ESTADO, SOCIEDADE CIVIL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DE CELSO FURTADO

ORGANIZADORES:
PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO

COLABORADORES:
ALFREDO RANGEL RIBEIRO • AMANDA DE OLIVEIRA SOUTO • ANA PAULA CASSIMIRO VIEIRA • CANDICE QUEIROGA DE CASTRO GOMES ATAÍDE • FLÁVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA • GUSTAVO RABAY GUERRA • JOSÉ ANTONIO FERREIRA DA ROCHA SILVA • LAURA LÚCIA MENDES DE ALMEIDA • MARCCELA OLIVEIRA DE ALEXANDRIA RIQUE • MARIA JOANA ALVES DA SILVA • MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA • PAULO VITOR BRAGA SOUTO • RÔMULO RHEMO BRAGA PALITOT • RUSKAIA ABRANTES DE PINA • WANDERSON CARVALHO SILVA • WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO

ESTADO, SOCIEDADE CIVIL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DE CELSO FURTADO

ORGANIZADORES:
PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO

COLABORADORES:
ALFREDO RANGEL RIBEIRO • AMANDA DE OLIVEIRA SOUTO • ANA PAULA CASSIMIRO VIEIRA • CANDICE QUEIROGA DE CASTRO GOMES ATAÍDE • FLÁVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA • GUSTAVO RABAY GUERRA • JOSÉ ANTONIO FERREIRA DA ROCHA SILVA • LAURA LÚCIA MENDES DE ALMEIDA • MARCCELA OLIVEIRA DE ALEXANDRIA RIQUE • MARIA JOANA ALVES DA SILVA • MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA • PAULO VITOR BRAGA SOUTO • RÔMULO RHEMO BRAGA PALITOT • RUSKAIA ABRANTES DE PINA • WANDERSON CARVALHO SILVA • WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO

ORGANIZADORES:

PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO:

DIGITALPUB SOLUÇÕES EDITORIAIS
WWW.DIGITALPUB.COM.BR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E79 Estado, sociedade civil e desenvolvimento sustentável: estudos em homenagem ao centenário de nascimento de Celso Furtado/ Alfredo Rangel Ribeiro... [et al.] ; organizado por Paulo Henrique Tavares da Silva, Glauber de Lucena Cordeiro. – 1.ed. – João Pessoa/PB: DigitalPub, 2020.
198p. ; Formato PDF.
Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-992634-1-5 (Recurso eletrônico)

1. Desenvolvimento sustentável. 2. Meio ambiente. 3. Políticas públicas. 4. Direito ambiental. 3. Celso Furtado. I. Ribeiro, Alfredo Rangel. II. Souto, Amanda de Oliveira. III. Vieira, Ana Paula Cassimiro. IV. Ataíde, Candice Queiroga de Castro Gomes. V. Oliveira, Flávia de Paiva Medeiros de. VI. Guerra, Gustavo Rabay. VII. Silva, José Antonio Ferreira da Rocha. VIII. Almeida, Laura Lúcia Mendes de Almeida. IX. Rique, Marccela Oliveira de Alexandria. X. Silva, Maria Joana Alves da. XI. Pereira, Maria Marconiete Fernandes. XII. Souto, Paulo Vitor Braga. XIII. Palitot, Rômulo Rhemo Braga. XIV. Pina, Ruskaia Abrantes de. XV. Silva, Wanderson Carvalho. XVI. Cordeiro, Wolney de Macedo.

CDD: 341.347 CDU: 349.6

Ficha catalográfica elaborada por Ísis Cortez Corcino – CRB-4/2248

ORGANIZADORES:

PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA

Doutor e mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (Brasil). Professor permanente e Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa – PB (mestrado). Professor do CCJ/UFPB, vinculado ao Departamento de Direito Privado. Magistrado do Trabalho, Juiz titular da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB - Brasil. Líder dos Grupos de Pesquisa Estado, sociedade civil e desenvolvimento econômico sustentável (UNIPÊ) e Paz, justiça e instituições eficazes (UFPB). E-mail: prof.paulohenriquetavares@gmail.com

GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO

Doutor em Direito pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPB. Professor Titular do Centro Universitário de João Pessoa. Coordenador do Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável do UNIPE (PPGD/UNIPE). Professor Adjunto da UERN. Advogado. E-mail: glauberdelucena@yahoo.com.br

COLABORADORES:

ALFREDO RANGEL RIBEIRO

Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto III do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Titular do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê). Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento Sustentável do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê). Advogado. Endereço eletrônicio: arangel@hotmail.com

AMANDA DE OLIVEIRA SOUTO

Advogada inscrita na OAB/PB com experiência na área de Direito do Trabalho e Direito Educacional. Atua como Gestora e Assessora Jurídica no Centro Universitário de Patos/UNIFIP – Campus Patos e Faculdades Integradas de Patos/FIP - Campus Campina Grande. Mestranda em Direito, Regulação e Desenvolvimento pelo Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública, pelo Instituto Damásio de Direito (2019).

