

INSTITUCIONALISMO JURÍDICO E
ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA
NO BRASIL

Fabiana Galera Severo

*LEGAL INSTITUTIONALISM AND MODERN
SLAVERY IN BRAZIL*

INSTITUCIONALISMO JURÍDICO E ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL

LEGAL INSTITUTIONALISM AND MODERN SLAVERY IN BRAZIL

Fabiana Galera Severo.

Mestranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Defensora Pública Federal em São Paulo.

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a necessidade de institucionalização do conceito de escravidão contemporânea à luz da evolução das teorias institucionalistas. Para tanto, será proposta a aplicação de uma teoria institucionalista de combate ao trabalho escravo com base nas escolas de Direito e Desenvolvimento, de Trubek e Tamanaha, e na evolução das teorias do institucionalismo econômico, com origem em Veblen e Commons, passando pela abordagem neoliberal do neoinstitucionalismo de Douglass North e, atualmente, encontrando respaldo na economia política institucionalista de Ha-Joon Chang, Peter Evans e Geoffrey Hodgson. Pretende-se apresentar a teoria do institucionalismo jurídico, analisando o papel do Estado na evolução do sistema jurídico bem como o papel constitutivo do direito na vida econômica e social, resgatando as primeiras teorias do institucionalismo jurídico de Hauriou e Santi Romano e apresentando a nova proposta de institucionalismo jurídico desenvolvida por Hodgson, Deakins e Katharina Pistor, com o objetivo de propor uma possível aplicação da teoria no enfrentamento da escravidão contemporânea.

Palavras-chave: Escravidão contemporânea. Direito e desenvolvimento. Institucionalismo jurídico. Instituições.

ABSTRACT:

This article aims to demonstrate the need for institutionalization of modern slavery concept under the evolution of institutionalist theories. Therefore, it will be proposed the application of an institutionalist theory to combat forced labor based on the school of Law and Development, by Trubek and Tamanaha, and the evolution of the theories of economic institutionalism, beginning with Veblen and Commons, moving to Douglass North's neoliberal approach of the neoinstitutionalism and currently finding support in institutional political economy, found in Ha-Joon Chang, Peter Evans and Geoffrey Hodgson. It is intended to present the theory of legal institutionalism, analyzing the state's role in the evolution of the legal system as well as the constitutive role of law in economic and social life, rescuing as first theories of legal institutionalism of Hauriou and Romano Santi and introducing a new Proposal legal institutionalism developed by Hodgson, Deakins and Katharina Pistor, with the objective of proposing a possible application of the theory in facing modern slavery.

Keywords: Modern slavery. Law and Development. Legal institutionalism. Institutions.

Data de submissão: 20/03/2016

Data de aceitação: 21/06/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 AS INSTITUIÇÕES NA ESCOLA DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO. 2 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS INSTITUCIONALISTAS. 3 O INSTITUCIONALISMO JURÍDICO. 4 A NECESSIDADE DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONCEITO DE ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA. CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

A definição legal de escravidão contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro está prevista no artigo 149 do Código Penal, abordando práticas de sujeição a condições degradantes de trabalho, jornada exaustiva e outras formas de restrição de liberdade, como trabalho forçado, servidão por dívida, retenção de documentos, vigilância ostensiva e restrição de transporte.

No entanto, não obstante a existência de definição legal das condutas que especificamente caracterizam a exploração de trabalho escravo no Brasil, o conceito de escravidão contemporânea ainda não está arraigado na nossa sociedade, ou seja, ainda não foi devidamente institucionalizado – o que seguramente dificulta a sua repressão e prevenção.

Assim, a análise de como o direito pode ser instrumentalizado para prevenir o trabalho escravo também passa pela teoria institucionalista. Aqui, será necessário contextualizar a evolução do pensamento institucionalista, e suas diferentes vertentes, para esclarecer qual abordagem institucionalista é mais adequada à internalização do conceito de escravidão contemporânea, como primeiro passo para a adoção de medidas efetivas de sua repressão e prevenção.

Para tanto, serão analisadas as teorias institucionalistas, desde o velho institucionalismo, passando pela nova economia institucional, até a economia política institucionalista e a proposta de institucionalismo jurídico, com o intuito de investigar como essas teorias poderiam ser aplicadas para alcançar o desenvolvimento social e a efetivação de direitos humanos no que diz respeito à erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

1. AS INSTITUIÇÕES NA ESCOLA DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Não há consenso na doutrina no que diz respeito à relação entre Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*), sendo que os estudiosos sobre o assunto se dividem entre otimistas, críticos e céticos. Para os otimistas e críticos, como Trubek,¹ o arcabouço jurídico pode ser instrumentalizado para alcançar o desenvolvimento. Para os céticos,

¹ TRUBEK, D. M. **Law and development** 50 years on, 2012.

como Brian Tamanaha,² não é possível prever os efeitos que uma norma jurídica produz, já que o direito não garante transformação social.

