaria de ter mais tempo e disponibilidade para me dedicar aos estudos. Gostaria de participar de um grupo de estudo, mas o tempo não permite” (aluna do 7º semestre do curso de Pedagogia, baixa renda, solteira, parda, 01 filho com idade até 05 anos).*

*“Referente a participação em eventos sendo na monitoria poderia ser mais flexível tipo a aluna mãe participar apenas em um horário. Em cinco anos de universidade fui monitora apenas uma vez” (aluna do 10º período do curso de Ciências Biológicas, baixa renda, parda, casada, 01 filho com idade até 05 anos).*

Visando aprofundar ainda mais as experiências e percepções das mães com relação a as implicações da maternidade na trajetória acadêmica, foi deixada uma caixa aberta para que pudessem acrescentar algo que considerado importante e que não foi contemplado pelas outras perguntas no questionário, nessa questão avaliou-se relevante reproduzir a maioria das respostas pela dimensão problemática de todos os casos relatados.

*“Apoio psicológico e um tratamento diferenciado para as mães universitárias - não defendo privilégios nem facilidades. Falo do que está em nossa Constituição: tratar os diferentes de maneira diferente e os iguais de maneira igual. As mães universitárias muitas vezes, só precisam de alguém com empatia - seja professor ou coordenador do curso, coisa que nem sempre encontramos e não é fácil” (aluna do 8º período do curso de Direito, separada, parda, renda até um salário mínimo, 02 filhos com idade até 05 anos).*

*“A academia é um espaço de muitas vivências que é fundamental na minha formação. Mas também um espaço de muitos conflitos que nos adocece. É necessário estarmos no debate destas questões da mulher na academia e que elas produzem ciência diferente das outras mulheres. Cada mulher com suas vivências e conhecimento. As mulheres negras então nem se fala, muitas nunca tiveram a chance de estar na academia” (aluna do 6º semestre de Ciências Sociais, solteira, preta, baixa renda, 02 filhos com idades 06 e 14 anos).*

Certamente, o contexto acadêmico é uma experiência eivada de possibilidades para a construção científica, profissional e humana de uma estudante. De outro lado, o exercício da maternagem é uma atividade também repleta de sentidos, subjetividades e transformações na vida da mulher. Quando se vivencia ambas ocupações simultaneamente,

ser mãe e estudante, a situação pode-se tornar uma grande sobrecarga, tanto no aspecto físico quanto no mental, já que as duas exigem da mulher, que tem um filho e é aluna da graduação, muita responsabilidade e dedicação.

As palavras *cansada, exausta, desgastante, estressada e triste* foram destacadas na maioria dos relatos. Sendo assim, a oferta de assistência e apoio psicológico vem a baila como mais uma assistência essencial para a qualidade de vida e educação das/os estudantes, que deve ser garantida pelas IES no âmbito das políticas educacionais.

Outras circunstâncias que contribuem para a insatisfação acadêmica e desistência dos cursos são as práticas institucionalmente violentas e discriminatórias com as alunas, onde, geralmente, os professores abusam do seu lugar de fala para desprezar as estudantes, conforme se pode extrair das situações abaixo:

*“Voltei para aula quando minha filha tinha apenas 02 meses pois não queria perder conteúdo, mesmo pedindo compreensão em relação a chegada pois pra mim sair tinha que esperar meu esposo chegar do trabalho em outra cidade, de cara fui compreendida **mas tive que ouvir alguns sermão na frente de meus colegas, tipo: a URCA não quer saber se você se atrasa por conta de ônibus ou porque você tem bebê em casa.** Tanto que uma colega minha que teve bebê alguns dias antes de mim veio desistir do semestre” (grifo da autora; aluna do 5º semestre de Pedagogia, casada, preta, renda entre 01 e 02 salários mínimos, 01 filho com idade até 05 anos).*

*“**Já fui expulsa de sala** por estar com minha filha, que na época era lactante, dormindo em meu braço dentro de sala!” (grifo da autora; aluna do 8º semestre do curso de Direito, casada, branca, renda mais de 04 salários mínimos, 02 filhos com idade até 05 anos).*

A situação de hierarquia professor x aluno, comum nas instituições de ensino, é um aspecto que induz a ocorrência de situações de assédio moral no âmbito universitário, embora não haja regulamentação normativa que puna tais práticas. Discriminar alunos por meio de insultos, tratamento vexatório em público e expulsão de sala de aula sem motivação são atos que se configuram como assédio moral, cujos não deveriam acontecer (SOUZA, 2018).

*“Ao meu ver, falta um pouco mais de **empatia** por parte dos professores para conosco, estudantes mães, no que diz respeito à prazos para entregar trabalhos, flexibilidade de horários, etc” (grifo da autora, aluna do 7º semestre de Pedagogia, casada, preta, renda entre 01 e 02 salários mínimos, 01 filho com idade até 05 anos).*

*“**A universidade ter um olhar diferenciado para quem tem filhos**, alguma coisa como creche, escola, maleabilidade em relação a faltas, um canal online de acompanhamento ou de reforço de estudos, para uso de materiais auxiliares” (grifo da autora, aluna do 7º semestre de Direito, divorciada, branca, renda mais de 04 salários mínimos, 01 filho com*

idade até 05 anos).

07 relatos dessa questão apontaram que um dos fatores que dificulta a trajetória acadêmica dessas estudantes é a *falta de empatia e compreensão* dos professores, colegas e da própria instituição com a realidade delas que gera desigualdade. Nesse contexto, atualmente vem se discutindo muito sobre a questão da equidade, empatia e alteridade no âmbito educacional. Educadores humanistas como Freire (1969) e Pacheco (2004), compreendem que o modelo tradicional de educação que reproduz um espaço de ensino técnico, formal e hierarquizado, tende a limitar o aprendizado e desenvolvimento crítico dos estudantes, por isso, apontam a relevância de colocar os alunos num patamar de igualdade, dialogar e compreender suas particularidades, construir relações entre discentes e docentes, firmar relações mais humanizadas e desburocratizar as instituições.

Essa humanização das relações pode ser vista como um importante meio de amenizar a sobrecarga inerente a trajetória acadêmica. No que se refere as necessidades particulares das alunas que são mães, situações como apresentação de atestado médico sobre acompanhamento do filho em estado de doença ou consulta de rotina, comparecimento em reuniões escolares, dentre outras situações inevitáveis atinentes as mães, deveriam ser também levadas em consideração nos casos de precisão de alargamento de prazo para entrega de trabalhos ou abono de faltas.

Dessa forma, exige-se também das universidades uma atuação docente interdisciplinar, que perceba os indivíduos, não apenas como um mero aluno, mas sim, como um ser humano. As IES precisam se atentar para esse novo entendimento que vem se consolidando, assim como os professores também precisam se adaptar para efetivar um sistema educacional mais eficiente e perspicaz.

Por fim, com o intuito de conhecer os anseios das estudantes que são mães acerca das possibilidades de solucionar a problemática, foi perguntado como sua trajetória acadêmica enquanto mãe poderia melhorar. O auxílio creche foi apontado por 10 mulheres como uma possível solução para viabilizar a matrícula das crianças em uma creche ou contratar uma babá, já que muitas não têm alguém para ficar com o filho enquanto estudam ou não possuem renda suficiente para pagar por esse serviço, além da problemática da falta de vagas nas creches públicas da região. Essa modalidade de assistência estudantil já é prevista no Plano de Desenvolvimento Institucional da URCA desde 2012, como dito anteriormente, contudo só foi ofertado uma vez no ano de 2016 com duração de apenas um ano.

Uma creche universitária ou um local com a finalidade de acolher e cuidar da criança no horário de aula das aulas e eventos, como creche, brinquedoteca ou escola de aplicação, foi apontado por 19 alunas como outra possibilidade para melhoria da trajetória acadêmica das estudantes que são mães. Esse equipamento é um meio bastante eficaz de engajar

toda a comunidade institucional em prol da atenuação da problemática em tela, pois além de funcionar como única alternativa para estudantes e funcionárias que não tem outro local para deixar seus filhos, servem como espaço de prática pedagógica dos cursos que possuem em sua grade curricular disciplinas voltadas para a educação infantil e o cuidado e atenção com crianças, conforme foi analisado no segundo capítulo.

Além da bolsa de auxílio e a creche/escola universitária, foi mencionado à exigência de melhoria das políticas das assistências já ofertadas pela URCA, como a residência e o restaurante universitário. As alunas moradoras da residência universitária lamentam não morar com suas filhas nem poder levá-las ao local para visitas. No que se refere ao restaurante, as alunas relatam que realizam suas refeições na universidade pelo baixo custo e pela falta de tempo para cozinhar em casa, contudo, o preço da refeição aumenta para seus filhos, por serem da comunidade externa, o que acaba não sendo vantajoso para elas.

*“Uma melhor divisão de tarefas em casa”* também foi apontado por uma estudante como uma alternativa. Essa resposta é de suma relevância social, pois realmente faz-se necessário transformar as relações sociais para garantir a efetiva isonomia entre homens e mulheres. Como visto no segundo capítulo, a divisão sexual do trabalho delimitou de forma precária a vida e autonomia das mulheres, sendo o cuidado dos filhos uma das funções atribuídas que geram grande sobrecarga sobre elas. Voltando a questão anterior, sobre outras informações pertinentes não contempladas pelo questionário, algumas estudantes também mencionaram a ajuda de outros familiares:

*“Em questão de ajuda, eu sou mais só para cuidar dele. Poucos estão ao meu lado. Meu namorado e mãe trabalham. O restante ajuda 1 minuto...”* (aluna do 1º semestre de Pedagogia, parda, em união estável, renda entre 01 e 02 salários mínimos, 01 filho com idade até 05 anos).

*“As mães são cobradas o tempo todo para terem seus filhos e quando tem, muitas vezes tem que desistir da graduação porque muitas vezes falta ajuda por parte dos familiares e acabamos deixando os nossos sonhos de lado”* (aluna do 10º semestre de Ciências Econômicas, parda, em união estável, renda entre 03 e 04 salários mínimos, 02 filhos, 01 com idade até 05 anos e outro com idade entre 06 e 10 anos).

Nesse contexto, as respostas que acrescentaram as “redes de apoio” como meio são de suma importância para se pensar sobre a essencialidade da sociedade no cuidado com as crianças. De acordo com o art. 227 da CF/88:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Este artigo manifesta a ideia da proteção integral da criança, da qual se extrai que a responsabilidade da criança não é só dos pais, mas de toda sociedade, toda família e também do Estado. Sendo assim, infere-se que o acesso, a permanência e bom desempenho das estudantes que são mães na educação superior dependem de uma mudança estrutural que abranja tanto o âmbito familiar, quanto, e principalmente, a esfera institucional, sendo que esta deve priorizar em suas políticas educacionais as particularidades das mulheres que são mães, sobretudo, das oriundas das classes sociais menos abastadas.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como mencionado no início deste trabalho, a qualificação por meio da graduação é uma oportunidade de garantir a mobilidade social daqueles que historicamente foram excluídos dos espaços de educação. Nesse sentido, destacam-se as previsões normativas que preveem o acesso à educação superior como direito, as políticas educacionais de expansão e democratização dos níveis mais elevados de ensino e as ações afirmativas como possibilidades de transformações das desigualdades sociais. Contudo, mesmo com os avanços proporcionados com essas políticas, foi visto que algumas discrepâncias ainda persistem, restringindo o acesso e permanência de determinados grupos na educação superior.

Nesse contexto, na presente pesquisa optou-se em avaliar a situação da realidade das mulheres que são mães e estudam nos cursos de graduação da Universidade Regional do Cariri por dois motivos: 1) pelo fato da divisão sexual do trabalho impor as mulheres à função exclusiva do exercício da maternagem e cuidado do lar, gerando uma experiência das mulheres com a maternidade eivada de ônus, violência, mitigação de direitos e carência de autonomia, além de delinear de forma precária a vida da mulher nas dimensões sexual, reprodutiva, econômica, física, educacional, profissional e política; 2) em razão da URCA ser a única instituição de ensino superior pública da Região do Cariri a não ofertar em seu quadro de assistência estudantil auxílio creche para mães e pais em situação de vulnerabilidade financeira.

Com os dados obtidos nessa investigação, verificou-se que o acesso na educação superior é dificultado para as jovens que se tornam mães antes da graduação, devido a falta de tempo para os estudos e preparação para o vestibular. Com relação à permanência das mulheres que são mães e estudantes dos cursos de graduação da URCA, foi demonstrado que ela é repleta de obstáculos que por vezes as levam ao abandono ou atraso na formação. Esses obstáculos estão relacionados tanto as questões familiares, a exemplo do fato de

ser mãe só e não possuir alguém que possa ajudar sempre na divisão dos cuidados com o filho, como por ter que trabalhar em tempo integral para sustentar os filhos e não sobrar tempo para estudar; quanto a fatores institucionais, citando-se a falta de assistência creche para as mães que possuem baixa renda, a carência de informações e observância dos professores e demais funcionários acerca da licença maternidade, o que ocasiona a reprovação de muitas por falta ou nota em razão de erros de procedimento administrativo perante as secretarias dos cursos.

No que se refere à trajetória acadêmica, a maioria das mulheres que participou da pesquisa relatou não estar satisfeita com seu rendimento, pois estão cansadas e sobrecarregadas com a tripla ou quádrupla jornada de trabalho formada pelo exercício da maternagem, atividades domésticas e estudos, além do trabalho remunerado, que para muitas é essencial para sobrevivência e sustento. Ademais, notou-se que são recorrentes situações de abusos e assédios morais, exteriorizados pelos atos de desligamento das bolsas de estudo em razão da gravidez/maternidade, expulsão de sala de aula, constrangimento em público e advertência na residência universitária por levarem seus filhos aos locais, além dos empecilhos para estas alunas se engajarem em eventos e projetos de pesquisa ou extensão pelo motivo de não ter com quem ficar com seus filhos. Tantos fatores juntos incidem negativamente nas condições de permanência e de desempenho dessas estudantes na universidade.

Na percepção das sujeitas investigadas, as formas de contribuir para melhoria de seu rendimento, acesso e permanência na universidade seria a implementação da bolsa de assistência creche para as alunas que mais precisam, bem como a instalação de um espaço físico dentro da própria IES reservado ao acolhimento dos filhos das alunas enquanto elas estudam, como uma creche universitária ou escola de aplicação. A primeira forma está prevista há muito tempo no Plano de Desenvolvimento Institucional da URCA, porém ainda não foi efetivado de forma permanente, posto que só houve um edital em 2016 que ofertou bolsas de assistência estudantil para mães e pais de baixa renda que durou pouco tempo.

Já com relação à creche/escola universitária, algumas instituições no Brasil já possuem tal equipamento, a qual tem como vantagem a integração de toda comunidade acadêmica no trabalho com as crianças, já que possui muitos cursos que contemplam na grade curricular a atenção para o público infantil, como Enfermagem, Pedagogia, Educação Física, Artes Visuais, Letras, entre outros, formando, assim, uma rede de apoio multi-transdisciplinar para atender a demanda das alunas e até de funcionárias da instituição.

Além disso, a humanização das relações institucionais, podendo ser manifestada pela empatia e compreensão, é apontada pelas estudantes e teóricos da educação humanista como um aspecto imperioso para garantir a permanência de estudantes em seus cursos, assim como assegura a qualidade do desempenho no processo de aprendizagem. Em resposta as particularidades das alunas que são mães, seriam primordiais a oferta

de instrumentos integrados que facilitassem seu desempenho acadêmico, como oferta de horários que permitam amamentar, acompanhar o desenvolvimento de seus filhos, sem a necessidade de trancamento de disciplinas; a possibilidade de negociar os horários adequando-os aos horários de inserção das crianças nas creches; a viabilidade de justificar faltas ou alargamento de prazos em casos de doença do filho; e o acompanhamento psico-pedagógico que as incentivassem retomar aos estudos após o nascimento de seus filhos.

Além dessas questões no âmbito institucional, faz-se fundamental ampliar as discussões dentro e fora da universidade que pautam as transformações nas relações familiares, que historicamente isentam os homens de exercer a paternagem, assim, sobrecarregando as mulheres e limitando-as na vida educacional. Deve haver também conscientização de toda a família e sociedade em geral sobre seu papel para com as crianças.

Com este estudo fica demonstrado que as estudantes mães, principalmente as de classe social mais vulnerável, ficam à margem da assistência das IES que negligenciam seu direito de acesso à universidade e as impossibilitam, por vezes, de concluir a graduação. Desse modo, as políticas que buscam funcionar como ações facilitadoras do ingresso e da permanência dos estudantes na educação superior não podem desconsiderar a inclusão e reconhecer as mulheres como grupo social em desvantagem no acesso, permanência ou desempenho, quando na condição de mães acadêmicas. Assim, faz-se urgente implementar políticas educacionais focalizadas para que, enquanto universidade integrada que cumpre sua função social, se possa garantir as mulheres que são mães, em toda a sua diversidade, a efetividade do acesso à educação superior, sua permanência e qualidade na formação.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Teresa Cristina Sousa. **A formação acadêmica das mães universitárias do campus Clóvis Moura: Um olhar para a qualidade**. Campina Grande, Editora REALIZE, 2012. Disponível em: <http://www.editorarealize.com.br/revistas/fiped/trabalhos/ae0eb3eed39d2bcef4622b2499a05fe6.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BADINTER, Elisabeth. **O conflito: a mulher e a mãe**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2010.

BASTIANI, Sherlon Cristina; ARBAGE, Lucas Andres. As políticas para expansão e democratização do acesso à educação superior no cenário brasileiro. **Revista Pedagógica**, Chapecó, 2018. Disponível em: <https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/pedagogica/article/view/3673>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BELLANTUONO, Giuseppe. Comparative Law for What Kind of Development? (November 8, 2018). In: G. Bellantuono and F. Lara (eds.). **Legal Conversations Between Italy and Brazil**, [s.l.], Editoriale Scientifica, 2018, p. 189-229. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3280953](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3280953). Acesso em: 30 set. 2019.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades**: limites da democracia no Brasil. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BITENCOURT, Silvana Maria. **Maternidade e universidade: desafios para a construção de uma igualdade de gênero**. 41 Encontro anual da ANPOCS. Caxambu, 2017. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/encontros/papers/41-encontro-anual-da-anpocs/gt-30/gt13-17/10724-maternidade-e-universidade-desafios-para-a-construcao-de-uma-igualdade-de-genero/file>. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 fev. 2019.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**, nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10260.htm). Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto de 23 de fevereiro de 1808**. Crêa na cidade do Rio de Janeiro uma cadeira de Sciencia Economica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-2-1808.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-2-1808.htm). Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. **Lei de 15 de outubro de 1827**. [Manda crear escolas de primeiras letras em todas as cidades, villas e logares mais populosos do Imperio](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html). Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html). Acesso em 11 de ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.234, de 19 de julho de 2010**. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil - PNAES. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm). Acesso em 12 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.** Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm). Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.800, de 8 de julho de 2006.** Dispõe sobre o Sistema Universidade Aberta do Brasil – UAB. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5800.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5800.htm). Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6.096, de 24 de abril de 2007.** Institui o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais – REUNI. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6096.htm). Acesso em: 03 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008.** Institui a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11892.htm). Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.234, de 19 de julho de 2010.** Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm). Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm). Acesso em: 6 fev. 2019.

CARNEIRO, Sueli. **ENEGRECER O FEMINISMO: A situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero.** Geledés: Instituto da mulher negra, 2011. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/enegrecer-o-feminismo-situacao-da-mulher-negra-na-america-latina-partir-de-uma-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 12 jan. 2019.

COSTA, Silvio Luiz. da; DIAS, Sônia Maria Barbosa. A permanência no ensino superior e as estratégias institucionais de enfrentamento da evasão. **Jornal de Políticas Educacionais** v.9, n.17 e 18 | Janeiro-Junho e Agosto-Dezembro de 2015, pp. 51–60.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2002000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2002000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 13 jul. 2019.

FREIRE, Paulo. **O Papel da Educação na Humanização**. Revista Paz e Terra, 1969.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas da pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONZALEZ, Lélia. **Mulher Negra**. In Guerreiras de natureza: mulher negra, religiosidade e ambiente. Elisa Larkin Nascimento, (org.). São Paulo: Selo Negro, 2008.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo**. 1º ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatística de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil**. Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica n°38, 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso. 24 nov. 2018.

IFCE, Instituto Federal do Ceará. **Edital de seleção de auxílios aos estudantes nº01/2019**. Disponível em: [https://ifce.edu.br/tabuleirodonorte/campus\\_tabuleiro/coordenacao-de-assistencia-estudantil/auxilios-estudantis/2019/arquivos/edital-01-2019-cae.pdf](https://ifce.edu.br/tabuleirodonorte/campus_tabuleiro/coordenacao-de-assistencia-estudantil/auxilios-estudantis/2019/arquivos/edital-01-2019-cae.pdf). Acesso em 13 jul. 2019.

IMPERATORI, Thaís Kristosch. **A trajetória da assistência estudantil na educação superior brasileira**. *Serv. Soc. Soc.* [online]. 2017, n.129, pp.285-303. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282017000200285&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282017000200285&script=sci_abstract&lng=pt). Acesso em: 10 mar. 2019.

INEP, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Sinopse Estatística da Educação Superior 2015**. Brasília: Inep, 2016. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>. Acesso em: 22 set. 2018.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada *et al.* **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4 ed. Brasília: IPEA, 2011.

LOURO, Guacira Lopes. **Prendas e antiprendas: uma história da educação feminina no Rio Grande do Sul**. 1986. Tese (doutorado), Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/252830>. Acesso em: 15 jul. 2019.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. (3ª. ed.). Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

MEC, Ministério da Educação. **CENSO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR: altos índices de desistência na graduação revelam fragilidade do ensino médio**. [Online], 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/212-educacao-superior-1690610854/40111-altos-indices-de-evasao-na-graduacao-revelam-fragilidade-do-ensino-medio-avalia-ministro>. Acesso em: 21 ago. 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. (org). **Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade**. 6ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

MOEHLECKE, Sabrina. **Avaliação institucional no ensino superior: como acompanhar a trajetória dos estudantes de graduação?** UFRJ. (2007). Disponível em: [http://www.anpae.org.br/congressos\\_antigos/simposio2007/401.pdf](http://www.anpae.org.br/congressos_antigos/simposio2007/401.pdf). Acesso em 05 mar. 2019.

MOURA, Solange Maria Sobottka Rolim de.; ARAÚJO, Maria de Fátima. A Maternidade na História e a História dos Cuidados Maternos. **Psicologia: Ciência e Profissão**, 2004, pp. 44-55. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932004000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932004000100006). Acesso em: 01 fev. 2019.

NARVAZ, Martha Giudice. Gênero: para além da diferença sexual—Revisão da

literatura. **Aletheia**, n. 32, p. 174-182, 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/aletheia/article/view/3530/2623>. Acesso em: 15 jan. 2019.

NASCIMENTO, Jaqueline Dourado do. **Mulheres nos cursos de engenharia da UFBA: um estudo sobre acesso e desempenho**. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Educação, Salvador, 2017.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 1948. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf). Acesso em: 26 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.

OYAMA, Márcio. **Homens entram na Justiça para ter mais tempo de licença paternidade**. [Online], 2018. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/noticias/mais-tempo-licenca-paternidade/>. Acesso em: 05 mai. 2019.

PACHECO, José. Fazer a Ponte. In: OLIVEIRA, Inês B. (org.). **Alternativas emancipatórias em currículo**. São Paulo: Cortez, 2004.

PARENT IN SCIENCE. **Um estudo detalhado sobre o impacto da maternidade na carreira científica das mulheres brasileiras**. I SIMPÓSIO BRASILEIRO SOBRE MATERNIDADE E CIÊNCIA. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2018. Disponível em: [https://www.ufrgs.br/humanista/wp-content/uploads/2018/07/Parent-in-Science\\_principais\\_dados.pdf](https://www.ufrgs.br/humanista/wp-content/uploads/2018/07/Parent-in-Science_principais_dados.pdf). Acesso em 08 set. 2019.

PERFIL DA MACRORREGIAO DO CARIRI/CENTRO SUL. Disponível em <https://www.seplag.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/14/2011/05/Perfil-Regional-Cariri.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

PEQUIM. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher.** Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf). Acesso em: 08 jan. 2019.

PRIORI, Mary Del. (org). **História das mulheres no Brasil.** 7 ed. São Paulo: Contexto, 2004.

ROSEMBERG, Fúlvia. Educação formal, mulher e gênero no Brasil contemporâneo. **Estudos Feministas**, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8638.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

ROSEMBERG, Fúlvia. A cidadania dos bebês e os direitos de pais e mães trabalhadoras. *In* **Creche e feminismo: desafios atuais para uma educação descolonizadora.** Daniela Finco,

Marcia Aparecida Gobbi, Ana Lúcia Goulart de Faria (organizadoras). – Campinas, SP: Edições Leitura Crítica; Associação de Leitura do Brasil – ALB; São Paulo: Fundação Carlos Chagas - FCC, 2015.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; MAGALHÃES; ROCHA, Daniella; MORA, Gabriela Goulart; CUNHA, Anna. **Gravidez na Adolescência no Brasil – Vozes de Meninas e de Especialistas.** Brasília: INDICA, 2017.

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SÃO PAULO. **Manual de acompanhamento da criança.** 2015. Disponível em [http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/homepage/programa-de-fortalecimento-da-gestao-da-saude-no-estado-de-sao-paulo/consultas-publicas/manual\\_de\\_acompanhamento\\_da\\_crianca.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/homepage/programa-de-fortalecimento-da-gestao-da-saude-no-estado-de-sao-paulo/consultas-publicas/manual_de_acompanhamento_da_crianca.pdf). Acesso em: 26 jun. 2019.

SENA, Victor. Maternidade diminui produção acadêmica, mas não aparece no lattes. **Capitu**, 2018. Disponível em: <https://arte.estadao.com.br/focas/capitu/materia/maternidade-diminui-producao-academica-mas-nao-aparece-lattes>. Acesso em 03 out. 2019.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica.** Tradução: Christiane

Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila, [s.l], 1990. Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/mod/resource/view.php?id=39565>. Acesso em: 09 ago. 2019.

SILVA FILHO, Roberto Leal Lobo. *et al.* **A evasão no ensino superior brasileiro. Cadernos de Pesquisa**, v. 37, n. 132, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0737132>. Acesso em 13 mar. 2019.

SOUZA, Claudio David de. **Diagnóstico do enfrentamento ao assédio moral em uma instituição federal de ensino superior**. 2018. 149 p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Processos Institucionais) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26181/1/Diagn%C3%B3sticoenfrentamentoass%C3%A9dio\\_Souza\\_2018.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26181/1/Diagn%C3%B3sticoenfrentamentoass%C3%A9dio_Souza_2018.pdf). Acesso em: 26 mai. 2019.

STAMATTO, Maria Inês Sucupira. **Um olhar na historia: a mulher na escola** (Brasil: 1549 - 1910). II Congresso Brasileiro de História da Educação, Natal, 2002. Disponível: <http://sbhe.org.br/novo/congressos/cbhe2/pdfs/Tema5/0539.pdf>. Acesso em 18 ago. 2019.

UFCA, Universidade Federal do Cariri. **Edital unificado 2019/PRAE/UFCA**. Disponível em: [https://documentos.ufca.edu.br/?post\\_type=doc&p=7852](https://documentos.ufca.edu.br/?post_type=doc&p=7852). Acesso em 15 jul. 2019.

URCA, Universidade Regional do Cariri. **Manual de Procedimentos Acadêmicos**. 2018. Disponível em: <http://www.urca.br/novo/portal/docs/pdf/2019/DEG/URCA-Deg-Manual-Acadamico.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

URCA, Universidade Regional do Cariri. **Plano de Desenvolvimento Institucional 2012-2016**. Disponível em: <http://www.urca.br/novo/portal/index.php/documentos/category/2-plano-de-desenvolvimento-institucional-pdi?download=1%3Aplano-de-desenvolvimento-institucional-pdi-2012-2016>. Acesso em 19 nov. 2018.

URCA, Universidade Regional do Cariri. **Plano de Desenvolvimento Institucional 2017-2021**. Disponível em: <http://www.urca.br/novo/portal/index.php/documentos/category/2-plano-de-desenvolvimento-institucional-pdi?download=26%3Aplano-de-desenvolvimento-institucional-pdi-2017-2021>. Acesso em 19 nov. 2018.

URCA, Universidade Regional do Cariri. **Edital nº 003/2016- PROAE (Bolsas de Assistência Estudantil – Auxílios)**. Disponível em: <http://www.urca.br/portal/docs/pdf/PROAE/Edital-n03-2016-PROAE-Bolsas-Assistencia-Estudantil-Auxilios/Edital-n03-2016-PROAE-Bolsas-Assistencia-Estudantil-Auxilios-Diversos.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2018.

URPIA, Ana Maria de Oliveira.; SAMPAIO, Sônia Maria Rocha. Mães e universitárias: transitando para a vida adulta. In: SAMPAIO, SMR., org. **Observatório da vida estudantil: primeiros estudos** [online]. Salvador: EDUFBA, 2011. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/n656x/pdf/sampaio-9788523212117-09.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2018.

ZAGO, Nadir. Do acesso à permanência no ensino superior: percursos de estudantes universitários de camadas populares. **Periódico Revista Brasileira de Educação**, v. 11 n. 32, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v11n32/a03v11n32.pdf>. Acesso 01 jul. 2019.

# MEDIATION IN CROSS-BORDER FAMILY MAINTENANCE AND CHILD SUPPORT

## MEDIAÇÃO EM PRESTAÇÃO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS À CRIANÇA E À FAMÍLIA

Inez Lopes

Professora-adjunta de direito internacional privado e público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, Comércio Internacional e Direitos Humanos - GDIP-Justiça Transnacional (CNPq). Coordenadora da Rede de Processo Civil Internacional (REDE-PCI).

### Abstract

This paper aims to demonstrate that mediation is a more desirable, faster and effective way to facilitate cross-border maintenance and child support. Out-of-court mechanisms, such as mediation, are used in family disputes resolutions in some countries. Brazil has adopted a Mediation Law, which recognises party autonomy to reach an agreement on family issues resulting from extrajudicial mediation. However, an agreement on family matters related to unavailable but negotiable rights, involving children or vulnerable persons, must be ratified by a court, and the intervention of the public prosecutor's office is required. Diversity of legal sources makes private international law very peculiar, because it creates channels to facilitate recognition of foreign decisions or agreements abroad. The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance has been adopted to facilitate cross-border recovery of maintenance, and amicable solutions between creditor and debtor in order to obtain voluntary payment of maintenance have been encouraged. In this scenario, central authorities have a proactive role to promote and encourage the use of ADR methods such as mediation, conciliation or similar processes. States should recognise cross-border maintenance rights and facilitate international legal cooperation to enforce decisions and private agreements related to maintenance obligations, and should respect legal and cultural diversity.

**Keywords:** Cross-border maintenance. Mediation. Central authority. Transnational family.

### Resumo

Este artigo tem como objetivo demonstrar que a mediação é a maneira mais desejável, mais rápida e eficaz de facilitar a prestação internacional de alimentos. Mecanismos extrajudiciais, como mediação, são usados em resoluções de disputas familiares em alguns países. O Brasil adotou a Lei de Mediação, que reconhece a autonomia das partes para concluir um acordo sobre questões familiares resultantes da mediação extrajudicial. No entanto, um acordo sobre questões familiares relacionadas a direitos indisponíveis, mas negociáveis, envolvendo crianças ou pessoas vulneráveis, deve ser ratificado por um tribunal, e é necessária a intervenção do Ministério Público. A diversidade de fontes jurídicas torna o direito internacional privado muito peculiar, porque cria canais para facilitar o reconhecimento de decisões ou acordos estrangeiros no exterior. A Convenção da Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família foi adotada para facilitar a prestação internacional de alimentos, e foram incentivadas soluções amigáveis entre credor e devedor para obter pagamento voluntário de alimentos. Nesse cenário, as autoridades centrais têm um papel proativo de promover e incentivar o uso de métodos ADR, como mediação, conciliação ou processos semelhantes. Os Estados devem reconhecer os direitos à alimentos transfronteiriços e facilitar a cooperação jurídica internacional para fazer cumprir decisões e acordos privados relacionados às obrigações alimentares, e devem respeitar a diversidade jurídica e cultural.

**Palavras-chave:** Prestação internacional de alimentos. Mediação. Autoridade central. Família transnacional.

## A. INTRODUCTION

Globalization has impacts on family life. In its economic aspect, the phenomenon promotes the free circulation of goods, services and capital, facilitating international trade; on the social side, it increases the mobility and cross-border movement of people. Migration is a phenomenon that contributes to the very development of human society. According to Böhning, “anthropologically speaking, migration is an irrepressible human urge”.<sup>1</sup> Therefore, migration is characterized as a factor of economic and social development, since states open their borders to economically active migrants when “land, energy or capital are not utilised to their potential”,<sup>2</sup> generating wealth both for migrants’ countries of destination and their countries of origin, as in remittances of capital to migrants’ families. Migration, voluntary or forced, increases the emergence of transnational families, those linked to two or more countries simultaneously by various elements of connection, such as nationality, domicile or habitual residence.

1 W R Böhning, ‘Studies in International Labour Migration’ (London and Basingtoke, Macmillan Press, 1984), 12.

2 See Böhning (1) 34.

Thus, globalization promotes an “internationalization” of social life, which becomes more and more cosmopolitan and extraterritorial. Beck says that “all of us have a *glocal* life”,<sup>3</sup> because “the relationship between physical space and community collapses”, and “alternation and choice of spaces are godparents of globalization”.<sup>4</sup> As a result, there is an increasing number of transnational marriages and cohabitation relationships between different countries and cultures. Therefore, international society faces a plurality of family structures that are no longer typically based on traditional wedlock relationships. In some cases, private life is not limited to the protection of national borders.

In cases of family crisis, problems become even more complex with the “transnationalization” of rights and obligations, which depend on states’ political will to promote international cooperation for the recognition of extraterritorial effects of family rights acquired abroad. As pointed out by Araújo and Vargas, “family mobility is a reality and changes of residence are ever more common in cases of dissolution of marriages”.<sup>5</sup> Situations involving child support and family maintenance arise from family crises, or breakdown of parents’ relationships. The laws of most countries recognise parents’ responsibility to support and care for their underage children. Nonetheless, the family maintenance obligations of other relatives, such as grandparents’ responsibility in relation to their grandchildren and obligations between spouses, are not widely accepted, although the family concept has become broad and plural.

Since the mid-twentieth century, states have ratified international treaties to facilitate recognition and enforcement of foreign judgments related to recovery of child support and family maintenance. Several instruments have been adopted, the most recent ones being the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (The 2007 Hague Convention on Maintenance) and the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations (The 2007 Hague Protocol on the Law Applicable), which establish rules on private international law and international legal cooperation to facilitate the recovery of cross-border maintenance. Families’ relationships are very dynamic and diverse, which challenges the international community to find a path to harmonize the rules of both substantive and procedural private international law in family law matters.

---

3 U Beck, ‘O que é Globalização? Equívocos do Globalismo (São Paulo, Paz e Terra,1999), 136.

4 See Beck (3) 137.

5 N ARAUJO; D T VARGAS, “The cross-border recognition and enforcement of private agreements in family disputes on debate at the Hague Conference on Private International Law”, in Jose Antonio Moreno Rodrigues; Claudia Lima Marques. (Org.). *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*. (1ed.Porto Alegre / Asuncion: Gráfica e Editora RJR, 2014, v. 1, pp. 485-506) 490.

## **B. RIGHT TO CHILD SUPPORT AND FAMILY MAINTENANCE: GLOBAL AND REGIONAL PROTECTION**

The right to maintenance is based upon the dignity of the human person, and it constitutes a fundamental right in international law. According to the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (UNCRC), the principle of the best interest of the child must be respected.<sup>6</sup> This principle is considered as a primary consideration that is to be undertaken by all states' institutions, even though the convention does not define clearly what "best interest" is. Concerning the obligation of child support, it calls on state parties to take all appropriate measures to secure the recovery of maintenance for the child from the parents or other persons having financial responsibility for the child, both within the state party and from abroad.<sup>7</sup> In this sense, the obligation to pay child support comes from parentage in the first place, and then from persons otherwise legally and financially responsible to support a child.

Prior to that, at the regional level, the Bustamante Code, adopted in 1928, is the first international treaty to codify private international law (PIL). With a view of harmonizing private international law, it establishes rules related to maintenance obligation with three approaches. Firstly, in relation to parentage, it considers that the rule that gives the right to maintenance is an international public policy. Secondly, the maintenance concept is subjected to personal creditor law in relation to one's relatives. Furthermore, the provisions referring to maintenance obligations between relatives are also international public policy, and prohibit the resignation and relinquishing of maintenance right.<sup>8</sup> Thirdly, in case of international adoption, it applies the same rules regarding maintenance provisions. Later, the Inter-American Convention on Support Obligations, adopted on 15 October 1989, establishes the law applicable<sup>9</sup> to support obligations and to jurisdiction and international procedural cooperation when the support creditor and debtor are habitually residing in different countries, regardless of immigration status.

On the global level, within the United Nations system, the Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, adopted on 20 June 1956 in New York,<sup>10</sup> was a great step towards ensuring maintenance obligations rights and facilitating international procedural civil law to alleviate difficulties in recovering maintenance abroad. However, after 61 years only

6 As prescribed in Article 3.

7 See Article 27, paragraph 4, of the UNCRC.

8 In accordance with Article 68.

9 This convention applies the principle of the most favourable law to the creditor.

10 Brazil is a participant in the 1956 New York Convention, signed on 31 December 1956 and deposited

64 states had joined the convention, compared to 196 parties of the UNCRC. Despite its limitations, the 1956 New York Convention has been a successful convention for recovery of maintenance abroad.

Nevertheless, the conception of maintenance is quite varied among countries. Based on the idea of solidarity, people who are facing economic woes can apply for maintenance from relatives, spouses or partners, as long as those parties have the financial capacity required. Despite that, international instruments and national laws are focused on child support and, to some extent, the care of disabled persons, rather than on marital or affinity relations.

The main point of convergence between countries involves the obligations of parents or others financially responsible for paying support for the child,<sup>11</sup> whether they are residing in the country where the child lives or abroad.

Yet, it is important to highlight that the cultural dimension of law plays a key role in cross-border situations, and maintenance can be interpreted in different ways.<sup>12</sup> Legislative divergences among countries may arise as to the person responsible for paying the maintenance. For instance, Colombia made notification under the 1956 New York Convention to state that “maintenance shall include the obligation to pay the mother’s pregnancy and childbirth expenses”.<sup>13</sup> Another example refers to the obligation of the stepfather or stepmother to pay child support when the natural parent does not pay, as is provided by the law of the province of Manitoba, in Canada.

In the case of cross-border conflicts, could a decision be based on the recognition of kinship by socio-affective affinity? Based upon a human rights approach, some family relations should be recognised in order to promote justice. The modern family is plural and diverse, and party autonomy should be regarded when parental responsibility respects the best interest of the child.

### **C. FROM 1956 TO 2007 HAGUE CONVENTION ON MAINTENANCE: KEEP MOVING**

---

the instruments of ratification on 14 November 1960, under the Law Decree no. 10, 13 November 1958.

11 As provided in article 27, paragraph 1, of the the UNCRC.

12 E Jayme, “Cultural dimesion of Maintenance Law from a Private International Law Perspective”, in Beaumont, B Hess, LWalker and S Spancken (eds) *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (Oxford, Hart Publishing, 2014), pp 3-14.

13 United nations Treaty Collection. Maintenance Obligations. 1 . Convention on the Recovery Abroad of Maintenance [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=_en) accessed on 17 July 2017.

The 2007 Hague Convention on Maintenance and the 2007 Hague Protocol on the Law Applicable seek to establish a modern, efficient and accessible international system for the cross-border recovery of child support and other forms of family maintenance.<sup>14</sup> The convention seeks to facilitate the circulation of decisions or agreements related to the payment of child support or family maintenance. The international obligation laid down in Article 2 is based on ensuring the right to maintenance for the child, irrespective of the marital status of the parents. In addition, the convention replaces treaties previously concluded within the framework of the Hague Conference (of 1956, 1958 and 1973) and of the 1956 United Nations system, the Convention on the Recovery Abroad of Maintenance.

The 2007 Hague Convention on Maintenance recognises as equivalent either the decisions or agreements made by administrative and judicial authorities with regard to the provision of maintenance.<sup>15</sup> Even if a foreign decision includes contents related to family duties and rights, the decision is likely to be only partially recognised for its maintenance provisions.

Brazil signed and deposited the instruments of ratification on July 17, 2017 of the 2007 Hague Convention on Maintenance, after Congress approved it by passing Legislative Decree no. 146 of 9 December 2016. Brazil made reservations on Article 20, subparagraph 1(e), and Article 30 (8) related to agreement to the jurisdiction in writing by the parties and declarations on Article 2 (3) to extend the application to other family members.