A Escola do Direito e Desenvolvimento implementa esforços para transformar sistemas jurídicos em países em desenvolvimento e criar o desenvolvimento econômico, político e social. Na linha do tempo da Escola de Direito e Desenvolvimento apresentada por Trubek,³ no século XX, o direito doméstico era visto como ferramenta para facilitar o crescimento econômico, como instrumento de poder de Estados desenvolvimentistas, já que poderia ampliar a capacidade estatal, oferecer incentivos para quem promovesse o crescimento e desincentivos para resistência e valores tradicionais, assim como também poderia ser uma barreira ao desenvolvimento, caso adotasse regras erradas que reduzissem investimentos e aumentassem custos da inovação. No fim do século XX, o direito era visto como um suporte ao mercado e aos limites da intervenção estatal. No século XXI, por sua vez, o direito passa a ser tido como moldura para coordenação da relação público-privada e um elemento de desenvolvimento em si mesmo para garantia de direitos fundamentais – já que o empoderamento das pessoas constitui desenvolvimento. A proteção de direitos humanos, incluindo direitos econômicos e sociais, é parte da agenda desenvolvimentista, ao lado do direito econômico e de reformas jurídicas.

Na evolução da Escola de Direito e Desenvolvimento, Mariana Mota Prado⁴ discorre sobre duas correntes teóricas, a do **direito no desenvolvimento** (*law in development*) e a do **direito como desenvolvimento** (*law as development*).

De acordo com a primeira corrente, do **direito no desenvolvimento**, o direito tem papel instrumental para atingir o desenvolvimento, eis que cria estrutura de controle macroeconômico, sendo que a lei transforma políticas públicas em ações, desafiando o comportamento econômico de acordo com o projeto nacional. Estão alinhadas a essa teoria a escola do direito do estado desenvolvimentista, assim como as teorias neoliberais de desenvolvimento, que assumem, ambas, que o direito pode ter papel instrumental no desenvolvimento, especialmente no crescimento econômico.

Já a segunda corrente, do **direito como desenvolvimento**, pressupõe que o ordenamento jurídico é um fim em si mesmo. Essa teoria está conectada à concepção de desenvolvimen-

² TAMANAHA, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, 2010.

³ TRUBEK, D. M. **Law and development** 50 years on, 2012.

⁴ PRADO, M. M. **What is Law and Development**, 2010.

to como liberdade, preconizada por Amartya Sen,⁵ segundo a qual a riqueza não é um fim em si mesmo, mas um meio para realizar mais escolhas e ter mais liberdade instrumental, que permite que as pessoas levem a vida que querem levar.

A metodologia das teorias de Direito e Desenvolvimento vê no direito um potencial para mudar comportamentos individuais. Numa concepção mais cética, direito e instituições formais não são capazes de mudar a cultura, sendo que a mudança cultural seria pressuposta para a promoção de reformas jurídicas.

Na evolução das teorias de Direito e Desenvolvimento, segundo Trebilcock,⁶ podem ser identificadas duas ondas. A primeira onda surgiu na década de 1960, com a difusão do direito ocidental para o terceiro mundo. A segunda onda foi marcada, na década de 1990, pela escola da nova economia institucional, por meio da qual foi retomada a teoria institucionalista, assumindo que as pessoas respondem a incentivos criados por instituições, tendo sido apresentada uma perspectiva institucional do desenvolvimento.

Na visão crítica do direito enquanto promotor do desenvolvimento, a ideia de que o legalismo liberal americano poderia ser transplantado com sucesso para países em desenvolvimento é equivocada, porque etnocêntrica e ingênua.⁷ Nesse sentido, reformas institucionais não teriam influência sobre condições sociais ou econômicas do terceiro mundo. O sistema jurídico formal, assim como o legalismo liberal, não é acessível à maioria da população. São escolas díspares, porém alinhadas a esse pensamento o pluralismo jurídico, o materialismo histórico, a teoria da dependência, estudos jurídicos críticos e o determinismo cultural. Em suma, há um ceticismo: 1) quanto à capacidade de reformas jurídicas apropriadas; 2) quanto ao sistema jurídico ser traço da sociedade manipulável verdadeira e independentemente; 3) quanto à relação entre reformas jurídicas e desenvolvimento. O debate atual que se trava deve ser no sentido de quais os tipos adequados de reformas.

Nesse sentido, é mais apropriado adaptar arranjos jurídicos de outros países em desenvolvimento do que instituições de países desenvolvidos. Ou seja, é preciso parcimônia ao importar modelos institucionais.

⁵ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, 2.000, p. 332.

⁶ TREBILCOCK, M. J.; DAVIS, K. **The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics**, 2008, p. 8.

⁷ TREBILCOCK, M. J.; DAVIS, K. **The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics**, 2008, p. 26.