## **D. MAINTENANCE OBLIGATION: CONVERGENCE AND DIVERGENCE**

The definition of maintenance is quite varied among countries. Based on the idea of solidarity, people who are facing economic need can request maintenance from relatives, spouses or partners, provided that they have the financial capacity. However, each country establishes its own standards, systems and structures for recovery of maintenance.

The Hague Convention of 2007 also does not define maintenance in Article 3. In the Explanatory Report, Borrás and Degeling state that “the possibility of including a definition of ‘maintenance’ was considered but, in the end, rejected”.<sup>16</sup> The maintenance concept is open for each state to establish its own concept at its own discretion, therefore permitting

---

14 See HCCH, Maintenance Obligation Protocol Homepage, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-support-and-family-maintenance/> accessed on 17 July 2017.

15 See Article 19.

16 A Borrás, J Degeling, “Explanatory report on the convention of 23 november 2007, on the international recovery of child support and other forms of family maintenance”, (Edited by the Permanent Bureau of the

the coexistence of different legal systems. Maintenance should not be restricted to periodic payment, as explained below:

Indeed it was accepted that any monetary or property order may constitute a maintenance order where its purpose is to enable the creditor to provide for himself or herself and where the needs and resources of the creditor and debtor are taken into account in determining what order is appropriate.<sup>17</sup>

The main point of convergence concerning maintenance is defined in Article 27 of the UNCRC, which prescribes the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development, particularly with regard to nutrition, clothing and housing. Besides, parents or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the necessary conditions of living for the child's development.

Although the UNCRC aims at protecting children up to 18 years, the 2007 Hague Convention on Maintenance has taken a positive approach by expanding age limits for recognising maintenance obligations arising from a familial relationship to persons up to the age of 21. This does not mean that states have to change their rules for legal majority, but only to accept the obligation to recognise and enforce a foreign decision to recovery maintenance from children and adolescents up to 21 years.

Under the Brazilian legal system, the right to child support or family maintenance is based upon reciprocal obligations between parents and children, and the obligation may be extended to ascendants and descendants. In certain situations, maintenance obligations may reach collateral relatives, in accordance with the Brazilian Civil Code. However, there is a limitation of responsibility upon a second degree of the collateral line, which includes siblings.<sup>18</sup> Today, maintenance obligations are decided by a judge based upon four criteria, instead of two: necessity (of the requesting person), possibility (of payment by the person who is requested and is legally responsible for the obligation), proportionality,<sup>19</sup> and reasonability,<sup>20</sup> i.e., if it is proportional and reasonable for what is offered as maintenance.

Another positive approach of the 2007 Hague Convention on Maintenance is the provision for its applicability regardless of parents' marital status, putting aside any sort of discrimination that could arise on the judgment recognition and building a path to the best

---

Conference, 2009) 73.

17 Ibid at 73.

18 As it was made on the Declaration regarding Article 2(3): Brazil extends the application of the whole of the Convention, subject to reservations, to obligations to provide maintenance arising from collateral kinship, direct kinship, marriage or affinity, including, in particular, obligations in respect of vulnerable persons.

19 M B DIAS, "Manual de Direito das Famílias" (4a Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016).

20 C M S Pereira, "Instituições de direito civil" (vol. V – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014).

interest of the child.

## 1. AGE LIMIT

Despite a broad majority of states having been in favour of maintenance obligation until the age of 21, considering the difficulties of some countries to accept this treaty obligation, under paragraph 2 of Article 2, states may reserve the right to limit the application of the Convention to persons under the age of 18 years, with reciprocal effects. This means that the country which makes a reservation described as *ratione personae*<sup>21</sup> can claim the application of the Convention to persons only under the age of 18 years. For instance, Montenegro has reserved “the right to limit the application up to 18 years, with reciprocal effects”.<sup>22</sup>

While on one hand, states may limit the age for recovery maintenance, on the other, states may declare the extension of application for maintenance obligation beyond 21 years. For instance, Albania has declared “the right to enforce maintenance obligations even for adult children up to age of twenty-five years”. Moreover, Norway has declared that it “will enforce maintenance decisions in favour of children beyond 21 years, however not beyond 25 years”.<sup>23</sup> Likewise, Turkey has declared that “the maintenance obligations shall be extended to the children who have not attained the age of 25 years, provided that the education of the children continues”.<sup>24</sup> Ukraine has reserved “the right to apply the Convention to maintenance obligations arising from a parent-child relationship towards a person under the age of 18”; however, Ukraine has also declared that it “will extend the application from parents in favour

---

21 A Borrás, “The Necessity Flexibility in Application of the New Instruments on Maintenance” in BOELE-WOEKI, Katharina et al, *Convergence and Divergence in International Private Law*, (Liber Amicorum, pp.173-192, Kurt Sieht, Schulthess, Eleven, 2010) 186.

22 HCCH, Declaration/Reservation/Notification “Montenegro reserves the right to limit the application of Article 2, paragraph 2, sub-paragraph I a), of the Convention to persons who have not attained the age of 18 years. Montenegro shall not be entitled to claim the application of the Convention to persons of the age excluded by this reservation.” <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1329&disp=resdn> accessed on 14 March 2017.

23 HCCH, Declaration/Reservation/Notification “The Republic of Albania declares, in accordance with Article 2 (3) of the Convention, the right to enforce maintenance obligations even for adult children up to age of twenty-five years, provided that they attend the high school or university, according to Article 197 of the Family Code” <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1121&disp=resdn> accessed on 14 March 2017.

24 HCCH, Declaration/Reservation/ “The Republic of Turkey declares that In accordance with subparagraph “a” of the first paragraph, the maintenance obligations shall be extended to the children who have not attained the age of 25 years, provided that the education of the children continues” <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1355&disp=resdn> accessed on 14 March 2017.

of an adult daughter, son, who continue studies until they reach the age of 23”.<sup>25</sup>

Under the Brazilian Civil Code, the duration of child support is 18 years, the age of majority.<sup>26</sup> However, this right is extended up through undergraduate education.<sup>27</sup> According to the Superior Court of Justice’s judgement, the maintenance obligation does not cease automatically, and the payment is based upon kinship relations.<sup>28</sup> Legal nature of maintenance payment is different regarding the age. When a person is a minor, the obligation to *support* is based upon parental responsibility; but when a person is of legal age, the obligation is based upon *assistance*, resulting from kinship and real need.

## 2. FAMILY SOLIDARITY AND MAINTENANCE

The 2007 Hague Convention on Maintenance does not define the term “family relationship”; in this sense each state has to determine the concept for itself. The convention also innovates by allowing the extension of its purpose to comply with the recovery of vulnerable adults’ maintenance obligation.

Ukraine has accepted requests from grandparents to minor grandchildren, from step-parents to stepchildren, and in other situations.<sup>29</sup> Turkey has extended maintenance

25 HCCH, Declaration/Reservation/Notification “In accordance with Article 63 of the Convention, Ukraine declares that it will extend the application of Chapters V and VIII of the Convention to recovery of maintenance: From parents in favour of an adult daughter, son, who continue studies until they reach the age of 23” <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1068&disp=resdn> accessed on 14 March 2017.

26 According to Article 5 of the Brazilian Civil Code.

27 Superior Court of Justice, *Processual Civil - Civil - Ação de Alimentos*, Recurso Especial no. 1218510-SP (2010/0184661-7) Terceira Turma Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente CEM, Date of Judgment 27 September 2011.

28 I Lopes, “Maintenance Obligations in the Brazilian Legal System”, in Beaumont, B Hess, LWalker and S Spancken (eds) *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (Oxford, Hart Publishing, 2014) 207.

29 See HCCH, Declaration/Reservation/Notification In accordance with Article 63 of the Convention, Ukraine declares that it will extend the application of Chapters V and VIII of the Convention to recovery of maintenance:

From parents in favour of an adult incapacitated daughter, son;

From parents in favour of an adult daughter, son, who continue studies until they reach the age of 23;

From an adult daughter, son in favour of incapacitated parents;

From a grandmother, grandfather in favour of grandchildren, who are under age;

From adult grandchildren, great-grandchildren in favour of an incapacitated grandmother, grandfather, great-grandmother, great-grandfather;

From adult siblings in favour of siblings, who are under age, and incapacitated adult siblings;

From stepmother, stepfather in favour of stepdaughter, stepson, who are under age;

From an adult stepdaughter, stepson in favour of an incapacitated stepmother, stepfather <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1068&disp=resdn> accessed on 14 March 2017.

obligations for spouses, children with physical or mental disabilities without age limits, and parents in need. Other states have not extended the scope of the convention beyond the relations between parents and children and between spouses. In the meantime, the European Union has stated that it may extend the maintenance obligation under Article 2 (3) of the Convention for all requests for maintenance arising from family, kinship, marriage or affinity relationships.<sup>30</sup> It is important to stress that these declarations will only apply bilaterally.

In addition, Brazil extends the application of the whole of the Convention, subject to reservations, to obligations in order to provide maintenance arising from collateral kinship, direct kinship, marriage or affinity, including, in particular, obligations in respect of vulnerable persons. However, there is a limitation of responsibility upon a second degree of the collateral line, which includes siblings.

According to case law, grandparents are responsible, not only for paying child support successively, but also for complementing the payment when there is clear insufficiency by the father or mother. In addition, a new approach has been adopted to establish maintenance obligations arising at least from socio-affective relations on a case-by-case basis. For instance, Superior Court of Justice (STJ) has recognised that it is not possible to cancel maintenance obligations in a case where a person has spontaneously recognised paternity and registered a daughter, even though years later the absence of a biological link between the parties was proved but there was evidence of social relations since the child's birth and for more than ten years.<sup>31</sup>

## **E. CROSS-BORDER CHILD SUPPORT AND FAMILY MAINTENANCE UNDER THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAW**

---

30 HCCH, Declaration/Reservation/Notification “The European Union makes the following unilateral declaration:

The European Union wishes to underline the great importance it attaches to the 2007 Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

The Union recognises that extending the application of the Convention to all maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity is likely to increase considerably its effectiveness, allowing all maintenance creditors to benefit from the system of administrative cooperation established by the Convention. It is in this spirit that the European Union intends to extend the application of Chapters II and III of the Convention to spousal support when the Convention enters into force with regard to the Union.

Furthermore, the European Union undertakes, within seven years, in the light of experience acquired and possible declarations of extension made by other Contracting States, to examine the possibility of extending the application of the Convention as a whole to all maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity” HCCH, Declaration/Reservation/Notification <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1377&disp=resdn> accessed on 2 July 2017.

31 Superior Court of Justice “Turma reafirma que reconhecimento espontâneo e vínculo socioafetivo impedem negativa posterior de paternidade” [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Turma-reafirma-que-reconhecimento-espont%C3%A2neo-e-v%C3%ADnculo-socioafetivo-impedem-negativa-posterior-de-paternidade](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Turma-reafirma-que-reconhecimento-espont%C3%A2neo-e-v%C3%ADnculo-socioafetivo-impedem-negativa-posterior-de-paternidade), Accessed on 22 June 2017.

The 2015 Civil Procedure Code presents some innovations in relation to the previous one from 1973, since Article 22 provides special rules on concurrent jurisdiction on cross-border maintenance. Therefore, both Brazilian and foreign courts are competent to hear a case claiming maintenance when the creditor is domiciled or has residence in Brazil; or when the defendant maintains ties such as possession or ownership of assets, receives income or obtains economic benefits in Brazil.

The *lis pendens* rule is “important in order to ensure legal certainty”.<sup>32</sup> Pursuant to Article 24 of the Brazilian Civil Procedure Code (CPC), unless there is a provision in the international treaties that Brazil has adopted, Brazilian courts have jurisdiction over a case even though there is a case abroad involving the same cause of action and between the same parties simultaneously. Nevertheless, a pending case before the Brazilian jurisdiction does not prevent recognition of foreign judgment.

Therefore, there should be a dialogue between Article 24 of the CPC and Article 22 (c) of the 2007 Hague Convention in order to avoid conflicting situations “where there are two conflicting decisions arising in two different States”.<sup>33</sup>

## **F. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) MECHANISMS AND ACCESS TO JUSTICE**

Alternative Dispute Resolution (ADR) Mechanisms have been defined as alternate means to the state court systems. ADR comprises bargaining methods such as negotiation (no third party involved), conciliation and mediation (both are assisted by third parties), and adjudication, which includes arbitration. The foundation of all ADR processes is the agreement of the parties giving their consent to submit a dispute to a neutral third party.<sup>34</sup> How can ADR mechanisms facilitate the cross-border recovery of child support or family maintenance?

Extrajudicial methods are based upon party autonomy, and a person has the capacity to decide about his or her private life and search for the best way to achieve solutions for conflicts. While the conciliator can guide the parties to the solution of the conflict, the mediator cannot not. The mediator can be proactive, but cannot guide, suggest, or decide on anything. The conciliator can show the advantages of getting an agreement. A judge

---

32 L Walker, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, (Oxford and Portland: Hart, 2015) 60.

33 Walker *supra* 33, 161.

34 J Hörnle, “Cross-Border Internet Dispute Resolution” (Cambridge University Press., 2009). 49

cannot be a mediator in a case in which he or she was designated to settle the litigation. However, a judge can be a conciliator for the parties to reach an agreement.

Both access to justice and the right to maintenance are human rights in most jurisdictions. ADR means ensuring better maintenance provisions and facilitating access to justice for people who are in different countries, based upon international legal cooperation. Mediation contributes to faster and fairer settlement, as the parties are directed to reach an agreement or a self-composition in family matters, including child support and maintenance.

## 1. MEDIATION AND CONCILIATION IN FAMILY ACTIONS

Party autonomy in family matters has been accepted in a number of countries, and “this principle is not restricted to the choice of law in contracts”. It has a well-established tradition in relation to matrimonial property regimes, in relation to trusts, in relation to succession within certain limits, perhaps in relation to family law, and in relation to torts.”<sup>35</sup> Concerns for the interest of individuals as opposed to those of states is the main preoccupation and justification of private international law.<sup>36</sup> Nevertheless, when family matters involve weak parties such as a child or other vulnerable persons, social concern “has led to a greater involvement of the State in private relations”.<sup>37</sup> Araújo states that

Behind the expansion of the autonomy of the will in the family is the increasingly consolidated understanding that the judicial system, despite fulfilling its role, is not the place to decide what is best for the family. The judicialization of family quarrels, with the psychological pressure and slowness peculiar to them, does not meet the principle of the best interest of the child. Therefore, it is necessary to encourage the family to go their own way to a solution to their disputes.<sup>38</sup>

Although party autonomy in the field of family law “is usually regarded by most legal systems with extreme care and caution”,<sup>39</sup> a recent paradigm shift has been prominent in this area, even if involving children. It is important to highlight that agreements made by the

35 P. E Nygh, *Reasonable Expectations of Parties in Choice of Law*, Recueil, p. 294-295.

36 F Vischer, “General course on private international law (Volume 232)”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (The Hague Academy of International Law, 1992) 31

37 *Ibid* at 31

38 N Araújo, “Novos temas na agenda da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: Grupo de Especialistas discute o reconhecimento e execução de acordos privados em disputas familiares internacionais, New topic in the agenda of the Hague Conference on Private International Law: Groups of Specialists discuss recognition and enforcement of private agreements in cross-border family disputes” ASADIP, 2014, [http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2015/03/HCCCH-Acordos-Privados\\_13jun2014ADFASvf.pdf](http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2015/03/HCCCH-Acordos-Privados_13jun2014ADFASvf.pdf), accessed on 02/02/2015.

39 Araújo, Vargas, *supra* n 5, 490.

parties are closer to what “happens” inside the family relation, provided that there is “an adequate and optimal response to resolving cross-border family disputes involving children, while providing appropriate legal security” according to Rubaja.<sup>40</sup> Araújo and Vargas say that “unlike commercial matters, in which boundaries are strictly set forth in the agreement, it is not always possible to foresee if a private agreement involving a family dispute will have an impact outside the country where it was entered into force”.<sup>41</sup>

Therefore, mediation in family law in relation to cases of divorce without children is a good alternative for peaceful dispute resolution, provided that parties are in an isonomic position to decide. Otherwise, issues involving unequal conditions, domestic violence and other forms of abuse against any member of the family or violence against the disabled may not be solved by ADR methods, once it cannot be considered as amicable solution.

It is important to stress that both parents are responsible for the best interest of the child, with the duty to protect and ensure basic rights such as shelter, maintenance, clothes, education and health care. When parents live together, they have joint responsibility for the child, and after divorce, they remain responsible, “even if one parent has the main custody or residence over the child, and the other parent has a visitation right.”<sup>42</sup> Additionally, an agreement between parents obtained through mediation could obligate and empower parents to actively and purposefully address the issues affecting the future of their family.<sup>43</sup>

Mediation in family matters may encounter some difficulties when parents live far away from each other and the parties need to meet for a certain period of time to achieve an agreement. The use of a mediation mechanism might have to involve direct contact between parties, face-to-face.

## 2. MEDIATION IN CROSS-BORDER MAINTENANCE

The 2007 Hague Convention on Maintenance assigns to central authorities the role of encouraging amicable solutions with a view to obtaining voluntary payment of maintenance, where suitable by use of mediation, conciliation or similar processes, according to Article 6 (d). Among the implementation measures, states should allow the use of mediation, conciliation or other alternative means of settling disputes in favour of voluntary enforcement, as set

---

40 N Rubaja, “El reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos como vía para asegurar los derechos de los niños en situaciones familiares internacionales”, in *Revista de Derecho de Familia*, (Abeledo Perrot, Septiembre 2016, N° 76, Buenos Aires, Thomson Reuters, p.207 – 222), 222 (16).

41 Araújo; Vargas, *supra* n 5, 490.

42 B Pali, S Voet, “Family Mediation in International Family Conflicts” in *The European Context Institute of Criminology*, (Katholieke Universiteit Leuven, 2012) 10.

43 *Ibid* at 31.

forth in Article 34 (2) i.

In addition, Walker highlights that judges and central authorities “should be wary of placing too much emphasis on amicable solutions as forced mediations are unlikely to promote access to justice, and will most likely delay proceedings”.<sup>44</sup> For this reason, mediation is based upon voluntary resolution and parties’ will.

Mediation in cross-border maintenance is possible between debtor and creditor, provided that the creditor has achieved majority and that the countries involved have made declarations to extend the international legal cooperation for recovery of family maintenance, and that both parties are in equal bargaining positions.

Furthermore, the 2007 Hague Convention requires a more pro-active role of central authorities in promoting or encouraging the use of methods or procedures for achieving amicable solutions. The voluntary payment of maintenance should not impede the effective access to procedures within the meaning of Article 14.<sup>45</sup> In the Explanatory Report, Borrás and Degeling state that “it is generally accepted that, while voluntary arrangements can be the most effective solution in some cases, not all cases will be suited for a voluntary resolution or the use of mediation”.<sup>46</sup>

Family cross-border mediation has been encouraged as an alternative process to amicable solutions whenever possible, instead of judicial dispute. In several cases, family disputes involve many issues regarding divorce, custody, child support and spousal maintenance, and solutions are set in a single package. Mediation may also be used to solve particular issues arising from family relations, like the reorganization of custody, re-setting right to visitation and re-defining the maintenance payment amount.

One of the main advantages of cross-border mediation in maintenance matters is that parties may reach an agreement faster than by litigating before national courts, and that it may reduce costs of proceedings and increase compliance with the agreement. Maintenance obligation can be set together with other family matters into agreement in a single package through mediation. Besides, arrangements through mediation can be achieved only for setting the maintenance payment, regardless of the parents’ status or relation. Parties can choose a single mediator, or two mediators, one representing each party; either way, mediators have to carry out the mediation procedure to induce the parties to come to an agreement.

### 3. CO-MEDIATION ON MAINTENANCE

---

44 Walker, *supra* 33, 219.

45 Borrás, Degeling, *supra* 16, 95.

46 *Ibid* at 95.

When parties are residing in different places, co-mediation can be a good practice in order to solve cross-border litigation on family matters, including maintenance payment. It also facilitates “intercultural dialogue” when amicable solutions take into account parties’ cultural diversity and respect their will.

Considering that mediation is based upon voluntarism and mutual trust among parties, co-mediation in family matters is unlikely to fail on compliance. A good practice in co-mediation is that both mediators have to exchange information about the family conflict and try make the parties reach an agreement in the best interest of a child, and as well as of the family. Usually conflicts in cross-border maintenance are about payment amount or about the absence of payment.

Some difficulties may arise in cross-border co-mediation. Face-to-face meetings might also appear as an obstacle to settle voluntary resolution. When national laws regarding mediation are diametrically opposed, some confusion can be present among parties who want to solve their conflict by mediation. Other problems may arise when procedure rules are not clear to the parties involved. For this reason, the mediation contract must provide all information required to perform mediation procedure to all parties. Transparency on procedure rules, unbiased mediators and confidentiality are the keys to co-mediation success.