Para os céticos, entre os quais se destaca Tamanaha,⁸ a Escola de Direito e Desenvolvimento é um fracasso há décadas. Segundo o autor, apenas a cultura importa⁹ – mitigando-se a ideia da importância das instituições –, sendo que, para operar eficientemente, sistemas jurídicos demandam respeito e apoio da população. Direito e Desenvolvimento, para Tamanaha,¹⁰ são projetos de intervenções de fora num determinado sistema jurídico, nos quais o Estado de Direito é dominado por agendas e visões ideológicas (incluindo modernização) de seus promotores, mais do que uma busca por caminhos para servir às necessidades da população.¹¹

De todo modo, a doutrina tem consagrado a importância das instituições para o desenvolvimento. Segundo David Kennedy¹² a história da vida política e econômica é também a história das instituições jurídicas. O direito constitui os atores, os posiciona em estruturas e estabelece os termos de interação, tendo, assim, o papel de reordenar a vida econômica e política, visando à melhor distribuição de poder nos sistemas socioeconômicos periféricos e centrais. O desafio econômico, para o autor, é entender e fazer escolhas políticas, institucionais e sociais para estabelecer a economia global integrada ao invés de uma ou outra trajetória de crescimento.¹³ Para Polanyi,¹⁴ a ação econômica é uma forma de ação social, socialmente situada e enraizada, sendo que as instituições econômicas são construções sociais, produtos humanos historicamente construídos. Como o mercado está sempre enraizado em concepções políticas, culturais e sociais, então sempre há papel para o direito, porque é ele que estrutura a sociedade.

2. A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS INSTITUCIONALISTAS

As teorias institucionalistas podem ser identificadas, basicamente, em três correntes: o institucionalismo original, a nova economia institucional e a economia política institucionalista.

⁸ TAMANAHA, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, 2010.

⁹ A expressão cunhada em língua inglesa para traduzir esse debate é *culture matters*, o que significa dizer que o que importa é a cultura, em contraposição à lógica de que o que importam são as instituições (*institutions matter*).

¹⁰ TAMANAHA, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, 2010

¹¹ TAMANAHA, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, 2010, p. 244.

¹² KENNEDY, D. **Law and Political Economy of the world**, 2013.

¹³ KENNEDY, D. **Law and Political Economy of the world**, 2013, p. 34.

¹⁴ POLANYI, K. **The Economy as Instituted Process**, 2001.

O **institucionalismo original**, também denominado velho institucionalismo, era uma reação à economia neoclássica, que rejeitava premissas anti-intervencionistas e o individualismo metodológico. São precursores desse pensamento Veblen, Commons, Galbraith e Mitchel. O velho institucionalismo, segundo Hodgson,¹⁵ rejeita preferências genéricas baseadas em modelos individuais; os indivíduos interagem para formar instituições, enquanto propósitos e preferências individuais são moldadas por condições socioeconômicas. O indivíduo é um produtor e um produto das suas circunstâncias. Os velhos institucionalistas viam no hábito a base da ação e crença humana, “uma propensão não deliberada de adotar um padrão previsível de comportamento”.¹⁶ Essa concepção destoa daquela dos economistas clássicos, que não viam no hábito uma escolha racional.

Nos anos de 1960 surge a **corrente neoinstitucionalista**, ou da nova economia institucional, consagrada por Coase, Williamson, Posner, Schotter e Douglass North. A segunda corrente nasce como uma reação ao velho institucionalismo e com maior rigor metodológico individual, procurando agregar à economia neoclássica, além de conceitos de escassez, eficiência e competição, também a premissa de que as instituições e a historicidade importam (o que era ignorado pela teoria neoclássica). As instituições, que surgem para reduzir custos de transação, no entanto, têm apenas a função de limitar comportamentos (*constraining*). Segundo Douglass North,¹⁷ instituições são as regras do jogo da sociedade, são invólucros que estruturam a integração humana. Existem para estabelecer ordem, **reduzir custos de transação** e diminuir incertezas. Na nova economia institucional, ou neoinstitucionalismo, as instituições têm papel meramente instrumental, intimamente ligado à ideia de eficiência, sem qualquer influência política. Elas emergem pela referência com um modelo de comportamento individual racional.¹⁸ Assume-se, de acordo com essa corrente, a possibilidade de um estágio inicial de natureza livre de instituições.

A terceira corrente, denominada **economia política institucionalista**, que se assenta na doutrina da Ha-Joon Chang, Peter Evans e Geoffrey Hodgson, por sua vez, critica a nova economia institucional, por assumir que não se criam instituições fora de uma base institucional já existente. De acordo com essa corrente, instituições não têm apenas a função de **limitar comportamentos** (*constraining*), mas também **mudam e viabilizam comportamentos** (função *enabling*). O indivíduo, que é moldado pela estrutura institucional já existente, também muda as instituições, por meio da agência. Instituições são tanto ideias

¹⁵ HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, 1998, pp. 166-192.

¹⁶ HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, 1998, p. 178.

¹⁷ NORTH, D. C. **Institutions**, 1991, p. 97.

¹⁸ HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, 1998, p. 181.

subjetivas dos agentes (agência) quanto estruturas objetivas vistas pelos agentes (estrutura). Agência e estrutura estão conectadas num círculo de mútua interdependência.¹⁹ Segundo Chang e Evans,²⁰ instituições são padrões de expectativas compartilhadas. Na economia política institucional, as instituições passam a ter papel central, já que não apenas restringem como também viabilizam comportamentos. Nessa visão, fatores políticos não podem ser isolados da vida econômica. O indivíduo não é tomado como dado (como homem econômico maximizador de riquezas e hedonista), sendo histórica e institucionalmente situado. A economia política institucionalista refuta o individualismo metodológico.

Segundo a definição de Geoffrey Hodgson,²¹ **instituições são sistemas de regras sociais** (explícitas e implícitas), arraigadas e prevalentes, **que estruturam as interações sociais**. Limitam (função *constraining*) e ativam (função *enabling*) comportamentos. A simples codificação, a legislação, para o autor, é insuficiente para fazer com que a regra afete o comportamento social. Os indivíduos não se submetem às regras apenas porque estão na lei.²² Regras funcionam porque enraizadas em hábitos compartilhados de pensamentos e comportamentos.

3. O INSTITUCIONALISMO JURÍDICO

Na análise da evolução das teorias institucionalistas, muito tem se falado a respeito do institucionalismo jurídico.

Segundo Massimo La Torre,²³ o institucionalismo jurídico se opõe ao formalismo e ao positivismo jurídico, tendo sido preconizado por Santi Romano e Maurice Hauriou (institucionalismo jurídico clássico) e posteriormente por Ota Weinberger e Neil MacCormick (neoinstitucionalistas). Para os institucionalistas, o direito é conectado com a sociedade, sendo concebido como ordenamento, organização, plural, sem que exista apenas um sis-

¹⁹ HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, 1998, p. 181.

²⁰ CHANG, H.; EVANS, P. **The Role of Institutions in Economic Change**, 2005.

²¹ HODGSON, G. **What Are Institutions?**, 2006, p. 2.

²² HODGSON, G. **What Are Institutions?**, 2006, p. 12.

²³ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de uma voz de enciclopédia)**, 2006, pp. 103-112.

tema de normas coerente e fechado em si mesmo, mas vários sistemas jurídicos reciprocamente integrados entre si.

A teoria do direito como instituição e do pluralismo jurídico têm origem na doutrina francesa do institucionalismo, concebida por Hauriou, em contraposição à teoria normativa e à teoria monista. O objetivo de Hauriou era mostrar que um sistema jurídico não nasce da vontade, mas, sim, de um fato social,²⁴ não sendo possível compreender instituição sem enfrentar o fenômeno pré-jurídico, social ou político, do poder. Segundo Hauriou, normas são instituições-coisas: “é uma ideia de obra ou de empresa, que se realiza e permanece juridicamente em um ambiente social”.²⁵

Na mesma linha do institucionalismo jurídico original, Santi Romano defendia a historicidade e o pluralismo, por ser mais próximo à realidade social. Para ele, o pluralismo pode ser revolucionário, com progressiva libertação dos indivíduos, mas também, na crise do Estado, pode ser reacionário, implicando anarquia, desagregação e fragmentação do Estado. A ação da multiplicidade de grupos em um sistema social oferece um modelo mais adequado para a compreensão da realidade social do que o modelo oitocentista, baseado em dois polos opostos, indivíduo e Estado.²⁶ É de acordo com essa reflexão que se propõe, ao longo deste estudo, maior aproximação da sociedade civil nas decisões políticas para a efetivação de direitos humanos. Defensor da perspectiva normativista, Santi Romano, escrevendo em 1917, com *l'ordinamento giuridico*, equiparava o ordenamento jurídico a uma instituição, rompendo assim com um dos dogmas do positivismo, que é a de que todas as fontes do direito são provenientes do Estado, e defendia a pluralidade de ordenamentos jurídicos, bem como sua abertura para a sociedade.²⁷ Para Romano, instituição é “qualquer ente ou corpo social que tenha uma ordem estável e permanente e forme um corpo em si, com vida própria”.²⁸ Assim, a instituição é similar à ideia de comunidade, em contraposição ao indivíduo, o que revela a sua concepção normativa anti-individualista.

Em suma: Para Hauriou, a instituição precede o direito. Para Romano, direito e

²⁴ BOBBIO, N. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito, 2007, p. 168.

²⁵ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)**, 2006, p. 111.

²⁶ BOBBIO, N. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito, 2007, pp. 171-178.

²⁷ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)**, 2006.

²⁸ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)**, 2006, p. 110.

instituição se confundem.²⁹

Posteriormente, sobreveio o institucionalismo alemão dos anos 30, com Carl Schmitt, marcado pelo autoritarismo e pelo decisionismo, com características anti-iluministas, irracionaisistas e antiliberais.³⁰

No neoinstitucionalismo jurídico, por sua vez, constata-se a revalorização da noção de norma e de instituição a respeito de uma perspectiva meramente comportamentista centrada em torno do mito do *homo aeconomicus*.³¹ Trata-se de uma perspectiva muito próxima do neoinstitucionalismo econômico.