The main advantage of “two co-mediators who try to work together for the same goal” is that this “may represent a ‘model of constructive cooperation’ to the parties”.<sup>47</sup> Another advantage is that each mediator should take into account national law regarding parties’ agreement through mediation, in order to facilitate the enforceability when it meets essential requirements. For instance, in spite of the fact that the right to maintenance and child support are considered inalienable rights but negotiable, according to the Brazilian law, it is possible for the use of mediation to have as a result an out-of-court agreement made by parents. Notwithstanding that, an extrajudicial agreement must be ratified before a national court, after the intervention/auditory of the public prosecutor’s office; otherwise, it will not have judicial effect. Only between spouses may the maintenance obligation be waived in a divorce or separation agreement through mediation.

Central authorities play an important role in informing about mediation policies and in guiding appropriate procedures for the settlement of family and maintenance dispute. In case of breach of agreement, states have to recognise of cross-border maintenance agreements made by parties, even when technological alternatives are used to solve disputes, such as mediation online.

The use of technology in the modern information society may facilitate cross-border

---

47 Z D Şuşţac, J Walker, C Ignat, A E Ciucă, S E Lungu, “Best Practice Guide On The Use Of Mediation in Cross-border cases” (Civil Justice 2010 Programme of the European Union, Cucharest, 2013) 20.

dispute resolution. Cross-border mediation “may be carried out online by using modern communication technologies in the mediation process, with the observance of rules and principles used in a common procedure”.<sup>48</sup> The Brazilian Mediation Law allows the use of Internet or other means of communication that facilitate negotiation at a distance, provided that the parties have previously agreed to do so, as set forth in Article 46. In addition, the National Council of Justice (CNJ) has developed the Digital Mediation System with the view of creating a safe environment for parties to achieve “virtual agreement” when they are in different places. In international private relations, when one of the parties is domiciled abroad, the Mediation Law allows a person to settle a conflict through mediation methods that involve electronic means.

The language that is used in the drafting of the agreement may become an issue, especially when an agreement is written in two different languages chosen by the parties involved. Considering the foreign element, different interpretations may arise. Both are authentic documents. Hence, co-mediators should be cautious and careful about the content of the agreement clauses, which should faithfully reflect the arrangements made by the parties during the negotiation of the agreement through mediation. Both versions are titles to be enforced before national courts in case of breach by one party.

#### 4. PARADIGM SHIFT FROM THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE

Since the passing of Law no. 13.105, of 16 March 2015, known as the Civil Procedural Code, there has been a new approach concerning ways of settling disputes. Tartuce states that the law “promotes a ‘nonjudicial’ approach for settling conflicts or disputes in Brazilian society” (*desjudicialização*).<sup>49</sup> In addition, it removes the idea of competitive litigation as a match. Pursuant to Article 3, a threat or injury is not excluded from the judicial assessment. However, the three paragraphs of this article encourage Brazilian society to search for other alternatives of settlement disputes such as arbitration, conciliation, mediation and other consensual methods of dispute resolution.

Before the Civil Procedural Code, the National Council of Justice (CNJ) set forth Resolution no. 125 of 2010, which provides for the Judicial Policy for the Adequate Treatment of Conflicts of Interest within the Judiciary Power. According to Article 4, the CNJ is responsible for organizing a program with the objective of promoting actions to encourage self-composition of litigation and social pacification through conciliation and mediation. The

48 Şuştac, Walker, Ignat, Ciucă, Lungu, *Supra* 48, 14.

49 F Tartuce, “Da Extrajudicialização do Direito de Família e das Sucessões. Parte I – Da Mediação”, Migalhas, 28 de julho de 2016, . <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI244807,61044-Da+extrajudicializacao+do+Direito+de+Familia+e+das+sucessoes+Parte+I>, accessed on 15 June 2017.

“Conciliation is Cool” Program<sup>50</sup> was launched in 2010 as a public management of conflict program that gives awards for the most successful practices, stimulates creativity and disseminates the norm of the use of alternative dispute resolution for conflicts.

Both methods, conciliation and mediation, are guided by principles such as informality, simplicity, economy, celerity, orality and procedural flexibility. Because conciliation and mediation are both extrajudicial methods that aim at socially pacific dispute resolution, they are sometimes used as synonyms, but they are not. Conciliation is a method used in simpler, or restricted, conflicts in which the third-party facilitator can adopt a more active, but neutral, conflict-free and impartial approach. It is a brief consensual process.<sup>51</sup> Mediation is a form of conflict resolution in which a neutral and impartial third person facilitates dialogue between the parties, so that the parties can build, with autonomy and solidarity, the best solution to their conflicts. It is used in multidimensional or complex disputes.<sup>52</sup>

## 5. *MEDIATION IN BRAZIL: A NEW APPROACH TO SETTLING CONFLICTS*

Before the Mediation Law, as mentioned before, the National Council of Justice (CNJ) developed some public policies in order to encourage judicial conciliation instead of judicial litigation. CNJ Recommendation no. 50/2014 was published in order to stimulate and support courts in the whole country to adopt a new approach to consensus-based conflict resolution techniques.

Law no. 13.140, of 26 June 2015, known as a “Civil Milestone of Mediation”, defines mediation in Article 1 as a mean of settling disputes between individuals and promoting the self-determination of conflicts within the public administration, as well as a technical activity performed by an impartial third party, chosen or accepted by the parties, without decision-making power, based upon party autonomy in order to achieve consensual solutions to the dispute.

In 2016, the First Colloquy for Extrajudicial Prevention and Settlement of Litigation, sponsored by the Centre for Judicial Studies of the Federal Court Council (CEJ/CJF), approved 87 statements, 34 of which related to mediation. According to Statement 14, mediation is “a method of appropriate treatment of disputes that must be encouraged by

---

50 A pun in Portuguese: “Conciliação é legal”

51 Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “Manual de mediação Judicial”, Comitê Gestor Nacional da Conciliação, Organização A G Azevedo, 2016, p. 21-23 See <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>, which is available in English and Spanish.

52 CNJ, *supra* 52, 20-21.

Brazilian federate states, with the active participation of society, as a way to ensure access to justice and the just legal order”.<sup>53</sup>

Mediation can be considered successful when parties reach an agreement.<sup>54</sup> Usually, the agreement is voluntarily fulfilled; however, cases may arise in which one of the parties breaches the agreement, wholly or partially, usually making it necessary to be brought before a court to be enforced. Notwithstanding, the Mediation Law recognises private agreements on family matters resulting from extrajudicial mediation. Pursuant to Article 3 of the Mediation Law, there is a possibility for settling a conflict regarding available or unavailable rights that are negotiable. Nevertheless, paragraph 2 sets forth that the consensus achieved by the parties involving unavailable but negotiable rights must be ratified in court, and the intervention or review of the public prosecutor’s office is also required, especially in cases involving the interest of minors and other incapable persons. Considering that party autonomy is limited in enforcement, dependent on the manifestation of the public prosecutor’s office, as well as the *exequatur* of the decision rendered by a judge,<sup>55</sup> Brazil made reservations to Article 20(1)(e) and to Article 30(8) of the 2007 Hague Convention on Maintenance.

Concerning mediation involving children, Statement 26 of the Centre for Judicial Studies of the Federal Court Council (CEJ/CJF), has a new approach:

The participation of children, adolescents and young people, respecting their stage of development and degree of understanding, is admissible in the mediation process when the conflict (or part of it) is related to their interests or rights.<sup>56</sup>

As a result, it is possible for children and adolescents to get involved in mediation when necessary and in very particular conflicts, based upon Article 227 of the Brazilian Federal Constitution in relation to the protection of children and adolescents by family, state and society, which includes the right to freedom of opinion and expression.<sup>57</sup>

---

53 The Federal Court Council (CEJ/CJF), “I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, 2016 <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>, accessed on 09 June 2016.

54 E D’Alessandro, “Results of mediation and cross-border enforcement of mediation agreements, 2013, *Era Forum*, (October 2013, volume 14, Issue 3, pp 409-420) 409.

55 HCCH, Declaration/Reservation/Notification “Reservation to Article 20(1)(e): Brazil does not recognise or enforce a decision in which an agreement to the jurisdiction has been reached in writing by the parties when the litigation involves obligations to provide maintenance for children or for individuals considered incapacitated adults and elderly persons, categories defined by the Brazilian legislation and which will be specified in accordance with Article 57. Reservation to Article 30(8): Brazil does not recognise or enforce a maintenance arrangement containing provisions regarding minors, incapacitated adults and elderly persons, categories defined by the Brazilian legislation and which will be specified in accordance with Article 57 of the Convention” <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1377&disp=resdn> accessed on 27 December 2017.

56 The Federal Court Council (CEJ/CJF), *supra* 54.

57 Tartuce, *supra* 50.

In cross-border maintenance, considering that Brazil reserved the right to recognise or enforce private agreements on maintenance provisions regarding minor, elderly and incapable persons, and limits party autonomy in cases involving unavailable but negotiable rights without any judicial authority intervention, countries should be aware of differences among judicial legal systems, observing countries' profiles.

## **CONCLUSIONS**

Mediation, conciliation and other alternative dispute resolution mechanisms represent a paradigm shift in the Brazilian judicial system. The increase of conciliation for conflict resolution has been a successful experience, especially regarding centres for conciliation (CEJUSCs). This paradigm shift points away from culture of "judicial war" to a culture of "social dialogue" between the parties involved. Mediation goes in the same successful direction, including in furnishing better solutions on family matters.

Cross-border mediation promotes an approximation among cultural diversity, building a bridge of social justice. It strengthens the culture of peace in the settlement of disputes, especially in the area of family matters, protecting vulnerable people such as women and children.

Cross-border mediation is another way of guaranteeing transnational families access to justice. It is very important to emphasise that the fundamental principles of maintenance rights are the dignity of a human being and family solidarity.

Transnational families need to solve their problems. Recognition of cross-border mediation or even co-mediation can be a path to achieve self-composition and fairness in family matters, including child support and maintenance, through international legal cooperation.

## REFERENCES

ARAUJO, Nadia; VARGAS, Daniela T. **The cross-border recognition and enforcement of private agreements in family disputes on debate at the Hague Conference on Private International Law.** In Jose Antonio Moreno Rodrigues; Claudia Lima Marques. (Org.). *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, 1ed.Porto Alegre / Asuncion: Gráfica e Editora RJR, 2014, v. 1, pp. 485-506.

ARAUJO, Nadia. **Novos temas na agenda da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: Grupo de Especialistas discute o reconhecimento e execução de acordos privados em disputas familiares internacionais.** New topic in the agenda of the Hague Conference on Private International Law: Groups of Specialists discuss recognition and enforcement of private agreements in cross-border family disputes” ASADIP, 2014, [http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2015/03/HCCH-Acordos-Privados\\_13jun2014ADFASvf.pdf](http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2015/03/HCCH-Acordos-Privados_13jun2014ADFASvf.pdf), accessed on 02/02/2015.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo.** São Paulo, Paz e Terra, 1999.

BORRÁS, Alegría; Degeling, Jennifer. **Explanatory report on the convention of 23 november 2007, on the international recovery of child support and other forms of family maintenance.** Edited by the Permanent Bureau of the Conference, 2009.

BORRÁS, Alegría. **The Necessity Flexibility in Application of the New Instruments on Maintenance.** In BOELE-WOEKI, Katharina et al, *Convergence and Divergence in International Private Law*, Liber Amicorum, pp.173-192, Kurt Sieht, Schulthess, Eleven, 2010.

D’ALESSANDRO, E. **Results of mediation and cross-border enforcement of mediation agreements.** *Era Forum*, October 2013, volume 14, Issue 3, pp 409-420.

HÖRNLE, J. “Cross-Border Internet Dispute Resolution. Cambridge University Press, 2009

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4a Edição, São Paulo, Editora

Revista dos Tribunais, 2016.

JAYME, Erik. **Cultural dimension of Maintenance Law from a Private International Law Perspective.** In Beaumont, B Hess, LWalker and S Spancken (eds) *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

LOPES, Inez. Maintenance Obligations in the Brazilian Legal System. In Beaumont, B Hess, LWalker and S Spancken (eds) *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

NYGH, Peter E. **Reasonable Expectations of Parties in Choice of Law in contract and in tort.** *Recueil des cours*, Volume 251.1995, pp. 269-400.

RUBAJA, Nieve. **El reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos como vía para asegurar los derechos de los niños en situaciones familiares internacionales.** In *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Septiembre 2016, Nº 76, Buenos Aires, Thomson Reuters, p.207 – 222.

PALI, B.; VOET, S. **Family Mediation in International Family Conflicts.** In *The European Context Institute of Criminology*, (Katholieke Universiteit Leuven, 2012

PEREIRA, Caio Mario S. **Instituições de direito civil.** Vol. V – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ȘUȘTAC, Z. D.; WALKER, J.; IGNAT, C.; CIUCĂ, A. E.; LUNGU, S. E. **Best Practice Guide On The Use Of Mediation in Cross-border cases.** Civil Justice 2010 Programme of the European Union, Cucharest, 2013.

TARTUCE, F. **Da Extrajudicialização do Direito de Família e das Sucessões.** Parte I – Da Mediação”, Migalhas, 28 de julho de 2016, Available at. <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI244807,61044-Da+extrajudicializacao+do+Direito+de+Familia+e+das+sucessoes+Parte+I>, accessed on 15 June 2017.

VISCHER, F. **General course on private international law.**Volume 232. In *Collected*

*Courses of the Hague Academy of International Law* (The Hague Academy of International Law, 1992).

WALKER, Lara. *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford and Portland: Hart, 2015.

# O GARANTISMO PENAL INTEGRAL E SUAS CONTRADIÇÕES COM O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

## “GARANTISMO PENAL INTEGRAL” AND ITS DEVIATION FROM LUIGI FERRAJOLI’S LEGAL GARANTISM THEORY

Beatriz Vargas Ramos

Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Professora Associada dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB.

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela UnB e Pós-graduado lato sensu em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

### Resumo

Desde sua importação para o Brasil, a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli teve ampla repercussão no sistema de justiça criminal e na universidade. Mais recentemente, corrente doutrinária chamada de garantismo penal integral tem ganhado espaço em ambos os setores a partir de incisiva crítica à interpretação indicada como majoritária no imaginário jurídico brasileiro, a qual foi denominada de garantismo hiperbólico monocular, e de proposta de releitura alegadamente mais consentânea com a obra do professor italiano, haja vista tutelar proporcionalmente os direitos fundamentais individuais e coletivos e os deveres do Estado nas esferas penal e processual penal. Diante disso, o presente artigo realiza um cotejo teórico entre o garantismo penal integral e a teoria de Luigi Ferrajoli, a fim de verificar a compatibilidade das proposições. Contudo, foram constatadas gritantes e insuperáveis contradições nas premissas utilizadas pelos defensores do garantismo penal integral, o que acaba por afastá-los das lições do professor italiano.

**Palavras-chave:** Garantismo penal. Luigi Ferrajoli. Direitos fundamentais. Garantismo penal integral. Ponderação.

## Abstract

Since its introduction in Brazil, Luigi Ferrajoli's Legal Garantism Theory has had broad repercussions in both the criminal justice system and the university. Recently, a newer school of thought called "garantismo penal integral" has become increasingly accepted in both venues through outspoken critic of the alleged prevailing school of thought in Brazil's criminal legal studies: "hyperbolic monocular" garantism. This new movement has also attracted attention as an allegedly more aligned reinterpretation of the Italian professor's original work since it claims to proportionally balance fundamental rights – both individual and collective – with the states obligations in the fields of criminal and criminal procedural law. In that regard, this essay seeks to confront "garantismo penal integral" against Luigi Ferrajoli's theory with the purpose of analyzing the compatibilities between both theoretical frameworks. However, the current findings were that several and unbridgeable incoherencies remain in the premises adopted by the proponents of "garantismo penal integral", which in turn place them further apart from the original work of professor Luigi Ferrajoli.

**Keywords:** Legal Garantism Theory. Luigi Ferrajoli. Fundamental rights. Garantismo penal integral. Conflicts of principles.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli foi reconhecidamente recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, exercendo maior influência nos âmbitos penal e processual penal, muito embora sua produção e sua aplicação não sejam restritas a essas áreas<sup>1</sup>. Evidentemente, alguns efeitos práticos dessa teoria no sistema de justiça criminal nacional passaram a ser observados e estudados por pesquisadores. Contudo, nesse interregno, verificou-se um crescente processo de estigmatização, cujo resultado final foi a atribuição de um rótulo pejorativo ao termo "garantista" que, no senso comum jurídico, passou a ser frequentemente lido como algo ou alguém favorável à impunidade<sup>2</sup>.

Os debates sobre a extensão do termo garantista e a adequação dessa teoria de origem italiana à realidade brasileira começaram, então, a fazer parte da produção teórica, de modo que, mais recentemente, corrente doutrinária denominada de garantismo penal integral ganhou espaço no cenário jurídico nacional, por fazer uma crítica incisiva à leitura

1 TRINDADE, André Karam. **Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. In: Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 5, n. 1, jul. 2012. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/24/showToc>. Acesso em: 06 jan. 2020.

2 KHALED JR., Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado?** Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>. Acesso em 06 jan. 2020.

tida por seus defensores como dominante no imaginário jurídico brasileiro e por apresentar proposta alegadamente “mais consentânea com a doutrina”<sup>3</sup> de Luigi Ferrajoli.

Dessa forma, o primeiro capítulo deste artigo será destinado a traçar as linhas mestras da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli para as esferas penal e processual penal. Diante da vasta produção do autor italiano e da amplitude de seus ensinamentos, os temas abordados nesse tópico serão restritos àqueles que dialogam diretamente com postulados sensíveis do garantismo penal integral, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema.

Na sequência, o trabalho apresentará as críticas formuladas pelos autores do garantismo penal integral à interpretação dita majoritária da teoria do garantismo penal de Ferrajoli no Brasil, bem como a sugestão de leitura dessa teoria formulada por eles, com especial enfoque nos textos do procurador regional da República Douglas Fischer, que certamente é um dos grandes difusores desse pensamento em território nacional.

Por fim, será feito um cotejo do arcabouço teórico do garantismo penal integral, principalmente a função do garantismo positivo e a solução do conflito entre direitos fundamentais por meio de máxima da proporcionalidade, com as ideias garantistas de Luigi Ferrajoli, a fim de examinar a confluência ou não dessas linhas de pensamento. Tal confronto se faz indispensável na medida em que o garantismo penal integral reivindica o lugar de teoria nacional mais coerente com as proposições ao autor italiano.

Neste artigo, chega-se à conclusão de que as premissas teóricas do garantismo penal integral não encontram amparo no garantismo de Luigi Ferrajoli. Mais do que isso, as propostas apresentadas por esses autores são manifestamente contrárias e, ao final, desvirtuam o cerne da teoria do professor italiano.

Por fim, vale ressaltar que o intuito desta análise não é fazer uma defesa irrestrita da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que é passível de consistentes críticas<sup>4</sup>, mas, sim, um inevitável enfrentamento das ideias que, no Brasil, têm-se apresentado como uma nova roupagem dessa doutrina.

---

3 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 64.

4 PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do Garantismo. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz. (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas considerações críticas. In: SANTOS, Rogério Dutra dos. **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 117-127, dentre outras.

## 2. LINHAS BÁSICAS DELIMITADORAS DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI.

Muito embora Luigi Ferrajoli, que já foi juiz vinculado à Magistratura Democrática na Itália, não tenha cunhado a expressão garantismo, percebe-se que a consolidação desse termo é reflexo direto das suas produções acadêmicas, principalmente a partir da publicação de seu livro *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, em 1989, cuja tradução em português foi lançada em 2002<sup>5</sup>.

Em um aspecto macro de seus ensinamentos, Ferrajoli caracteriza seu constitucionalismo garantista como sendo de normatividade forte, de tipo regulativo, de sorte que a maioria dos “princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comportam-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias”<sup>6</sup>. Segundo ele, trata-se de um reforço ao velho positivismo jurídico, eis que a produção normativa agora deve ficar submissa não apenas a normas formais, mas também substanciais, de direito positivo<sup>7</sup>.

Em sentido oposto, haveria o constitucionalismo jusnaturalista ou principialista, cujo principal atributo seria a configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais diferenciados estruturalmente das regras, eis que dotados de normatividade enfraquecida, os quais são confiados à ponderação e não mais à subsunção<sup>8</sup>.

Por sua vez, o constitucionalismo garantista pode ser compreendido em três significados diversos, mas conexos entre si: a) modelo do direito, b) teoria do direito; e c) filosofia e teoria política.