Atualmente, outra vertente do institucionalismo jurídico (*legal institutionalism*) pretende aproximar a análise econômica do capitalismo, a partir dos estudos de Simon Deakin, Geoffrey Hodgson, Katharina Pistor, entre outros.³² De acordo com essa concepção, o direito envolve intervenção estatal e organização privada, inseridas nas regras e estruturas da sociedade capitalista moderna. Consequentemente, o direito não é simplesmente uma expressão de relações de poder, mas é também uma parte constitutiva da estrutura de poder institucionalizado, e o principal meio pelo qual o poder é exercido.³³ No entanto, enfatizar o Estado não significa que o costume não seja importante.³⁴ Para ser enforceable o direito precisa ser percebido como razoável, apropriado e justo. Segundo Deakin:³⁵ “Costume é importante para sustentar o direito, mas o direito é muito mais do que uma expressão epifenomenal do costume”.³⁶ Para o institucionalismo jurídico, existe uma diferença qualitativa entre costume e direito. A evolução do direito envolve resolução de conflitos, instituições de *law enforcement* e transcendência a meros arranjos costumeiros.³⁷

Para esse institucionalismo jurídico, a compreensão de regras jurídicas é essencial para econo-

²⁹ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopédía)**, 2006.

³⁰ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopédía)**, 2006.

³¹ LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopédía)**, 2006, pp. 111-112.

³² DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015.

³³ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 2.

³⁴ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015.

³⁵ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 3.

³⁶ Tradução livre do trecho: “*Custom is important to sustain law, but law is much more than an epiphenomenal expression of custom.*”

³⁷ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 4.

mistas e outros cientistas sociais, já que, enquanto sistema codificado perante uma economia complexa e em transformação, o direito é necessariamente incompleto e, às vezes, contraditório.

O institucionalismo dá importância às regras sociais. Mas, para o institucionalismo jurídico, muitas das mais importantes regras sociais são jurídicas, e estão garantidas pela autoridade e pelo poder do Estado. É impossível desregular uma economia ou um mercado. As regras estão em todo o lugar e são essenciais à vida social e econômica. Diferentemente de uma desregulação universal, o institucionalismo jurídico se volta à difícil tarefa de questionar que tipos de regras são apropriadas para cada circunstância em particular. E o sucesso de soluções jurídicas depende da legitimidade da norma.³⁸

Em suma, esse novo institucionalismo jurídico retoma o institucionalismo original na medida em que reconhece a especificidade histórica da propriedade, contrato, troca e empresa, bem como pela ênfase ao papel do direito, que Commons via como uma combinação histórica entre a lei e o costume. A contribuição de Veblen para essa corrente está no caráter evolutivo das instituições. Os neoinstitucionalistas econômicos deram maior contribuição ao desenvolvimento da interface entre o direito e a economia, mas às vezes tratavam o direito como questão de costume ou ordem privada. North, por sua vez, deu importância ao papel do direito e aos aspectos jurídicos dos negócios para o desenvolvimento e crescimento econômico. Enfim, o institucionalismo jurídico traz todas essas tradições, mas dá particular ênfase ao papel do Estado no sistema jurídico e ao papel constitutivo do direito na vida econômica e social.³⁹

4. A NECESSIDADE DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONCEITO DE ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Com base nessa lógica da concepção cética da Escola de Direito e Desenvolvimento, segundo a qual apenas a cultura importa, o direito não poderia promover a erradicação do trabalho escravo, porque seria necessária, primeiramente, a mudança cultural, para que

³⁸ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism**: Capitalism and the Constitutive Role of Law, 2015, pp. 18–19.

³⁹ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism**: Capitalism and the Constitutive Role of Law, 2015, pp. 21–22.

as pessoas, em que pese sua condição de vulnerabilidade social, não se submetessem à exploração do trabalho em condições de escravidão; ou, ainda, para que o poder econômico encontrasse nesse tipo de violação de direitos humanos o seu limite de exploração, simplesmente por uma razão ética, independentemente do lucro auferido com a precarização do trabalho. De todo modo, a perspectiva cética do Direito e Desenvolvimento não visualiza no direito uma solução para o enfrentamento ao trabalho escravo contemporâneo.