Como modelo do direito, qualifica-se, em relação ao paleojuspositivismo<sup>9</sup>, pela

---

5 TRINDADE, André Karam. **Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. In: Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 5, n. 1, jul. 2012. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/24/showToc>. Acesso em: 08 jan. 2020.

6 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 18/19.

7 Ibid., p. 22.

8 Ibid., p. 18.

9 “Assim, distingue Ferrajoli entre o paleojuspositivismo (teorias exegéticas em que a função judicial era meramente reprodutora do sentido único e verdadeiro do enunciado normativo) e o neopositivismo lógico de Kelsen, sendo esse uma mudança referencial de paradigma em relação àquele.” (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A teoria do direito entre neoconstitucionalismo e garantismo e a proteção à democracia**. In: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 65-86, jan./jun. 2014, p. 70.)

“positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa”. Em razão disso, é um sistema de limite e de vínculos estipulados pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pela atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade<sup>10</sup>.

Sob a perspectiva da teoria do direito, a teoria tematiza a discordância entre o ser (legislativo) e o dever ser (constitucional) do direito e, diferentemente do paleojuspositivismo, faz distinção e indica possível divergência entre validade e vigência, haja vista que admite a existência de norma vigente (em conformidade com as normas procedimentais de formulação), mas inválida (“incompatível com as normas substanciais sobre a sua produção”)<sup>11</sup>.

No âmbito da filosofia e da teoria política, o constitucionalismo garantista é uma teoria da democracia, “elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no paradigma”<sup>12</sup> de direito apresentado por Ferrajoli. “Daí resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais – que equivalem não somente a ‘valores objetivos’”<sup>13</sup>.

A importação do garantismo para o Brasil se deu mais especificamente a partir do processo de redemocratização, quando da promulgação da denominada “Constituição cidadã”, cuja marca principal foi a imposição de respeito – em nível constitucional – aos direitos e às garantias fundamentais.

Conforme já destacado, o protagonismo da aplicação dessa teoria em território nacional se deu nos campos penal e processual penal, de modo que diversos estudos relevantes nessas áreas foram desenvolvidos a partir desse marco teórico.

E, nesse específico âmbito, Ferrajoli destaca que, como um modelo normativo de direito, o garantismo é um sistema de estrita legalidade “que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva

---

10 FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 24.

11 Ibid., p. 24.

12 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25.

13 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25.

do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”<sup>14</sup>.

Noutras palavras, é um sistema de direito penal mínimo e conseqüentemente garantista aquele que tem como desiderato o grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal, estabelecendo critérios de racionalidade e de civilidade à intervenção penal, bem como colocando limites constitucionalmente fixados a todos os poderes<sup>15</sup>.

Assim, as garantias em um sistema penal não possuem tanto a função de legitimar ou mesmo permitir o poder punitivo do Estado, mas, sim, deslegitimá-lo quando não devidamente observadas<sup>16</sup>.

Dessa forma, Ferrajoli apresenta um panorama do sistema garantista, fazendo a ressalva de que se trata de um modelo-limite, ou seja, jamais perfeitamente satisfável, qualificado pela adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais que consistem em garantias penais e processuais penais definidoras da regra do jogo de responsabilização penal.

Os princípios são denominados de

i) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; ii) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito<sup>17</sup>; iii) princípio da necessidade ou da economia no direito penal; iv) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; v) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; vii) princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; viii) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; ix) princípio do ônus da prova ou da verificação e x) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade<sup>18</sup>.

Diante desse quadro, cada sistema jurídico poderá ser concretamente avaliado como tendente ao direito penal mínimo – quanto maior for a observância desses axiomas – ou ao

---

14 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, pp. 785-786.

15 Ferrajoli assim define o direito penal mínimo: “condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 102)

16 Ibid., p. 90.

17 “De agora em diante denominarei a reserva legal de ‘princípio de mera legalidade’, que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão ‘princípio de estrita legalidade’ para designar a reserva absoluta da lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 39)

18 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 91.

direito penal máximo<sup>19</sup> – quanto menor for a incidência dos princípios. É justamente nesse contexto que o autor italiano fala em graus de garantismo de cada ordenamento.

E, no sistema garantista, o direito penal e processual penal possuem concepções próprias extremamente relevantes para compreensão da importância dos direitos fundamentais individuais.

O direito penal não é mais concebido apenas como instrumento de prevenção dos crimes, mas também como “técnica de minimização de violência e do arbítrio na resposta do delito”<sup>20</sup>. Esclarece o autor italiano que o direito penal mínimo também tem a função de ser lei de proteção do mais fraco, ou seja, tutela dos direitos fundamentais de quem se encontra em posição de inferioridade contra a violência arbitrária do lado mais forte na relação. Por seu turno, o lado mais fraco da relação não é estático, de sorte que “no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu”<sup>21</sup>.

O processo penal se justifica como técnica de diminuir a reação social ao delito, minimiza a violência e o arbítrio. Ferrajoli ainda faz importante alerta, destacando que esse instrumento “não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas”<sup>22</sup>.

Dessa forma, traço distintivo do processo penal em comparação com a justiça com as próprias mãos reside no fato de que ele persegue, “em coerência com dúplice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes”<sup>23</sup>.

Em síntese, para além de outras considerações teóricas, constata-se que tanto o direito penal quanto o processual penal possuem função específica de limitadores do poder punitivo estatal e de tutela dos direitos fundamentais individuais da parte mais fraca da relação que, como visto, é o réu durante o processo.

Por fim, Ferrajoli destaca que há uma relação inversamente proporcional entre os graus de garantismo penal e de arbítrio admitido pelo poder judicial, que é decomposto em

---

19 O direito penal máximo é assim caracterizado pelo autor italiano: “incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e da pena e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 102).

20 Ibid., p. 102

21 FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002, p. 32.

22 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 516.

23 Ibid., p. 556.

poderes i) de qualificação jurídica – espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; ii) de verificação dos fatos ou valoração das provas – oportunidade em que se admite a ponderação dos indícios e dos elementos de prova; iii) de conotação equitativa – “compreensão e ponderação dos conotados singulares irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime”<sup>24</sup>; e iv) de disposição – cujo exercício não exige motivação cognitiva, mas somente opções e juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas pragmáticas<sup>25</sup>.

Enquanto até mesmo no modelo ideal de garantismo há espaços de discricionariedade tidos por fisiológicos e intrínsecos à função jurisdicional (os três primeiros do parágrafo acima), porque estão sempre ligados a atividades cognitivas, o poder de disposição “é sempre produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição”<sup>26</sup>, de modo que seu espaço existe sempre que constatadas fragilidades de garantias penais e processuais.

Desse modo, o garantismo penal de Ferrajoli, embora admita espaços típicos de discricionariedade da atividade jurisdicional até em seu modelo ideal, reconhece que as garantias penais e processuais penais devem limitar ao máximo o denominado poder de cognição e suprimir o de disposição, visto pelo autor como ilegítimo no Poder Judiciário.

Tendo como foco exclusivo o escopo deste artigo, eis, então, as diretrizes básicas do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

### 3. A PROPOSTA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL E A PONDERAÇÃO PARA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como mencionado anteriormente, a importação para o Brasil da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli ensejou – principalmente no contexto criminal – uma série de produções doutrinárias propondo diversas leituras sobre a obra e a teoria do autor italiano, assim como os seus reflexos na atividade jurisdicional.

E é exatamente nesse contexto que surgiu o denominado garantismo penal integral, cujo principal marco teórico é o artigo intitulado “O que é garantismo (penal) integral?”, de autoria do procurador regional da República Douglas Fischer. Também possuem produções relevantes sobre o assunto Selma Pereira de Santana, professora da Universidade Federal

---

24 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 46/17.

25 FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 159.

26 Ibid., p. 159.

da Bahia, Vlamir Costa Magalhães, juiz federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, e Luiz Eduardo Sant’Anna Pinheiro, promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul.

Ao justificar a necessidade de uma leitura dita integral do garantismo de Ferrajoli, Douglas Fischer destaca que “não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos integrais postulados garantistas, na medida em que a ênfase única continua recaindo exclusivamente sobre direitos fundamentais individuais”<sup>27</sup>. Aduz, ainda, ser comum encontrar reiteradas produções acadêmicas e jurisprudenciais com simples referências à teoria garantista, mas sem qualquer assimilação ou argumentação abarcando a base teórica invocada<sup>28</sup>.

De igual forma, Selma Pereira Santana afirma que, muito embora não haja consenso sobre o alcance do garantismo em território nacional, constata-se “uma forte tendência por considerar que ele dirige-se (sic), tão somente, à defesa dos direitos fundamentais individuais, desprezando os de natureza coletiva”<sup>29</sup>.

Descrevendo esse suposto modelo difundido na cultura jurídica do Brasil, Douglas Fischer cunhou, para caracterizá-lo, a expressão garantismo penal hiperbólico monocular, cuja definição é por ele apresentada do seguinte modo: “evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados”<sup>30</sup>.

Noutras palavras, os teóricos desse modelo apontam que houve uma equivocada difusão das ideias de Luigi Ferrajoli no Brasil, de modo que, contrariamente ao pensamento do autor italiano, há uma flagrante discrepância na proteção dos direitos fundamentais individuais de investigados ou de processados, em detrimento de direitos e deveres coletivos e fundamentais.

Nesse ponto, os defensores do garantismo penal integral indicam que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substâncias condicionantes das normas produzidas e das suas aplicações, de modo que as garantias teriam o condão de diminuir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, viabilizando a máxima eficácia

---

27 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 62.

28 Ibid., p. 69.

29 SANTANA, Selma Pereira de. **Garantismo penal à brasileira**. Revista do Ministério Público Militar, Brasília, v. 38, n. 23, nov. 2013, p. 22.

30 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 69.

de todos os direitos— individuais e coletivos – e deveres fundamentais <sup>31</sup>.

Assim, partindo de dois parâmetros do princípio da proporcionalidade<sup>32</sup>, a saber, a proibição do excesso e a vedação da proteção deficiente, e das premissas teóricas do neoconstitucionalismo<sup>33</sup>, os defensores do garantismo penal integral apresentam modelo no qual todas as gerações de direitos fundamentais deveriam ser protegidas, o que não só melhoraria a proteção dos direitos individuais contra as arbitrariedades do poder punitivo, como também permitiria o resguardo eficaz dos “anseios da sociedade” <sup>34</sup>.

Dessa forma, sob o viés da vedação do excesso, existiria o denominado garantismo negativo, com raízes na função liberal-iluminista do Direito Penal e responsável pela garantia das liberdades individuais contra os excessos punitivos estatais<sup>35</sup>. Sob a ótica da proibição da proteção deficiente, seria vislumbrado o garantismo positivo, cuja função seria a de assegurar os direitos de prestação por parte do Estado e não apenas aqueles “que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular, contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas”<sup>36</sup>.

Resumindo esse posicionamento, Luiz Eduardo Sant’Anna Pinheiro aponta que contemporaneamente o poder estatal tem como “ponto de partida o dever de proteção de todos os direitos fundamentais, tanto os que condizem com a defesa dos direitos individuais, acusado e vitimado, quanto com os direitos da coletividade, na condição de credores da segurança pública”<sup>37</sup>.

Na mesma senda, Douglas Fischer ressalta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), o Estado deve ainda ter em conta a indispensabilidade de

---

31 Ibid., p. 71.

32 Ibid., p.75.

33 Vlamir Costa Magalhães, reproduzindo os ensinamentos de Daniel Sarmento, aponta as seguintes características do neoconstitucionalismo: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição do formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento do poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 233-234.)

34 MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185-199, dezembro de 2010, p. 192.

35 MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185-199, dezembro de 2010, p. 190.

36 SANTANA, Selma Pereira de. **Garantismo penal à brasileira**. Revista do Ministério Público Militar, Brasília, v. 38, n. 23, nov. 2013, p. 24.

37 PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. **A dupla face do garantismo e implicações no Direito Brasileiro**. 1ª Edição. Campo Grande: Contemplar, 2020. p. 74.

garantir ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade<sup>38</sup>. Especificamente, referido autor destaca a importância disposto no art. 144 da Constituição da República para o raciocínio aqui apresentado:

Nesse momento de silogismo, é digno de nota que, também como imperativo constitucional (art. 144, caput, CF), o dever de garantir a segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos) não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável.<sup>39</sup>

Diante disso, ele arremata sua argumentação no sentido de que o “dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos”<sup>40</sup>. É dizer, em sua visão, deve haver ponderação entre os direitos inerentes ao garantismo negativo e ao garantismo positivo, a fim de que os direitos e deveres fundamentais sejam proporcionalmente resguardados. A fórmula utilizada por esse autor, amplamente difundida nos adeptos do garantismo penal integral, para solução de conflito entre direitos – individuais e coletivos – e deveres fundamentais é a ponderação.

Dessa forma, é evidente que a construção teórica do garantismo penal integral apresenta diversos traços da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Para o jurista alemão, os princípios são mandamentos de otimização, cuja característica marcante é a possibilidade de serem satisfeitos em diversos graus – na maior medida possível –, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes<sup>41</sup>. Nos casos de colisão entre princípios, ele argumenta que tal problema deve ser solucionado por meio do sopesamento, de modo que um determinado princípio, em uma situação concreta, terá precedência em face de outro, sem que esse último seja declarado inválido, nem que nele seja introduzida uma cláusula

---

38 FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 04 jan. 2020.

39 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. pp. 71-72.

40 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (org.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 74.

41 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

de exceção<sup>42</sup>.

No ponto, o referido autor destaca que a definição de princípios como mandados de otimização implica a máxima da proporcionalidade, com as três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e a recíproca também é verdadeira, de sorte que “as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios”<sup>43</sup>.

Muito embora Douglas Fischer não tenha indicado especificamente quais autores brasileiros fizeram efetivamente a equivocada importação da teoria garantista por ele apresentada, é indene de dúvidas que o garantismo penal integral ganhou força nos últimos anos, a partir do aumento de operações policiais investigando delitos econômicos, notadamente a denominada “Operação Lava Jato”.

Ilustrativamente, o procurador da República Deltan Dallagnol, coordenador da força-tarefa do Ministério Público Federal na referida operação, apontou, em uma entrevista ao jornal Estadão, ser adepto da teoria do garantismo penal integral<sup>44</sup>. Replicando o posicionamento já apresentado, ele destacou que “o que se desenvolve no Brasil foi aquilo que alguns chamam de hipergarantismo. É um garantismo hiperbólico, porque exacerbado, e monocular, porque só olha os direitos do réu, e não olha o direito da sociedade”<sup>45</sup>. Ao final, asseverou que defende “um garantismo equilibrado, integral, que garanta os direitos dos réus, mas também o das vítimas e os da sociedade”<sup>46</sup>.

No mesmo sentido, em busca realizada na área de “jurisprudência” do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e utilizando como termo de pesquisa a expressão “garantismo penal integral”, foram localizados decisões e acórdãos oriundos de Tribunais Estaduais – reformados ou não pelo Superior Tribunal de Justiça – que expressamente indicavam a adoção do garantismo penal integral, apontando, dentre outros fundamentos, como justificativa para tanto que “o garantismo penal deve ser aplicado de forma integral, observando à proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, protegendo não só os interesses do acusado, mas também os anseios da sociedade”<sup>47</sup>.

Por sua vez, com intuito de tornar mais concreta e elucidativa sua linha de pensamento, Douglas Fischer apresentou alguns posicionamentos que demonstrariam a fragmentação da teoria garantista, indicando, por outro lado, o entendimento a ser adotado

---

42 Ibid., p. 93.

43 Ibid., p. 588.

44 CARVALHO, Luiz Maklouf. ‘É preciso um garantismo integral’, diz procurador Deltan Dallagnol. **Estadão**. Curitiba, 05 de fev. de 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>. Acesso em: 07 de jan. de 2020.

45 Idem.

46 Idem.

47 STJ, 6ª turma, RHC 116.441/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019.

segundo o garantismo penal integral. Dentre esses exemplos, encontra-se a possibilidade de execução provisória da pena após esgotamento das instâncias ordinárias.

Conforme referido autor, a pendência de recursos de natureza extraordinária não impede a execução das penas privativas de liberdade, por não ferir o princípio da presunção de inocência, insculpido constitucionalmente no art. 5º, LVII<sup>48</sup>. Ao fazer referência ao posicionamento vencedor no HC nº 84.078, o qual foi reafirmado no julgamento de mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, afirma o autor que o equívoco do Supremo Tribunal Federal se deu em razão de uma leitura isolada – quiçá textual – do dispositivo constitucional já mencionado<sup>49</sup>.

Em sua perspectiva, o Supremo Tribunal Federal deveria levar em consideração os prismas do garantismo negativo (vedação do excesso Estatal) e do garantismo positivo (proibição de proteção deficiente), de modo a afastar não só decisões que acarretem exorbitância da atuação do Estado em detrimento dos direitos fundamentais do acusado, mas também “zelar para que estas interpretações não gerem uma inoperância do sistema, que, em face disso, acabe acarretando desproteção dos interesses sociais-gerais igualmente garantidos constitucionalmente”<sup>50</sup>.

Explica Douglas Fischer que, nessa situação, há uma clara tensão entre o princípio da presunção de inocência, direito fundamental do réu, e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção – englobando o direito à segurança (artigos 5º, *caput*, e 6º da Constituição da República), bem como a segurança pública como dever fundamental do Estado (artigo 144 da Constituição da República) – e da efetividade do Poder Jurisdicional, sendo imperioso o sopesamento desses pontos para que seja encontrado o parâmetro proporcional da atuação do Estado<sup>51</sup>.

Em conclusão, ele assevera que

a exigência do exaurimento recursal das instâncias extraordinárias para se iniciar a execução de penas, no Brasil, importa violação ao princípio da proporcionalidade (mas pela proibição da insuficiência), porque tal posicionamento (partindo da interpretação isolada do art. 5º, LIV, da CF), em nossa compreensão:

- a. Fere a idoneidade, porque protege isoladamente (e de maneira supervalorizada individualmente) interesses únicos do réu que já foi condenado, sem que se favoreça minimamente a proteção dos interesses gerais e sociais, notadamente a prevenção geral positiva e a prevenção especial, diante da (muitas vezes

48 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

49 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (org). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 83.

50 FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição**. Revista de Direito Público, v. 25, 2009, p 7-30, 2009, pp. 25-26.

51 Ibid., p.26

ocorrente) prescrição (intercorrente);

- b. Fere a necessidade porque, pela interpretação sistêmica, há também, na própria Constituição, a previsão do habeas corpus, que é muito mais amplo e apto (eficaz) para a proteção, de forma mais objetiva e na máxima medida possível, dos direitos fundamentais dos réus-condenados que eventualmente tenham sido violados;
- c. Viola a proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de favorecimento da norma invocada, isoladamente vista, é absolutamente inferior e desproporcional ao grau em que não se realiza o dever fundamental de o Estado agir de forma eficaz em detrimento daqueles que, mediante o devido processo legal, já restaram condenados criminalmente nas instâncias ordinárias (se não com possibilidade de revisão por um órgão colegiado, ao menos com a análise do fato imputado por mais de um Juiz – prerrogativa de foro).<sup>52</sup>

Para além do âmbito doutrinário, que contou com produção de outros entusiastas nessa mesma linha argumentação<sup>53</sup>, constatou-se que, quando do julgamento de mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, o Ministro Luís Roberto Barroso valeu-se, dentre outros, de raciocínio bastante semelhante – embora sem mencionar a teoria do garantismo penal integral – para fundamentar seu voto favorável à execução provisória da pena<sup>54</sup>.

Em suma, vê-se que o garantismo penal integral se apresenta como contraponto a uma importação tida por equivocada da doutrina do garantismo penal de Luigi Ferrajoli<sup>55</sup>, a qual foi denominada de garantismo hiperbólico monocular, demarcando que, ainda que sob premissa teórica diversa, pretende chegar ao mesmo fim da teoria do jurista italiano, ou seja, “equilíbrio na proteção de todos (individuais e coletivos) os direitos e deveres fundamentais

52 FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição**. Revista de Direito Público, v. 25, 2009, p 7-30, 2009, pp.27-28.

53 PAULINO, Galtênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 207-232 – jul./dez. 2017.

54 “Princípios, portanto, devem ser aplicados, em muitas situações, em harmonia, em concordância prática ou em ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais. Ponderar significa atribuir pesos, fazer concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobre qual princípio vai prevalecer numa situação concreta.

Quais os princípios em jogo na presente discussão? De um lado, o princípio da inocência ou da não culpabilidade; de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, rótulo genérico sob o qual se abrigam valores importantes como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-24/leia-voto-ministro-barroso-prisao-segunda-instancia>. Acessado em: 04 jan. 2020.