Com efeito, há fatores socioculturais históricos que obstam a mudança institucional necessária à erradicação do trabalho escravo, os quais são identificados tanto do ponto de vista do trabalhador, que não se enxerga como vítima da exploração (já que a escravidão contemporânea envolve, na maior parte dos casos, o consentimento da vítima), quanto, na outra ponta, estruturas de poder conservadoras e interesses econômicos que dificultam a mudança institucional, porque resistem a eliminar privilégios. Nesse jaez, constituem impedimentos político-econômicos à mudança institucional para erradicação do trabalho escravo a bancada ruralista do Congresso Nacional – que vem trabalhando com afinco para emplacar a redução do conceito de escravidão contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro, em especial para retirar da definição legal as hipóteses de jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho – e grupos econômicos que terceirizam sua atividade-fim em determinados ramos da economia, sem qualquer comprometimento com a transparência nas suas respectivas cadeias produtivas, como é o caso da confecção, da construção civil, das carvoarias, da extração de madeira e outras atividades em que se identifica a exploração de trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

No entanto, apesar desses obstáculos à implementação da mudança institucional e à consequente promoção de direitos, Mariana Mota Prado ressalta que, em que pese a importância da cultura na reforma institucional, não existe um determinismo cultural.⁴⁰

Na sua perspectiva funcional, o direito também é tido como condição para a implementação de transformações sociais. Para essa investigação, é imprescindível a análise do papel das instituições e as possibilidades de mudança institucional. Segundo Polanyi,⁴¹ não é possível pensar economia sem pensar instituições. Da mesma forma, não é possível pensar em desenvolvimento social, efetivação de direitos humanos e erradicação do trabalho escravo sem pensar instituições.

⁴⁰ PRADO, M. M. **What is Law and Development**, 2010.

⁴¹ POLANYI, K. **The Economy as Instituted Process**, 2001, p.p. 31-50.

Em sua nova concepção de institucionalismo jurídico, Hodgson⁴² defende o papel constitutivo do direito e do Estado no capitalismo. Para ele, o Estado é necessário não apenas para corrigir falhas de mercado, mas para manter o próprio capitalismo. Para o capitalismo prosperar, o Estado deve sustentar e operar com uma moldura jurídica efetiva, sendo o direito um mecanismo central do poder social. Segundo o autor, o direito é uma das instituições fundamentais do capitalismo, e o Estado é condição de existência do Direito, para assegurar a aplicação da lei (*enforcement*).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para a efetivação de medidas de prevenção e repressão ao trabalho escravo contemporâneo. Para alcançar esse grau de desenvolvimento social, substanciado na erradicação da prática, o direito pode ser fundamental para estabelecer uma moldura efetiva de prevenção a esse tipo de exploração, por meio da evolução institucional.

Se as instituições, além de restringir comportamentos, são também constitutivas da realidade social, ou seja, se possuem tanto a função de restringir (*constraining*) quanto de viabilizar comportamentos (*enabling*), elas podem ser utilizadas para determinada função, no caso, visando à efetivação de direitos humanos por meio da erradicação do trabalho escravo.

Diferentemente de Marx, Willimanson e Hayek, para quem o direito é secundário, o institucionalismo jurídico reconhece que o direito tem papel central na organização da vida econômica e social, sendo que diferentes ordenamentos jurídicos podem estabelecer o estágio para diferentes modos de ordem social e econômica das quais são *path dependent*.⁴³ Mas o direito enquanto concepção puramente espontânea tem seus limites, porque imbuído de complexidade e incertezas.⁴⁴

A mesma incerteza é identificada na atual complexidade do conceito de escravidão contemporânea, dada a ausência de sua institucionalização.

Segundo Joel Quirk,⁴⁵ num ambiente institucional em que a escravidão foi formalmente proibida, a questão que se coloca é quais práticas e instituições são suficientemente similares à escravidão jurídica que devem ser legitimamente classificadas como tal. Esse é um exercício complexo e subjetivo, aberto a interpretações e manipulações políticas. Às vezes, uma prática é considerada escravidão apenas porque envolve uma exploração ou abuso

⁴² HODGSON, G. **Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future**, 2014.

⁴³ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 7.

⁴⁴ DEAKIN, S. *et al.* **Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law**, 2015, p. 17.

⁴⁵ QUIRK, J. **The anti-slavery Project: linking the historical and contemporary**, 2006, p. 566.

hediondo, de modo que é difícil saber se o termo está sendo usado literalmente ou retoricamente. A prática pode ser considerada escravidão quando cruza um determinado limiar e se torna suficientemente horrenda. Esse modelo é o coração da escravidão contemporânea, mas não é sempre claro onde esse limiar se aplica. As convenções internacionais de 1926 e 1956 ajudam, mas não são suficientes para envolver todos os tipos de escravidão contemporânea. Na última metade de século, os parâmetros se enriqueceram a um ponto onde não é mais claro se alguma forma grave de exploração pode não ser considerada escravidão.⁴⁶ Quando a escravidão era juridicamente permitida, era mais fácil distinguir o que era escravidão literal e escravidão retórica.⁴⁷

Um dos problemas conceituais no combate à escravidão, segundo Joel Quirk,⁴⁸ é justamente especificar quem são escravos e como diferem de não escravos, o que é difícil diante da ilicitude da escravidão contemporânea, mas não é impossível. Há opiniões conflitantes sobre quais problemas podem ser legitimamente considerados escravidão. Perguntas sobre se determinada prática realmente constitui escravidão são prontamente associadas a quem está acostumado a pensar a escravidão como uma relíquia histórica, esclarece o autor.

Segundo Chang e Evans,⁴⁹ a existência de qualquer instituição depende da aceitação de que as pessoas acreditam nos valores que estão por trás das instituições em causa e que elas agem de acordo com esses valores, sem constante fiscalização e sanção. Nesse sentido, para combater a exploração do trabalho escravo contemporâneo, antes de mais nada, é preciso que o seu conceito esteja devidamente institucionalizado, especialmente em se tratando das modalidades de escravidão contemporânea que violam a dignidade humana, como a exploração do trabalho em condições degradantes e jornadas exaustivas.

Seguramente, a mera declaração de direitos não é suficiente para a efetivação de direitos humanos. No entanto, isso não significa que a erradicação do trabalho escravo, assim como a efetivação de outros direitos humanos, prescindia da necessária declaração de direitos. Isso porque o direito pode servir como instrumento à satisfação dos mais contraditórios interesses, podendo ora proteger direitos humanos, ora coonestar a sua violação. Afinal, como reconhece Berman ao analisar a tradição jurídica ocidental, o direito, tido como uma forma de resolver conflitos econômicos e políticos, por outro lado, também pode exacerbá-los.⁵⁰

⁴⁶ QUIRK, J. **The anti-slavery Project: linking the historical and contemporary**, 2006, p. 578.

⁴⁷ QUIRK, J. **The anti-slavery Project: linking the historical and contemporary**, 2006, p. 596.

⁴⁸ QUIRK, J. **The anti-slavery Project: linking the historical and contemporary**, 2006, p. 598.

⁴⁹ CHANG, H.; EVANS, P. **The Role of Institutions in Economic Change**, 2005.

⁵⁰ BERMAN, H. J. **Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**, 2006, p. 21.

Não raro, o direito é usado como instrumento para satisfazer interesses que, em última análise, acarretam violações a direitos humanos. Sendo assim, é necessário consolidar um discurso jurídico, declarando as práticas que caracterizam exploração do trabalho escravo, com definição clara do que, exatamente, configura e do que não configura a violação.

De acordo com o institucionalismo jurídico preconizado por Hodgson,⁵¹ o desenvolvimento capitalista requer fortalecimento de alguns direitos de propriedade e redução de direitos de ricos e poderosos, como resultado do alargamento de direitos de grupos antes privados desses direitos. O desenvolvimento do capitalismo exige certos tipos de direito de propriedade e também sua extensão para a maior parte da população. Capitalismo não se trata apenas de assegurar propriedade, mas ter direitos e instituições jurídicas para sustentar inovação econômica e crescimento. Nesse sentido, a abolição da escravidão colonial já representou a remoção da possibilidade de direito de propriedade sobre pessoas, apesar de diminuir riqueza dos donos de escravos. Num contexto atual, medidas como supressão do direito de terceirizar atividade-fim, em prol dos direitos dos trabalhadores, também pode ser uma mudança institucional voltada à erradicação do trabalho escravo e ao desenvolvimento social.

De outro giro, não têm sido poucas as investidas da bancada ruralista do Congresso Nacional e do poder econômico de grandes empresas que terceirizam sua atividade-fim no sentido de buscar a alteração legal do que caracteriza, hoje, exploração do trabalho em condições análogas à de escravo, já tendo sido apresentadas propostas de retirada,⁵² do texto legal, da submissão de trabalhador a condições degradantes e jornada exaustiva, de modo que esse tipo de violação de direitos humanos fique caracterizado apenas nas hipóteses de restrição de liberdade.

⁵¹ HODGSON, G. **Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future**, 2014.

⁵² O Projeto de Lei do Senado nº 432/2013, retomado em 2015, tem por escopo a redução do conceito de escravidão no Brasil. O referido PLS pretende regulamentar o artigo 243 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 80/2014 (fruto da PEC do Trabalho Escravo), que dispõe sobre a expropriação de propriedades urbanas e rurais onde se localizem a exploração de trabalho escravo, excluindo das hipóteses de configuração de escravidão contemporânea a jornada exaustiva e as condições degradantes de trabalho, atualmente previstas no artigo 149 do CP.

CONCLUSÕES

O primeiro passo para a implementação de propostas efetivas de combate ao trabalho escravo é o reconhecimento jurídico do que, exatamente, configura esse tipo de violação de direitos humanos.

A institucionalização do conceito de trabalho escravo tem, pois, o condão de viabilizar a efetividade da repressão, assim como de prevenir determinados arranjos institucionais de exploração do trabalho – como é o caso da atual fragmentação da cadeia produtiva por meio de terceirizações sucessivas da atividade-fim – que, em determinados ramos da economia, se coadunam com a escravidão.

Um dos grandes entraves à erradicação da escravidão contemporânea no Brasil está precisamente no fato de que ainda há muitas dúvidas, do ponto de vista histórico, filosófico e sociológico, quanto ao que configura a exploração do trabalho escravo contemporâneo, sendo de absoluta premência a normatização e consolidação de um discurso jurídico (doutrinário e jurisprudencial) mais sólido a respeito.