55 “A questão que se põe em discussão então é: o que é garantismo penal na íntegra das proposições de Ferrajoli? Tentaremos trazer a resposta que consideramos a mais consentânea com a doutrina retro-mencionada.” FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (org.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 64.

expressos na Carta Maior”<sup>56</sup>.

#### 4. AS CRÍTICAS AO GARANTISMO PENAL INTEGRAL E A CONTRADIÇÃO COM O MODELO PROPOSTO POR FERRAJOLI

Visto resumidamente o cerne do denominado garantismo penal integral, faz-se indispensável questionar se efetivamente houve a equivocada importação da teoria de Luigi Ferrajoli – ponto de partida utilizado pelos autores mencionados para justificar a necessidade de uma nova leitura –, assim como se os postulados teóricos apresentados vão ao encontro do garantismo penal proposto pelo jurista italiano.

De início, deve-se esclarecer que há uma característica em boa parte dos textos apresentados, notadamente nos de autoria de Douglas Fischer e Selma Pereira de Santana, que certamente dificulta a constatação aqui proposta. Ambas as produções indicam a alegada importação da teoria garantista com foco exclusivo nos direitos fundamentais individuais do cidadão, mas não apresentam concretamente autores com esse posicionamento<sup>57</sup>.

De todo modo, deve-se salientar que o entendimento exposto como o garantismo hiperbólico monocular de fato não corresponde ao pensamento de Ferrajoli. No mesmo sentido, a proposta do garantismo penal integral não encontra respaldo nas lições do professor italiano. Mais do que isso, acaba por desvirtuá-las.

É que, ao tratar dos direitos fundamentais, Ferrajoli faz expressa distinção entre “direitos de” e “direitos a”, admitindo a existência de um garantismo positivo, relacionado aos direitos sociais – que também são fundamentais.

Os “direitos de” estão vinculados à faculdade de comportamentos próprios e que correspondem a vedações ou deveres públicos de não fazer, os quais estão intimamente vinculados ao modelo de Estado de direito liberal<sup>58</sup>.

Por sua vez, ele mesmo reconhece que algumas Constituições passaram a fazer previsões de “direitos a”, expectativas de comportamentos alheios que devem corresponder a prestações positivas (deveres públicos de fazer) ou obrigações dirigidas ao futuro, cujo objetivo é aquisição de condições sociais de vida, tais como “a subsistência, o trabalho,

---

56 Ibid., p. 75.

57 No caso do artigo de Douglas Fischer, no tópico 4.2 (“limitação ao prazo de 30 dias das interceptações telefônicas), o autor indica um único texto que, ao defender a limitação no prazo das interceptações telefônicas, retrataria o posicionamento em questão.

58 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 794.

a saúde, o lar, a instrução etc”<sup>59</sup>. Essas previsões, em sua perspectiva, seriam típicas de Estado de direito social.

Como se vê, a grande distinção entre direitos sociais e direitos individuais está relacionada à prestação esperada pelo cidadão. Enquanto os direitos individuais estão ligados a uma expectativa de não lesão, os direitos sociais devem ensejar uma prestação positiva por parte do Estado. Na visão de Ferrajoli, as expectativas de ambos os direitos correspondem a garantias primárias<sup>60</sup>.

Sobre o assunto, Miguel Carbonell – amplamente citado por teóricos do garantismo penal integral – destaca que:

Para nuestro autor las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares em respeto de algun derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. (...)

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos em algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidade cuando constatem, em el primer caso, actos ilícitos y, em el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivo y por tanto violen también las garantías primarias.

Para el caso de los derechos sociales las garantías primarias de tipo positivo deberían ser precisadas por legislador a través de mandatos claros dirigidos a la administración pública. Por su parte, las garantías secundarias consistirían em vías de reclamación para el caso de que las primeras fueran violadas, tomando em cuenta la específica estrutura y el particular contenido de los derechos sociales.<sup>61</sup>

Ou seja, a partir do marco teórico do garantismo de Ferrajoli, as expectativas de prestação positiva decorrentes direitos sociais correspondem a garantias primárias, de modo que, em caso de não adimplemento em uma situação concreta, o cidadão poderá requerer pronunciamento judicial para efetivá-las. Dialogando com o texto de Miguel Carbonell, Ferrajoli destaca que “os direitos sociais são, ou mesmo podem ser considerados, judicializáveis por intermédio de técnicas adequadas de garantias secundárias”<sup>62</sup>.

59 Ibid., p. 794/795.

60 ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender o garantismo penal de Ferrajoli**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 09 de jan de 2020.

61 CARBONELL, Miguel. **La Garantía de los derechos sociales em la teoria de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/issue/view/656>. Acesso em 09 jan. 2020.

62 FERRAJOLI, LUIGI. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p.86.

Vê-se, portanto, que a concretização dos direitos sociais não está relacionada a uma resposta estatal no âmbito processual penal ou penal, mas sim por meio de políticas públicas capazes de afetar positivamente a vida do cidadão, o que poderá acontecer inclusive pela via judicial em caso de violação desses direitos.

A proposta do garantismo penal integral – segundo a qual o garantismo positivo é visto como um interesse abstrato da sociedade apto a restringir direitos fundamentais individuais por meio da técnica da ponderação – não encontra guarida nas lições de Luigi Ferrajoli.

Alfredo Copetti Neto e Ana Cláudia Pinho afirmam que o “garantismo positivo não está vinculado à ideia de interesse da sociedade de forma abstrata, mas sim à ideia segundo a qual o Estado tem deveres não somente de não-lesão, mas de prestação, a fim de cumprir as garantias positivas determinadas pelos direitos individuais sociais”<sup>63</sup>.

Além de descontextualizar o próprio sentido de garantismo positivo<sup>64</sup>, o cerne da teoria de Ferrajoli igualmente inviabilizaria tal proposta. Como destacam Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, o garantismo penal consiste em teoria que intenta estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, assim como deslegitima qualquer sistema de controle social que privilegia a defesa social em detrimento de direitos e de garantias individuais<sup>65</sup>.

O que se constata é que alguns autores nacionais fizeram a importação da teoria reconhecendo, em um espectro maior da Teoria do Direito, a existência de garantias ligadas aos direitos sociais (garantismo positivo)<sup>66</sup>, mas não as utilizaram para fundamentar posicionamento no sentido de restringir direitos individuais na seara penal e processual penal. Situação essa que se enquadra no cerne da teoria de Luigi Ferrajoli<sup>67</sup>.

63 NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em 09 jan. 2020.

64 Nesse ponto, é relevante o alerta de Maria Lúcia Karam: “A visão de que abstratos interesses de uma também abstrata sociedade devessem prevalecer sobre os direitos individuais não esconde o caminho conducente a totalitarismos de todos os matizes. A sociedade há de ser concretizada. A sociedade não é algo abstrato, mas sim o conjunto de indivíduos concretos. Os ditos interesses da sociedade só se legitimam quando referidos a bem individualizáveis.” (KARAM, Maria Lúcia. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006, p. 111)

65 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Edição ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 19.

66 ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 30; PINHO, Ana Cláudia Bastos de Pinho; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **O dresscode do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>. Acesso em 10 de jan de 2020; CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Edição ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20, dentre outros.

67 Ana Cláudia Bastos de Pinho e Fernando da Silva Albuquerque ressaltam que “é quanto ao núcleo liberal de direitos fundamentais que a aplicação da teoria garantista, no campo penal, repercute. Não cabe

Noutro giro, Ferrajoli, ao tratar do constitucionalismo, faz nova distinção relevante para a compreensão das contradições existentes entre o garantismo penal integral e a sua teoria garantista, a saber, o constitucionalismo jusnaturalista e o juspositivista.

Para ele, o constitucionalismo jusnaturalista se caracteriza “(a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objeto de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela concepção de direito ‘como uma prática jurídica’, confiada, sobretudo à atividade dos juízes”<sup>68</sup>.

Por seu turno, oposta é a compreensão do constitucionalismo juspositivista, também chamado de constitucionalismo garantista pelo autor italiano, o qual pode ser entendido em três significados, como já destacado no primeiro capítulo deste artigo. Em síntese, Ferrajoli propõe que essa posição se diferencia do constitucionalismo principialista por rejeitar os elementos de conexão entre direito e moral, a “contraposição entre princípios e regras e a centralidade conferida à distinção qualitativa” e, por fim, “o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional”<sup>69</sup>.

Diante desse quadro, é fácil perceber que as ideias apresentadas pelos teóricos do garantismo penal integral se assemelham ao proposto pelo constitucionalismo jusnaturalista, que, na visão de Ferrajoli, contrapõe-se ao constitucionalismo garantista. E mais, as críticas formuladas pelo autor italiano àquele modelo são igualmente pertinentes, com especial destaque para a utilização da ponderação.

Em primeiro lugar, Luigi Ferrajoli é expressamente contrário à distinção entre regras e princípios formulada, por exemplo, por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais, sinteticamente mencionada em capítulo anterior. Segundo o jurista italiano, “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou obrigações correspondentes”<sup>70</sup>.

Além disso, a abordagem do constitucionalismo principialista teria relevantes

---

ao Direito Penal democrático cumprir, nessa perspectiva, a finalidade de prevenir a ocorrência de delitos, até porque o garantismo se opõe expressamente ao conjunto de correntes prevencionistas da pena, uma vez que parte do pressuposto que esta serve, quando muito, a evitar reações informais violentas”.(PINHO, Ana Cláudia Bastos de Pinho; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **O dresscode do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 10 jan. 2020).

68 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 21.

69 Ibid., p. 27.

70 Ibid., p. 41.

implicações práticas, notadamente o enfraquecimento do caráter vinculante de princípios constitucionais e a criação de tantos outros pela jurisprudência sem qualquer embasamento no texto constitucional<sup>71</sup>.

Lenio Streck compartilha dessa posição de Luigi Ferrajoli, asseverando que inexistente tal diferença estrutural entre regras e princípios, de maneira que um princípio só se aplica através de uma regra, que, por sua vez, sempre possui um princípio por trás. Arremata o mencionado jurista no sentido de que princípios são, por vezes, aplicados como regras e de que o “pamprincipiologismo” é forte componente da fragilização do direito<sup>72</sup>.

Em segundo lugar, o professor italiano faz relevante questionamento sobre o papel da ponderação na interpretação jurisdicional das normas constitucionais. Como já visto no primeiro capítulo deste trabalho, Ferrajoli destaca que, mesmo na seara penal, cuja exigência de certeza é máxima, há três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judicial que podem ser reduzidos, mas não extinguidos pelas garantias penais e processuais penais. Aponta, contudo, que essa técnica argumentativa, em oposição à subsunção, acaba por ampliar demasiadamente o espectro de discricionariedade do julgador, de modo a gerar espaço criativo ilegítimo (poder de disposição), chegando até mesmo a ameaçar a submissão do juiz à lei e a ferir a separação de Poderes<sup>73</sup>. Em sua visão, a ponderação do constitucionalismo principialista “sugere e favorece um Poder Judiciário de escolha em relação a quais princípios aplicar e quais não aplicar sobre a base da valoração, inevitavelmente discricionária, a partir de sua importância”<sup>74</sup>.

Ao final, Ferrajoli destaca que o paradigma constitucionalista garantista rígido exige que o “Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme princípio da separação de poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação”<sup>75</sup>.

A crítica se faz ainda mais forte e pertinente no contexto brasileiro. Como aponta Lenio Streck, parcela da doutrina e dos tribunais fez apenas uma leitura superficial da teoria da argumentação de Robert Alexy, de forma que as lições do jurista alemão – construídas para racionalizar a ponderação de valores – acabam por ser desvirtuadas, com a desconsideração dos pressupostos formais racionalizadores, elementos centrais na

---

71 Ibid., pp. 41/42.

72 STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

73 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

74 Ibid., p. 49.

75 Ibid., p. 53.

referida tese<sup>76</sup>.

Ressalta Lenio Streck que, no Brasil, a utilização da ponderação passou a ser comumente vista como um “um enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar posicionamentos dos mais diversos”<sup>77</sup> – inclusive em situações idênticas, em clara demonstração de que a ponderação nesses termos não confere igualdade na aplicação do direito.

No mesmo sentido, Edson Vieira da Silva Filho e Gustavo Silva Xavier destacam que a recepção acrítica da teoria dos princípios de Robert Alexy no contexto nacional – inclusive com a desconsideração de trechos relevantes para sua compreensão – tem servido como “álbi para relativização de garantias e conseqüente perda da autonomia do direito”<sup>78</sup>.

Como se vê, o garantismo penal integral, ao propor a utilização da ponderação para restrição de direitos individuais fundamentais, valendo-se, para tanto, de direitos sociais ou deveres do Estado, tais como a garantia de segurança pública, amplia demasiadamente – e de forma indesejável – o espaço de discricionariedade judicial do magistrado e incorre em todas as críticas acima descritas.

A bem da verdade, a proposta acaba por conferir subsídios hermenêuticos para que o julgador tome sua decisão discricionariamente, impregnada de subjetivismo, e somente depois apresente a fundamentação, escolhendo previamente qual princípio ou valor deverá prevalecer em detrimento de outro. A recepção fragmentada da teoria de Alexy potencializa o decisionismo e a arbitrariedade, inclusive para supressão de garantias constitucionais.

Nesse ponto, vale destacar que a escolha prévia do direito fundamental da sociedade à garantia de proteção como um princípio prevalecente – sem qualquer fundamentação para tanto – justificaria a mitigação de qualquer direito fundamental individual por meio da técnica apresentada no capítulo anterior, mesmo que contra a literalidade da norma constitucional.

Ao se colocar dessa forma, o garantismo penal integral vai à contramão do garantismo de Luigi Ferrajoli, cuja viga mestra é justamente a limitação do poder do julgador, com a redução do seu espaço de discricionariedade, por meio da vinculação da atividade jurisdicional às garantias constitucionais. É dentro dessa lógica que o autor italiano somente admite a ponderação de circunstâncias fáticas para justificar a aplicação ou não de uma norma.

76 STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 73.

77 STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 74.

78 SILVA FILHO, Edson Vieira da; XAVIER, Gustavo Silva. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 62-85, ago. 2018, p. 74.

Vê-se que a construção teórica fundante do garantismo penal integral desvirtua a ideia de garantismo positivo ou “direitos a” desenhada por Luigi Ferrajoli e aumenta em demasia o espaço de discricionariedade judicial por meio da ponderação de normas, técnica essa amplamente rechaçada pelo autor italiano, com intuito de restringir direitos individuais no âmbito penal e processual penal.

Salah H. Khaled Jr. destaca que “não estamos diante de uma mera adaptação seletiva e muito menos de uma revelação da essência da teoria. Nenhuma leitura que restrinja drasticamente as liberdades individuais – e com isso o próprio Estado Democrático de Direito – pode reivindicar amparo no garantismo de Ferrajoli, sob o pretexto de desempenho mais eficaz de supostas funções positivas”<sup>79</sup>.

Diferentemente do apregoado por seus defensores, a proposta do garantismo penal integral não representa a leitura “mais consentânea com a doutrina retromencionada [garantismo de Luigi Ferrajoli]”<sup>80</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

O garantismo penal de Luigi Ferrajoli é um modelo teórico de controle e de racionalidade do poder punitivo estatal que coloca em evidência a indispensabilidade da observância de garantias penais e processuais penais na responsabilização criminal, sob pena de deslegitimá-la.

Nesse contexto, os direitos fundamentais individuais servem como limite de intromissão do Estado na vida do cidadão e correspondem ao denominado garantismo negativo, que adquire protagonismo no campo penal e processual penal. Por outro lado, o garantismo positivo está relacionado aos direitos fundamentais sociais, cuja principal característica é o dever de prestação positiva por parte do Estado em uma situação concreta.

Viu-se, então, que o garantismo positivo não está associado a um interesse abstrato da sociedade a ser levado em consideração genericamente pelo Poder Judiciário no âmbito das decisões criminais, principalmente para restrição de direitos fundamentais individuais.

Ademais, Luigi Ferrajoli apresenta sua teoria como um reforço ao antigo positivismo

---

79 KHALED JR., Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado?** Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>. Acesso em 10 jan.2020. No mesmo sentido: NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em 09 jan. 2020.

80 FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Org) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil.** 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 64.

e se manifesta contrariamente às premissas teóricas do denominado constitucionalismo jusnaturalista ou principialista, fazendo especial crítica à distinção entre princípios e regras e à utilização da ponderação para resolução de conflito entre princípios.

Por sua vez, o garantismo penal integral, cujo alegado objetivo é apresentar uma leitura do garantismo penal mais adequada à produção de Ferrajoli, sustenta suas bases teóricas nas premissas do neoconstitucionalismo, partindo de equivocada compreensão do garantismo positivo e utilizando-o, a partir da máxima da proporcionalidade (proibição de proteção deficiente e vedação do excesso) , para restrição de direitos fundamentais pela ponderação.

Dessa forma, conquanto Douglas Fischer faça o alerta de que utilizou premissa teórica diversa para formular o garantismo penal integral, ficou claro que há contradições evidentes e insanáveis entre as suas propostas e a do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Não se trata de mera releitura ou adaptação sob outro prisma teórico, mas sim de completo desvirtuamento das proposições originais, com clara intenção de ampliar o poder punitivo e a margem de discricionariedade do Poder Judiciário, bem como de reduzir garantias penais e processuais penais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A teoria do direito entre neoconstitucionalismo e garantismo e a proteção à democracia**. In: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 65-86, jan./jun. 2014.

CARBONELL, Miguel. **La Garantía de los derechos sociales em la teoria de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/issue/view/656>. Acesso em 09 jan. 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Edição ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CARVALHO, Luiz Maklouf. 'É preciso um garantismo integral', diz procurador Deltan Dallagnol. **Estadão**. Curitiba, 05 de fev. de 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>. Acesso em: 07 de jan. de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição.** Revista de Direito Público, v. 25, 2009, p 7-30, 2009.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil.** 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 61-95.

KARAM, Maria Lúcia. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo.** Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

KHALED JR., Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado?** Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>. Acesso em 06 jan.2020.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista.** Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185-199, dezembro de 2010.

NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em 09 jan. 2020.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 207-232 – jul./dez. 2017.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. **A dupla face do garantismo e implicações no Direito Brasileiro.** 1ª Edição. Campo Grande: Contemplar, 2020.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de Pinho; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **O dresscode do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniaio-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 10 jan. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender o garantismo penal de Ferrajoli**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 09 de jan de 2020.

SANTANA, Selma Pereira de. **Garantismo penal à brasileira**. Revista do Ministério Público Militar, Brasília, v. 38, n. 23, nov. 2013

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

SILVA FILHO, Edson Vieira da; XAVIER, Gustavo Silva. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 62-85, ago. 2018.

TRINDADE, André Karam. **Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. In: Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 5, n. 1, jul. 2012. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/24/showToc>. Acesso em: 06 jan. 2020.

# REGULANDO DRONES EM UM MUNDO DIGITAL<sup>1</sup>

## REGULATING DRONES IN DIGITAL WORLD

Ruwantissa Abeyratne

DCL (McGill), PhD (Colombo), LL.M (Monash), LLB (Colombo), FRAeS (Royal Aeronautical Society).

Professor Visitante em Aviation Law and Policy at McGill University Associado Senior em Estratégias Internacional de Aviação. Ocupou o cargo de Consultor Senior Jurídico na Organização da Aviação Civil Internacional (OACI).

Convidado

### Resumo

O terceiro simpósio sobre drones da OACI intitulado DRONE ENABLE/3, com o tema “Facilitando Futuras Inovações”, foi realizado de 2 a 14 de novembro de 2019 em Montreal no Canadá. O simpósio contou com a presença dos principais atores do governo, indústria, universidades e das organizações internacionais, envolvidos no setor aeronaves não tripuladas<sup>2</sup> da aviação civil, para a troca de experiências em pesquisa, melhores práticas, lições aprendidas e respectivos desafios. Embora o simpósio tenha refletido muito sobre questões técnicas como registro aeronáutico e gestão da informação, com foco em questões cibernéticas, houve uma visível falta do debate sobre questões jurídicas e regulatórias referentes a aeronaves sem piloto, que poderiam ser total ou parcialmente automatizadas no futuro. Talvez as legalidades *não tenham* sido discutidas no simpósio em razão de que em outros lugares da OACI, na 39ª Seção da Assembleia de 2016, muitos Estados solicitaram que a OACI desenvolvesse uma estrutura prática-regulatória para as atividades nacionais da UAS (Unmanned Aircraft System), além dos padrões que já vinham sendo desenvolvidos para as operações internacionais. Além disso, a Agenda de itens no Programa de Trabalho do Comitê Jurídico do Conselho da OACI da 37ª Sessão compreendeu, *inter alia*, o estudo de questões jurídicas relacionadas a aeronaves pilotadas remotamente. Não obstante o exposto, essa lacuna jurídica nos move em direção à irresistível necessidade imperiosa de abordar as crescentes questões emergentes da rápida proliferação de drones no céu e ao meio para desenvolver um “código consolidado de regras” global para aeronaves sem pilotos no atual mundo digital. Esse artigo faz um “planejamento de cenário” com vistas a questões que poderiam formar discussões no Comitê Jurídico da OACI, enfocando algumas normas jurídicas e regulatórias referentes a este objeto.