E, como sói acontecer com temas afetos aos direitos humanos, há um discurso uníssono na defesa da erradicação do trabalho escravo, ainda que proferido por interesses políticos divergentes. Essas vozes apenas começam a destoar quando da utilização dos mecanismos de repressão, revelando assim os verdadeiros interesses que sustentam cada discurso – uns mais ampliativos, outros tão restritivos que chegam a esvaziar qualquer possibilidade de existência de trabalho escravo contemporâneo, na prática. Segundo Quirk,⁵³ uma das dificuldades no combate ao trabalho escravo está justamente na tentativa de deslegitimação do problema, por meio do reforço de posições tradicionais por parte de determinados interesses. O impasse na efetivação dos mecanismos de combate ao trabalho escravo decorre, pois, inicialmente, da ausência de normatização e consolidação de um discurso jurídico mais claro quanto ao conteúdo dessa violação de direitos humanos.

Cumpre, portanto, definir o que caracteriza a escravidão contemporânea, com maior clareza e precisão. Para Hodgson,⁵⁴ precisão terminológica e definições adequadamente claras são vitais para todas as ciências. Nesse sentido, para combater o trabalho escravo

⁵³ QUIRK, J. **The anti-slavery Project**: linking the historical and contemporary, 2006.

⁵⁴ HODGSON, G. **Conceptualizing Capitalism**: Institutions, Evolution, Future, 2014.

é preciso, antes de mais nada, ter uma definição clara e introjetada do que caracteriza o trabalho escravo. A institucionalização da definição de trabalho escravo pode ser reforçada pelo direito, inclusive com maior clareza quanto ao bem jurídico tutelado, a dignidade.

Sem uma definição mais clara das práticas que caracterizam o trabalho escravo, mecanismos como a Emenda Constitucional nº 81, promulgada em 05 de junho de 2014, que confere nova redação ao artigo 243 da Constituição Federal, prevendo a expropriação de propriedades rurais e urbanas onde for localizada exploração de trabalho escravo, assim como a lei estadual paulista nº 14.946/2013, que prevê a cassação do ICMS de empresas flagradas utilizando-se de mão de obra escrava, jamais terão alguma eficácia, pois da mesma forma como é unísono o discurso pela erradicação do trabalho escravo, ainda não se formou nenhum consenso quanto à sua configuração, na prática.

A institucionalização do conceito de escravidão contemporânea, assim, corrobora a erradicação da prática no Brasil, uma vez que facilita a ação em conformidade com o direito, o cumprimento espontâneo da norma (*compliance*), independentemente da eficiência das ações de fiscalização e de repressão estatal.

REFERÊNCIAS

BERMAN, H. J. **Direito e Revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

CHANG, Ha-Joon; EVANS, P. **The Role of Institutions in Economic Change**, in Silvana de Paula & Gary A. Dymki (orgs), Reimagining Growth: Towards a Renewal of Development Theory, Zed Books, 2005.

DEAKIN, S.; GINDIS, D.; HODGSON, G. M.; HUANG, K.; PISTOR, K.. **Legal Institutionalism**: Capitalism and the Constitutive Role of Law. Centre of Business Research, University of Cambridge, Working Paper nº 468, March, 2015.

HODGSON, G. **The approach of institutional economics**, *Journal of Economic Literature* XXXVI (1998): 166-192.

_____. **What Are Institutions?** *JEI – Journal of Economic Issues* XL:1 (2006).

_____. **Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future**, no prelo, 2014.

KENNEDY, D. **Law and Political Economy of the World**, *Leiden Journal of International Law* 26 (2013).

LA TORRE, M. **Teorias institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)**. *In Derechos y Libertades*, n. 14, Época II, enero, 2006, pp. 103-112.

NORTH, D. C. **Institutions**, *In The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, No. 1, Winter, 1991, pp. 97-112.

POLANYI, K. **The Economy as Instituted Process**, *in* Mark Granovetter & Richard Swedlberg (orgs.), *The Sociology of Economic Life*, Westview Press, 2001: 2ª ed.: 31-50.

PRADO, M. M. What is Law and Development? **Revista Argentina de Teoria Jurídica**, Vol. 11, nº 1, 2010.

QUIRK, J. **The anti-slavery Project**: linking the historical and contemporary. *Human Rights Quarterly*, 2006, 28 (3), 565-598.

SEN, A. K. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TAMANAH, B. Z. **The Primacy of Society and the Failure of Law and Development**, *Cornell Institutional Law Journal*, Forthcoming; Washington U. School of Law Working Paper nº 10-03-02, 2010.

TREBILCOCK, M. J.; DAVIS, K.. **The Relationship between Law and Development: Optimistics versus Skeptics**. *American Journal of Comparative Law*. Vol 56, 2008.

TRUBEK, D. M. **Law and development 50 years on**. *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*; University of Wisconsin Legal Studies Resarch Paper nº 1212, 2012.