1 Tradução: Inez Lopes e Fernando Feitosa. Artigo publicado originalmente na Revista Diritto e Politica Dei Transporti, ISSN 2612-5056, II/2019

2 NT. O autor, utilizando o termo *unmanned*, cuja tradução literal é “não tripulado”, faz uma referência aos atores setoriais que não estão relacionados com a operação de aeronaves, portanto, desembarcados.

**Palavras-chave:** Aeronave remotamente pilotada. Convenção de Chicago. OACI. Telecomunicações aeronáuticas. Operações aéreas. Direito digital.

## Abstract

ICAO's third symposium on drones titled DRONE ENABLE/3 with the theme Facilitating Future Innovation was held from 2 to 14 November 2019 in Montréal, Canada. The symposium brought together key stakeholders from government, industry, academia, and international organizations active in the unmanned aviation sector to exchange research, best practices, lessons learned and respective challenges. Although the symposium offered much thought on technical issues such as aircraft registries and information management with some focus on cyber issues, there was a conspicuous absence of any discussion of legal and regulatory issues pertaining to pilotless aircraft that could be fully or partially automated in the future. Perhaps the legalities were not discussed at the symposium for the reason that elsewhere in ICAO, at the 39th Session of ICAO's Assembly in 2016, many States requested that ICAO develop a practical regulatory framework for national UAS activities, in addition to the standards it was already developing for international operations. Furthermore, the Agenda of items in the Work Programme of the Legal Committee of the Council of ICAO for its 37th session comprised inter alia the study of legal issues relating to remotely piloted aircraft. The above notwithstanding, this legal lacuna brings to bear the compelling need to address the increasing issues emerging from rapidly proliferating drones in the skies and how to develop a global "rule book" for pilotless aircraft in the digital world of today. This article does some "scenario planning" as to what might be the issues that could form discussions in the Legal Committee, focusing on some already existing legal and regulatory provisions pertaining to the subject

**Keywords:** Remotely piloted aircraft. Chicago Convention. ICAO. Aeronautical telecommunications. Operation of aircraft. Digital law.

## 1. INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que drones sem regulamentação representam uma séria ameaça à segurança das aeronaves civis. O jornal inglês "The Guardian" informou que

[A] taxa de quase-acidentes entre aeronaves civis e drones no Reino Unido triplicou desde 2015. O Conselho de Airprox do Reino Unido (UKAB), que monitora os quase-acidentes envolvendo aeronaves comerciais, indicou que havia 92 desses eventos entre aeronaves e drones em 2017. Isso significa mais do que o triplo dos quase-acidentes de 2015, de 29 casos. Em 2016, havia 71 casos e os dados estão claramente acompanhando o crescimento no uso de drones.<sup>3</sup>

---

3 How dangerous are drones to aircraft? *The Guardian*, 20 December 2018, <https://www.theguardian.com>.

A Administração de Aviação Federal (FAA)<sup>4</sup> dos Estados Unidos da América advertiu os operadores de drones contra a interrupção e ameaça de aeronaves de combate a incêndio, emitindo um aviso severo aos operadores de drones para evitar voos não autorizados próximos a incêndios florestais, sob pena de multas civis superiores a USD 20.000.<sup>5</sup> A Fundação Voo Seguro (FSF) registra na FAA como tendo avisado os operadores de drones “se você pilotar o seu drone em qualquer lugar próximo de um incêndio, você pode acabar matando alguém”<sup>6</sup>, declarando ainda que voos não autorizados de drones não somente constituem um risco de colisão para as aeronaves de combate a incêndios, mas também podem distrair a atenção dos pilotos das aeronaves contra incêndio.

Tecnicamente, um drone é uma aeronave remotamente pilotada (RPA) e é apenas um tipo de aeronave não tripulada. Os drones incluem instrumentos do tipo estações de controle de solo, data links e outros equipamentos de suporte. Designações similares dessa aeronave seriam sistema veicular aéreo não-tripulado (UAVS), veículo aéreo remotamente pilotado (RPAV), sistema de aeronave remotamente pilotada (RPAS). Drones estão intrinsecamente ligados ao gerenciamento e ao crescimento do tráfego aéreo, que dobra a cada 15 anos. Esse crescimento pode apresentar um enigma. Por um lado, o crescimento do tráfego aéreo é um sinal de aumento dos padrões de vida, mobilidade social e prosperidade generalizada. Por outro lado, crescimento do tráfego aéreo pode levar a maiores riscos de segurança, se não for adequadamente fundado em estrutura regulatória e infraestrutura necessária.

Sob uma perspectiva internacional, os drones estão sujeitos à discricção do Estado sobrevoado, de acordo com o artigo 8º da Convenção de Chicago (o tratado multilateral que trata da aviação civil internacional), segundo o qual Nenhuma aeronave, capaz de navegar sem piloto, poderá sobrevoar sem piloto o território de um Estado contratante sem autorização especial do citado Estado e de conformidade com os termos da mesma autorização.. Além disso, conforme o tratado, Cada Estado contratante se compromete a tomar as disposições necessárias para que o voo sem piloto de tal aeronave nas regiões acessíveis de aeronaves civis seja controlada de modo a evitar todo perigo para as aeronaves civis. Nesse ponto, os comandos normativos são “... *aeronaves sem piloto em regiões abertas de aeronaves civis devem ser controladas de modo a evitar todo perigo para as aeronaves civis.*” Esta parte da norma pode ser relevante para a automação

---

[com/technology/2018/dec/20/how-dangerous-are-drones-to-aircraft](https://www.faa.gov/newsroom/story/2018/dec/20/how-dangerous-are-drones-to-aircraft).

4 NT. Autarquia similar à Agência Nacional de Aviação Civil no Brasil, mas principalmente aplicada à segurança da aviação civil.

5 FAA Warns Against Drone Interference With Firefighting, Flight Safety Foundation, <https://flightsafety.org/drone-interference/>.

6 <https://www.facebook.com/FAA/posts/if-you-fly-your-drone-anywhere-near-a-wildfire-you-could-get-someone-killed-bitl/2133898069985137/>.

digital, tanto em termos de aprendizado de máquina (*machine learning*) como aprendizado profundo (*deep learning*), pois envolve detecção de imagens e implementação de previsão. O processo de *Deep Learning* expõe redes neurais de múltiplas camadas de a enormes quantidades de dados. Ao alimentar o computador com um algoritmo de aprendizado e expô-lo a *terabytes* de dados, o computador pode ser levado a descobrir como reconhecer objetos e imagens com precisão. Deve-se notar que aeronaves remotamente controladas ou autônomas já existiam ao tempo da Primeira Guerra Mundial, operadas por entidades civis como militares. “Aeronaves voadas sem piloto”, portanto, aparentemente se refere à situação em que não há piloto a bordo da aeronave.

É necessária autorização coordenação prévias, sempre que se possa razoavelmente esperar na fase de planejamento que o RPA entrará no espaço aéreo de outro Estado. Por exemplo, em situações em que as condições exigiriam que o piloto remoto voasse em rotas alternativas, evitando condições meteorológicas perigosas, áreas restritas ou onde o aeródromo alternativo esteja situado em outro Estado em caso de emergência. Por outro lado, uma emergência imprevista não exigiria planejamento prévio ou autorização especial, uma vez que não poderia ser razoavelmente esperado.

O exposto acima nos leva a considerar uma questão fundamental: será que na atualidade existe um claro discernimento entre o controle remoto de um RPAS e um centro computacional automatizado? É bastante óbvio que a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI)<sup>7</sup>, no seu *Manual sobre Aeronaves Remotamente Pilotadas (Doc 10019)*, se refere ao controle humano quando destaca: “os pilotos remotos devem ser capazes de desempenhar suas obrigações/tarefas em um nível de atenção adequado. Para garantir isso, operadores de RPAS, cujas organizações incluem turnos de operação e esquema de escala da tripulação deveriam estabelecer políticas e procedimentos para os períodos de voos e serviço, horários da operação e períodos de descanso da tripulação, baseados em princípios científicos”.

Este ponto se desdobra ainda mais na questão das autorizações de pilotos remotos. O Manual segue para dizer que uma pessoa não deve agir como remoto piloto em comando

<sup>7</sup> A Organização internacional da Aviação Civil (OACI) é uma Agência especializada das Nações Unidas que trata de temas da aviação civil internacional. A OACI foi criada pela Convenção Internacional da Aviação Civil, assinada em Chicago em 7 de dezembro de 1944 (Convenção de Chicago). Os amplos objetivos da OACI, nos termos do art. 44 da Convenção, direcionam-se ao desenvolvimento de princípios e técnicas da navegação aérea internacional e a promover o planejamento e desenvolvimento do transporte aéreo internacional caminhando ao encontro das necessidades dos usuários de confiabilidade, regularidade, eficiência e modicidade do transporte aéreo. A OACI tem 193 Estados membros, que tornaram-se membros da OACI ao ratificarem ou manifestarem-se por comunicado oficial sua adesão à Convenção de Chicago. Os objetivos estratégicos da ICAO são: Segurança, para o aumento global da segurança da aviação civil; capacidade e eficiência da Navegação Aérea; Segurança contra atos de Interferência Ilícita e Facilitação, para o aumento global da segurança e facilitação da aviação civil; desenvolvimento econômico do transporte aéreo; e proteção ambiental. Visite o ICAO Business Plan 2017-2019. <https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Business%20Plan%202017-2019.pdf>.

(PIC), nem a de copiloto remoto de uma RPA, a menos que essa pessoa tenha licença para piloto remoto, contendo as classificações adequadas para a finalidade de executar a operação. Além disso, uma pessoa não deve agir como observador de RPA, a menos que esta pessoa tenha sido submetida a um treinamento baseado em competências sobre as funções de observador visual relacionadas às operações da RPA. O foco em uma “pessoa” mais elaborado na disposição que diz que os requisitos de licença de piloto remoto e os requisitos para as competências de observadores da RPA devem considerar a integração de problemas de desempenho humano dentro de uma abordagem de treinamento e avaliação baseada em competências. Por fim, todas as partes interessadas (instrutores, avaliadores, desenvolvedores de cursos, provedores do treinamento, inspetores etc.) envolvidas no treinamento e processo de treinamento e avaliação devem receber orientações sobre como desenvolver, implementar e gerenciar ou supervisionar treinamentos e avaliações baseadas em competências que integram elementos de desempenho humano. O treinamento em desempenho humano não deve se destacar como um assunto separado.

Outras disposições do Manual não deixam espaço para dúvidas de que a automação exclusiva por meio da digitalização está descartada. Por exemplo, o Manual afirma que os pilotos remotos que precisam se comunicar com os serviços de tráfego aéreo (STA) devem demonstrar que são capazes de falar e entender o idioma usado nas comunicações do STA, no nível especificado do requisito de proficiência linguística do Anexo I da Convenção de Chicago (Licença de Pessoal) e tenha comprovação de proficiência linguística e que a prova de proficiência linguística no inglês ou no idioma usado para as comunicações envolvidas no voo pilotado remotamente deve ser endossada na licença para piloto remoto.

Com a implementação da Inteligência Artificial (IA), a interação entre humano e máquina está evoluindo. Os sistemas agora são capazes de fazer recomendações e tomar decisões precisas, mesmo em situações complexas, e de se adaptar às mudanças no ambiente. Esses recursos aprimorados dos sistemas devem ser considerados nas Padrões e Práticas Recomendada (do inglês SARPs) da OACI, para permitir o uso da IA em todo o seu potencial, para o benefício da segurança, capacidade e eficiência nas operações. Para esse fim, o Conselho da ICAO deveria iniciar uma revisão dos SARPs existentes e iniciar atualizações e emendas dos SARPs para permitir o uso de novas tecnologias de IA, quando relevante.

## **2. INICIATIVAS DA OACI**

Na Décima Terceira Conferência de Navegação Aérea, realizada em Montreal, de 9 a 19 de outubro de 2018, a OACI sugeriu que seriam necessárias orientações da OACI para os reguladores sobre como acomodar novas aeronaves dentro Dos Padrões

e políticas globais existentes. Além disso, podem ser esperados pedidos de Estados não familiarizados com esses tipos de operações para a OACI e da comunidade em busca de ajuda. Foi acordado que, à medida que as operações de espaço aéreo mais alto se desenvolvem e evoluem, todos os aspectos do escopo dos Planos Globais de Navegação Aérea e Segurança Global da Aviação (GANP e GASP) serão implementados pela OACI por meio de processos bem estabelecidos para designar trabalho técnico a especialistas relevantes grupos.

O Anexo 10 da Convenção de Chicago de Aviação Civil Internacional sobre Telecomunicações Aeronáuticas desempenha um papel importante ao garantir que as telecomunicações e apoios de rádio à navegação aérea sejam necessárias para a segurança, regularidade e eficiência da navegação aérea internacional. O anexo visa proteger todas as estações telecomunicações aeronáuticas, incluindo sistemas terminais e sistemas intermediários da rede de telecomunicações aeronáuticas (ATN), e estão protegidas contra acesso direto ou remoto não autorizado.

O Anexo 11 sobre serviços de tráfego aéreo estabelece que os Estados podem designar outros Estados para prestar serviços de tráfego aéreo em seu nome sem abrir mão de sua soberania, declarando ainda que, quando for determinado que os serviços de tráfego aéreo serão prestados em partes específicas do espaço aéreo ou em aeródromos específicos, é necessário que essas partes do espaço aéreo ou aeródromos sejam designados em relação aos serviços de tráfego aéreo que serão prestados. A designação das partes específicas do espaço aéreo ou de aeródromos específicos são designadas como regiões de informação de voo –aquelas partes do espaço aéreo em que se determina que o serviço de informações de voo e o serviço de alerta serão fornecidos– e as áreas de controle e zonas de controle, que são aquelas partes do espaço aéreo em que é determinado que os serviços de controle de tráfego aéreo serão prestados aos voos IFR (voando por referência a instrumentos na cabine de comando) devem ser designados como áreas ou zonas de controle.

A Aviação no mundo digital se estende à LOON – definido como “uma rede de balões estratosféricos” – implantada entre altitudes de 18 Km e 25 km e calculada para permitir que comunidades remotas ao redor do mundo se beneficiem da conectividade com a Internet, possuindo características aeronáuticas distintas, como os balões seriam aeronaves de Alta Altitude Longa Resistência, do (do inglês, HALE, High-Altitude Long-Endurance) operando na estratosfera – que é o segundo nível da atmosfera da Terra – e, portanto, suas operações se enquadram na premissa básica da Convenção de Chicago, que trata da aviação civil internacional e fornece a cada Estado (país) contratante que reconhece que todo Estado tem soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território. Embora os balões estivessem voando em altitudes acima de nível de voo 600<sup>8</sup> (de 60.000 a

---

8 NT. Níveis de voo são utilizados para garantir a separação vertical da aeronave e se expressa na

70.000 pés, bem acima de altitudes utilizadas pela aviação comercial), eles ainda decolam e pousam em altitudes baixas, o que os colocariam dentro do regime de um sistema global de navegação aérea.

O problema inerente neste processo é aparentemente decorrente da ausência de um “código consolidado de regras” globalmente harmonizado que padronize os aspectos aeronáuticos relacionados ao mesmo. Deveria um Estado, por exemplo, em vista de sua Soberania, regular o processo LOON? O trabalho diligente nesse dilema é um grupo da indústria chamado Grupo de Trabalho do Espaço Aéreo Superior (do inglês, UAWG - Upper Airspace Working Group), que está “desenvolvendo posições sobre políticas e estratégias relacionadas à regulação nacional e internacional, legislação e padrões exclusivos para aeronaves não tripuladas e tripuladas de alta altitude, naves espaciais e outros usuários”. Alguns dos princípios que vêm sendo considerados para a harmonização dos regulamentos são:

[Os] princípios uniformes de organização e gerenciamento do espaço aéreo deverão ser aplicáveis a todas as regiões; os princípios globais serão aplicáveis a todos os níveis de densidade e afetarão o volume total de tráfego; Os processos de gerenciamento do espaço aéreo precisarão acomodar trajetórias de voo diversas e dinâmicas e fornecer soluções ideais do sistema; Quando as condições exigirem que diferentes tipos de tráfego sejam segregados pela organização do espaço aéreo, o tamanho, a forma e a regulação do tempo desse espaço aéreo serão definidos para minimizar o impacto em todas as operações de maneira equitativa; A complexidade das operações pode representar limitações no grau de flexibilidade; O uso do espaço aéreo será coordenado e monitorado para acomodar os requisitos legítimos conflitantes de todos os usuários, minimizando as restrições nas operações; Para operações com duração superior a 24 horas, as reservas de espaço aéreo serão esperadas e planejadas com alterações feitas dinamicamente sempre que possível. Como ocorre hoje, o sistema também acomodará requisitos não planejados; Os sistemas de rotas estruturadas serão aplicados somente onde for necessário para aumentar a capacidade ou evitar áreas onde o acesso foi limitado ou onde existem condições perigosas. Caso contrário, os princípios de gerenciamento do espaço aéreo permanecerão tão flexíveis quanto possível”.

Esta é uma área em que o trabalho sustentado da OACI é necessário e espera-se que a questão HALE seja discutida como um senso de propósito e direção na Assembleia Geral da OACI. Destaca-se, nesse contexto, a decisão da Conferência de Outubro de 2018, referida anteriormente, no qual os Estados com experiência relevante em operações no espaço aéreo superior compartilhem por meio da OACI, quando apropriado, sua experiência e conhecimento com outros Estados e prestem assistência a outros Estados sobre os aspectos regulatórios dessas operações. Também foi acordado que os Estados que esperavam se beneficiar de operações em no espaço aéreo superior concordam em considerar ensaios operacionais baseados em risco em seu espaço aéreo. Nesse sentido, a OACI deveria

---

medida de centenas de pés. O nível de voo 600, portanto, equivale a 60.000 pés, que representa mais de 18.000 metros. Sua designação em inglês é flight level e sigla FL, que passaremos a traduzir como NV (nível de voo).

apoiar as operações em andamento do espaço aéreo superior, fornecendo orientações e, se necessário, outras disposições sobre os aspectos regulatórios dessas operações, além de trabalhar com os Estados e a indústria para compartilhar informações sobre as necessidades atuais e previstas de operações com maior espaço aéreo, para identificar questões que afetam o sistema global de navegação aérea e abordar proativamente a harmonização dessas operações.

Foi solicitado à ICAO que considerasse estabelecer um grupo multidisciplinar de especialistas para considerar os critérios necessários, questões operacionais e responsabilidades do operador e provedor para operações no espaço aéreo superior; e desenvolver uma estrutura global baseada em desempenho para operações de espaço aéreo superior, considerando o trabalho atual e futuro em tecnologias emergentes, por exemplo, nas áreas de gerenciamento e compartilhamento de informações, planejamento estratégico, separação e padrões ambientais, consciência situacional e segurança; e garantir que a estrutura inclua voos em transição através do espaço aéreo controlado e para e através do espaço aéreo acima do NV 600, se necessário.

### **3. DIRETRIZES OACI. O MANUAL**

A OACI expressou a visão em seu Manual sobre Aeronaves Pilotadas Remotamente, que um RPAS é apenas um tipo de aeronave não tripulada<sup>9</sup> e que todas as aeronaves não tripuladas, pilotadas remotamente, totalmente autônomas ou suas combinações, estão sujeitas às disposições do Artigo 8º da Convenção de Chicago<sup>10</sup>. Aqui, vemos uma extensão do princípio na Convenção de Chicago que se aplica apenas a aeronaves capazes de voar “sem piloto” para “aeronaves pilotadas remotamente” no Doc 10019. O Manual continua definindo uma “aeronave pilotada remotamente” como “uma aeronave

---

9 Uma aeronave é definida como qualquer máquina que pode se sustentar na atmosfera a partir de reações com o ar diversa das reações com o ar em oposição à superfície terrestre. Uma aeronave que é destinada a ser operada sem piloto a bordo é classificada como não tripulada. Uma aeronave não tripulada que é pilotada por uma estação remota de pilotagem é uma RPA. Visite o Manual sobre Aeronave Remotamente Pilotada, Doc 10019 da OACI, no item 2.2.1.

10 O texto completo do artigo 8º dispõe que nenhuma aeronave, capaz de navegar sem piloto, poderá sobrevoar sem piloto o território de um Estado contratante sem autorização especial do citado Estado e de conformidade com os termos da mesma autorização. Cada Estado contratante se compromete a tomar as disposições necessárias para que o voo sem piloto de tal aeronave nas regiões acessíveis de aeronaves civis seja controlada de modo a evitar todo perigo para as aeronaves civis. Cada Estado contratante deve se comprometer a garantir que o voo de tal aeronave sem piloto em regiões abertas a aeronaves civis deverá se conduzir de forma a evitar riscos a outra aeronave civil. Visite o Doc 10019 acima mencionado no item 1.1.1. Estão incluídas nesta categoria as estações remotamente pilotadas (RPS), que são componentes do RPAS, que abrange o equipamento usado para pilotar o RPA. O RPS pode variar sendo desde o controle manual até uma estação multi-console. Pode se localizar de local interno ou externo e pode ser fixo ou móvel (instalado em um veículo, navio ou aeronave). Vide item 2.2.4.

não tripulada que é pilotada a partir de uma estação piloto remota”. Não há definição de “piloto” no Manual. A aplicação desses princípios no topo de um RPAS que é puramente operado por computadores sem envolvimento humano, poder-se-ia presumir que o artigo 8º da Convenção de Chicago seria aplicável a aeronaves movidas digitalmente.

A próxima questão a ser discutida seria que tipo de licenças são emitidas para equipamentos digitais que operam o RPAS. O artigo 32 da Convenção de Chicago sobre Licença de pessoal estabelece que o piloto de todas as aeronaves e os outros membros da tripulação de todas as aeronaves envolvidas em navegação internacional devem receber certificados de competência e licenças expedidas ou declaradas válidas validadas pelo Estado onde esteja registrada a aeronave.

O Manual contorna convenientemente esta questão dizendo que os pilotos remotos não estão sujeitos ao Artigo 32, que foi elaborado especificamente para as pessoas que realizam suas tarefas a bordo de aeronaves, citando o Apêndice 4 do Anexo 2 (da Convenção de Chicago), que contém um Padrão que exige pilotos remotos a serem licenciados de maneira consistente com o Anexo 1 -Licenciamento de Pessoal. Aqui, a ambiguidade surge no termo “pilotos remotos”, com a presunção de que ainda estamos nos referindo a pilotos “humanos”. Na era digital do futuro, esse ponto pode precisar ser esclarecido com especificidade jurídica. Outro ponto de asserção poderia ser, nos próximos anos, o artigo 33 da Convenção de Chicago, que estabelece que os certificados de aeronavegabilidade e de competência e as licenças emitidas ou tornadas válidas pelo Estado contratante em que a aeronave está registrada<sup>11</sup> serão reconhecidos como válidos pelos outros Estados contratantes, desde que os requisitos sob os quais esses certificados ou licenças tenham sido expedidos ou declarados válidos sejam iguais ou superiores aos padrões mínimos que podem ser estabelecidos periodicamente nos termos da Convenção. O item 1.3.11 do Manual afirma que o Artigo 33 é a base para o reconhecimento mútuo de certificados e licenças e que não se aplica às licenças de pilotos remotos, uma vez que as licenças de pilotos remotos, uma vez que as licenças não estão abrangidas pelo Artigo 32. Em seguida, afirma que a supervisão adequada das licenças de piloto remoto pode exigir que sejam expedidas ou declaradas válidas pela autoridade de licenciamento do Estado em que o RPS está localizado, em vez do Estado de registro da RPA.

Tudo isso pode ser bom e por enquanto quando estamos no incipiente estágio do controle digital do transporte aéreo em termos de pilotagem de aeronaves. É tempo, no entanto, que as questões para o futuro estejam sujeitas a estudo, para que a OACI e a

---

11 O Manual não se aplica a: aeronaves públicas, sem prejuízo à obrigação de “devida consideração” no artigo 3º, alínea *d*, da Convenção de Chicago; aeronaves autônomas não tripuladas e suas operações, incluindo balões livres não tripulados ou outro tipo de aeronave que não pode ser conduzida com base em tempo real durante o voo; operações em que mais de um RPA está sendo conduzido por uma RPS ao mesmo tempo; aeromodelismo, que vários Estados identificam para uso exclusivamente recreativo e para os quais os padrões globalmente harmonizados não são considerados necessários.

comunidade da aviação estejam preparadas para o que está por vir.

O anexo 6 da Convenção de Chicago (operação de aeronave) define diferentes tipos de operação para a aviação tripulada: operação de transporte aéreo comercial; e operação de aviação geral, que inclui aviação corporativa e trabalho aéreo. O Manual do RPAS continua dizendo que, para as operações do RPAS, a distinção não é considerada relevante, pois as distinções regulatórias serão baseadas na escala e na complexidade da operação, e não nos tipos tradicionais de operação ou classe de aeronave. Isso tem implicações nas responsabilidades dos operadores de RPAS. O Manual não prevê que o transporte de pessoas a bordo de uma RPA não seja considerado na estrutura regulatória inicial. No parágrafo 2.3.6, o Manual declara que a RPA projetado e construído para outros fins não recreativos pode ser regulado sob a jurisdição da autoridade de aviação civil, mesmo se usado para fins recreativos. Por outro lado, os modelos de aeronaves projetados e construídos para fins recreativos, se utilizados para outros fins que não sejam recreação, podem ser regulamentados sob a jurisdição da autoridade de aviação civil.

Um dos problemas que precisam ser considerados está no parágrafo 2.3.9 do Manual, que prevê que a RPA que se destina a ser operado em qualquer espaço aéreo deve atender aos requisitos desse espaço aéreo, por exemplo, certificações, aprovações e equipamentos. Independentemente dessas certificações, aprovações ou requisitos de equipamento, a RPA pode ser proibida de operar em determinadas áreas, como acima das áreas densamente povoadas, se assim for determinado pela autoridade de aviação civil. Quem receberia aviso de proibição? Haveria um ponto focal central que será designado pelos Estados em cada caso? De uma perspectiva internacional (à qual a OACI é limitada), isso seria abrangido pelo artigo 9º da Convenção de Chicago, que estabelece que cada Estado contratante pode, por razões de necessidade militar ou segurança pública, restringir ou proibir uniformemente as aeronaves de outros Estados de sobrevoar certas áreas do seu território, desde que não seja feita distinção a esse respeito entre as aeronaves do Estado em que o território está envolvido engajado serviços aéreos internacionais programados, e as aeronaves dos outros Estados contratantes da mesma forma engajados. Essas áreas proibidas devem ter extensão e localização razoáveis para não interferir desnecessariamente na navegação aérea. As descrições dessas áreas proibidas no território de um Estado contratante, bem como quaisquer alterações subsequentes, deverão ser comunicadas o mais breve possível aos outros Estados contratantes e à OACI.

O RPAS será operado de acordo com o artigo 8º da Convenção de Chicago, que exige autorização para que as aeronaves sem piloto voem sobre o espaço aéreo de um Estado. Sob esse guarda-chuva, o Manual do RPAS recomenda que, para facilitar a implementação prática e a execução do processo de autorização especial, os Estados possam concordar mutuamente em procedimentos mais simples por meio de acordos ou arranjos bilaterais ou multilaterais para a operação de RPA ou categorias específicas de RPA. Isso reduzirá a

carga de trabalho dos operadores de RPAS e das autoridades estatais. O mesmo objetivo pode ser alcançado através de medidas regulatórias em nível regional.

O Manual continua dizendo, no parágrafo 3.2.3, que a coordenação com a autoridade apropriada de serviços de tráfego aéreo (ATS) é obrigatória antes da operação da RPA em alto mar. Nesse contexto, a autoridade ATS apropriada é a autoridade designada pelo Estado responsável pela prestação desses serviços em alto mar. Normalmente, a autoridade ATS é o provedor de serviços de navegação aérea (ANSP) designado para esse volume de espaço aéreo. O Manual recomenda que o formulário de solicitação de autorização seja usado para a coordenação necessária com a autoridade ATS apropriada para a operação de um RPA em alto mar. A autoridade ATS apropriada pode exigir informações adicionais.

É necessária autorização prévia e coordenação, sempre que se possa razoavelmente esperar na fase de planejamento que a RPA entre no espaço aéreo de outro Estado. Por exemplo, situações em que as condições exigiriam que o piloto remoto voasse em rotas alternativas, evitando condições meteorológicas perigosas, áreas restritas ou em que o aeródromo alternativo em caso de emergência esteja situado em outro Estado. Por outro lado, uma emergência imprevista não exigiria planejamento prévio e autorização especial prévia, uma vez que não se poderia razoavelmente esperar.<sup>12</sup>

As disposições acima trazem uma questão fundamental: atualmente, existe uma demarcação clara entre o controle humano remoto de um RPAS e um centro de computação automatizado? É óbvio que o Manual se refere ao controle humano quando diz: *“os pilotos remotos devem poder desempenhar suas funções em um nível adequado de alerta. Para garantir isso, os operadores de RPAS cujas organizações incluem turnos de operação e esquemas de programação da tripulação devem estabelecer políticas e procedimentos para horários de voo e de serviço, horários de turnos da operação e períodos de descanso da tripulação com base em princípios científicos”*<sup>13</sup>.

Outras disposições do manual não deixam dúvidas de que a automação exclusiva por meio da digitalização está descartada. Por exemplo, o Manual afirma que os pilotos remotos que precisam se comunicar com os serviços de tráfego aéreo (ATS) devem demonstrar a capacidade de falar e entender o idioma usado nas comunicações do ATS no nível especificado nos requisitos de proficiência de idioma no Anexo 1 da Convenção de Chicago (Licenciamento de Pessoal) e possua comprovação de proficiência no idioma e a comprovação de proficiência no idioma em inglês ou no idioma usado para as comunicações envolvidas no voo pilotado remotamente deve ser endossada na licença de piloto remoto.

<sup>12</sup> Doc 10019, *supra* n. 215, item 3.2.5.

<sup>13</sup> *Id.* paragraph 6.9.10. O parágrafo indica que tais políticas e procedimentos devem ser documentados no manual de operações e podem incluir: treinamento e educação do pessoal e riscos relacionado à fadiga operacional e contramedidas; implementação de mitigações onde necessário e monitoramento de eficiência/eficácia; e contínua revisão de riscos relacionados à fadiga por processos de gerenciamento de segurança.

Essa prova de proficiência no idioma deve indicar o idioma, o nível de proficiência e a data de validade. O requerente de uma prova de proficiência linguística deve demonstrar pelo menos um nível operacional de proficiência linguística, tanto no uso de fraseologias quanto em linguagem simples. Para fazer isso, o solicitante deve demonstrar, de maneira aceitável pela autoridade de licenciamento, a capacidade de: comunicar-se efetivamente em situações apenas de voz e presencial; comunicar sobre tópicos comuns e relacionados ao trabalho com precisão e clareza; usar estratégias de comunicação apropriadas para trocar mensagens e reconhecer e resolver mal-entendidos em um contexto geral ou relacionado ao trabalho; e lidar com sucesso e com relativa facilidade os desafios linguísticos apresentados por uma complicação ou reviravolta inesperada de eventos que ocorrem no contexto de uma situação de trabalho de rotina ou tarefa de comunicação com a qual eles estão familiarizados; e use um dialeto ou sotaque inteligível para a comunidade aeronáutica. Exceto para pilotos remotos que demonstraram proficiência no idioma em nível de especialista, o endosso da proficiência no idioma deve ser reavaliado periodicamente, de acordo com o nível de proficiência linguística<sup>14</sup>.

#### **4. DRONES E ARTIGO 3º BIS DA CONVENÇÃO DE CHICAGO**

No contexto da IA em aeronáutica e da navegação aérea, uma questão importante da interceptação de aeronaves civis por drones automáticos não tripulados é um cenário plausível. O artigo 3 bis da Convenção de Chicago declara que o artigo 3 bis da Convenção de Chicago estabelece que os Estados contratantes reconhecem que todo Estado deve abster-se de recorrer ao uso de armas contra aeronaves civis em voo e que, em caso de interceptação, a vida das pessoas a bordo e a segurança das aeronaves não devem ser colocadas em perigo. Não se deve interpretar que a presente disposição modifica, de modo algum, os direitos e as obrigações dos Estados, em virtude da Carta das Nações Unidas. indiscutivelmente no contexto da discussão anterior.

Em segundo lugar, o artigo 3º bis declara que os Estados Contratantes reconhecem que todo Estado, no exercício de sua soberania, possui o direito de exigir o pouso, em um aeroporto designado, de uma aeronave civil, que sobrevoe o seu território sem autorização, ou a respeito da qual existam razões fundamentais para se inferir que a mesma está sendo utilizada para fins incompatíveis com os objetivos da Convenção; igualmente pode dar outras instruções para pôr fim a tais violações. Para tal efeito, os Estados Contratantes poderão recorrer a todos os meios apropriados compatíveis com os preceitos pertinentes ao direito internacional, inclusive as disposições atinentes da Convenção, especificamente o princípio discutido no parágrafo anterior. Cada Estado contratante concorda em publicar

---

14 *Id.* 8.4.6 to 8.4.10.

seus regulamentos em vigor relativos à interceptação de aeronaves civis.

Finalmente, o artigo 3º bis estabelece que todas as aeronaves civis devem cumprir uma ordem dada em conformidade com o parágrafo anterior, conforme discutido acima. Para esse fim, cada Estado contratante deve estabelecer todas as disposições necessárias em suas leis ou regulamentos nacionais para tornar essa conformidade obrigatória para qualquer aeronave civil matriculada nesse Estado, ou utilizada por um operador, que tenha seu principal local de negócios ou residência permanente naquele Estado. Cada Estado contratante é ainda obrigado a tomar as medidas apropriadas, para que toda violação de tais leis ou regulamentos aplicáveis seja punível com penalidades severas e deve submeter o caso às suas autoridades competentes de acordo com suas leis ou regulamentos.

Deve-se notar que o Artigo 3º bis apresenta três dimensões, conforme refletido nos três parágrafos acima. O primeiro refere-se ao uso de armas contra aeronaves civis em voo. No contexto digital, pode-se argumentar que a implantação dessa provisão envolve de maneira incontestável a atividade humana no processo decisório final. As decisões tomadas exclusivamente por um processo automatizado não seriam adequadas, como demonstra a discussão acima sobre drones no capítulo anterior. Um ponto importante, neste contexto, é que o Artigo 3º bis não é uma provisão técnica, nem é estritamente de natureza jurídica. Também envolve princípios morais e de dignidade humana que são aplicados através do respeito mútuo entre os seres humanos.

De maior significado no artigo 3º bis é a afirmação: "... em caso de interceptação, a vida das pessoas a bordo e a segurança das aeronaves não devem ser colocadas em risco". A questão é: um processo automatizado deve ter o poder de decidir como não pôr em risco a segurança daqueles a bordo de uma aeronave em voo? Do ponto de vista jurídico, deve-se pensar muito sobre a responsabilização (prestação de contas) e de responsabilidade e a necessidade de um regime jurídico e regulatório claro que identifique a responsabilização e a responsabilidade daqueles que aplicam a IA à grave tomada de decisões no transporte aéreo. Como acompanhamento da responsabilidade e prestação de contas, deve haver a sensibilidade da IA para um claro entendimento retrospectivo da maneira como a IA funcionaria quando algo desse errado com o aplicativo de IA usado. Até que essas várias questões se tornem mais claras, a IA deve ser usada como uma ferramenta matemática e científica que fornece inteligência estendida à humanidade.

A segunda dimensão do artigo 3º bis é instruções emitidas para a aeronave pousar em aeroportos especificados, caso a aeronave não tenha autoridade para sobrevoar um Estado ou um Estado suspeite que a intenção da aeronave (ênfase minha) em relação à segurança do Estado sobrevoado. O Artigo 3º bis estabelece, inter alia: "*os Estados contratantes podem recorrer a qualquer meio apropriado (grifo meu) compatível com as regras relevantes do direito internacional, incluindo as disposições relevantes desta Convenção, especificamente o princípio discutido no parágrafo anterior. Cada Estado*

*contratante concorda em publicar seus regulamentos em vigor sobre a interceptação de aeronaves civis*”. Como uma máquina saberia se uma aeronave acima é suspeita?

Poder-se-ia argumentar que, através do aprendizado da máquina - um processo de sistemas de aprendizado supervisionado em que a máquina recebe vários exemplos de respostas corretas e a máquina chega à solução mais desejada - poderia deduzir a natureza suspeita de um voo aéreo, mas sempre existe um perigo de excesso de perfil através de exemplos alimentados em uma máquina.

A terceira dimensão é a exigência para os Estados nos quais suas aeronaves estão registradas de possuírem leis e regulamentos abrangentes que levariam as aeronaves a cumprir uma exigência de outro Estado para aterrissar em um aeroporto designado. Surge a questão de como uma aeronave automatizada seria alimentada pelas leis de um Estado que permitiria que uma máquina cumprisse uma ordem de aterrissar em um aeroporto específico.

## **5. HUMANO V. DIGITAL**

Em um documento de trabalho enviado à 40ª Sessão da Assembleia da OACI em 2019, apresentado pelo Conselho Internacional de Coordenação das Associações das Indústrias Aeroespaciais (ICCAIA) e pela Organização de Serviços de Navegação Aérea Civil (Estados membros da CANSO ICAO, foram aconselhados: “[De] acordo com diferentes agências de pesquisa, existem quatro estágios denominados “ondas” de IA. A primeira onda de IA é um sistema baseado em regras que segue regras definidas por um ser humano. A segunda onda de IA inclui o sistema tornar-se inteligente usando métodos estatísticos. A terceira onda de IA é uma adaptação contextual. A quarta onda é totalmente autônoma. A quarta onda integrará todos os dados provenientes de diferentes sistemas e fornecerá aos sistemas a capacidade de detectar e responder ao meio ambiente de maneira eficaz, por exemplo, exames de veículos aéreos não tripulados (UAV) ou troca de dados entre operadores de controle de tráfego aéreo (ATC)”<sup>15</sup> O documento dizia que há uma forte necessidade de passar de requisitos regulatórios baseados atualmente somente em tradicional “garantia de desenvolvimento” para uma abordagem híbrida que mescla “garantia de desenvolvimento” e “garantia de aprendizado” combinada com uma capacidade aprimorada de monitoramento operacional. Portanto, Estados e indústrias devem ser incentivadas a desenvolver padrões de certificação e qualificação para a IA, levando em consideração os desafios de confiabilidade, explicabilidade e correção da IA.

A regulação e a certificação da IA em aeronáutica e navegação aérea foram altamente

---

15 Artificial Intelligence and Digitalization In Aviation, A40-WP/2681 EX/111 1/8/19, at p. 3.

recomendadas no documento: “além dos padrões de certificação e qualificação, também são necessárias atualizações de outros padrões, para permitir novas formas de trabalhar. Com a implementação da IA, a interação entre humano e máquina está evoluindo. Os sistemas agora são capazes de fazer recomendações e decisões precisas, mesmo em situações complexas, e de se adaptar às mudanças no ambiente. Esses recursos crescentes dos sistemas devem ser contabilizados nos SARPs da ICAO, para permitir o uso da IA em todo o seu potencial, para o benefício da segurança, capacidade e eficiência nas operações. Para esse fim, o Conselho da ICAO deve iniciar uma revisão dos SARPs existentes e iniciar atualizações e emendas dos SARPs para permitir o uso de novas tecnologias de IA, quando relevante”.<sup>16</sup>

## 6. CONCLUSÕES

Em vista da discussão anterior, a questão operativa seria se, em um cenário futuro nos próximos 30 anos, os drones seriam usados exclusivamente para desempenhar funções humanas na aviação civil internacional. A resposta seria negativa no futuro próximo. A aplicação da IA ao transporte aéreo deve se basear nos mais altos valores dos direitos humanos e não deve se intrometer nas aspirações contemporâneas das pessoas que vivem no século XXI. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, reconheceu e afirmou que todos os direitos humanos derivam da dignidade e valor inerentes à pessoa humana, e que a pessoa humana é o sujeito central dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e, conseqüentemente, deve ser principal beneficiário e deve participar ativamente na realização desses direitos e liberdades. A Conferência também reafirmou o compromisso solene de todos os Estados de cumprir suas obrigações de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, outros instrumentos relacionados aos direitos humanos e direito internacional, afirmando que a natureza universal desses direitos e liberdades estão fora de questão. Um futuro em que os drones nos trariam para um mundo de dignidade e sensibilidade humana, bem como o equilíbrio do julgamento humano ainda está para ser visto.

---

16 *Ibid.*