ANA PAULA CASSIMIRO VIEIRA

Advogada - Cassimiro Vieira Sociedade de Advogados inscrita na OAB seccional Paraíba, membro da Associação Nacional de Advogados Criminalistas - ANACRIM, mestranda em Direito Sustentável, na linha II: Regulação e Desenvolvimento Econômico, pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ, especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (2019), concluiu o Curso de Preparação para a Magistratura pela Escola Superior de Magistratura da Paraíba do Tribunal de Justiça da Paraíba (2017), possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ (2015).

CANDICE QUEIROGA DE CASTRO GOMES ATAÍDE

Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo UNIPÊ; Juíza de Direito do Estado da Paraíba; Graduada pela UFPB.

FLÁVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA

Doutora em Direito pela Universidade de Valencia-Espanha; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará; Professora do UNIPÊ; Professora da UEPB.

GUSTAVO RABAY GUERRA

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto IV da Universidade Federal da Paraíba. Sócio do Rabay, Palitot e Cunha Lima Advogados. Fundador da Compliance Academy. Idealizador da Legal Mind e Time Thinkers.

JOSÉ ANTONIO FERREIRA DA ROCHA SILVA

Mestrando pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). E-mail: jantoniorocha@outlook.com.

LAURA LÚCIA MENDES DE ALMEIDA

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT13. Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ. Pós-Graduanda em Dir. Registral Imobiliário ênfase Dir. Notarial pela Verbo Jurídico. E-mail: lauramendesalmeida90@gmail.com

MARCCELA OLIVEIRA DE ALEXANDRIA RIQUE

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba; Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

MARIA JOANA ALVES DA SILVA

Advogada com graduação pela Universidade Salgado de Oliveira, Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco, mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pela UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa. E-mail: adv.joana@hotmail.com.

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA

Doutora em Direito Público pela UFPE. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professora Titular da graduação em Direito Tributário e de Administrativo do UNIPÊ. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Email: maria.fernandes@unipe.edu.br

PAULO VITOR BRAGA SOUTO

Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa – Unipê. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professor de Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Prática Jurídica na Faculdade Pitágoras João Pessoa. Professor de Processo Civil e História do Direito na Faculdade Estácio João Pessoa.

RÔMULO RHEMO BRAGA PALITOT

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universitat de València- Espanha (2002-2006); Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da mesma instituição PPGCJ/UFPB; Professor Permanente do Programa em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa - PPGD/UNIPÊ; Advogado e sócio do Escritório Rabay, Palitot & Cunha Lima - Advogados; Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal - PB; Presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportiva - STJD, da Confederação Brasileira de Automobilismo – CBA.

RUSKAIA ABRANTES DE PINA

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento Sustentável do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela PUC-GO. Pedagoga pela Universidade Estadual de Goiás (UEG). Professora de Direito Processual Civil. Gestora jurídica governamental. E-mail: ruskaiaabrantes@gmail.com

WANDERSON CARVALHO SILVA

Mestrando em Direito pela Unipê-PB. Especialista em aplicações complementares às ciências militares pela Escola de Administração do Exército. Graduado em Direito pelo IESP-PB. E-mail: wandersoncarvalhosilva@hotmail.com

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO
Mestre e Doutor em Direito. Desembargador do Trabalho. Professor UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa da graduação e do Programa de Mestrado. Presidente do TRT 13ª Região do biênio 2019-2021. Autor de várias obras jurídicas. E-mail: wolney.cordeiro@uol.com.br.

Esta é uma obra coletiva, os editores/organizadores não se responsabilizam por opiniões, informações, citações e/ou conceitos apresentados nos textos publicados, que são de total responsabilidade de seus autores.

APRESENTAÇÃO

Este livro representa uma coletânea de artigos produzidos pelos integrantes do grupo de pesquisa Estado, sociedade civil e desenvolvimento sustentável, durante o biênio 2019/2020. O grupo foi criado em 2018, agregando pesquisadores e estudantes que atuam no Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) do Unipê – Centro Universitário de João Pessoa.

Adequando-se aos objetivos do programa de mestrado, o GP possui seis linhas de pesquisa, que abarcam temas que se imbricam com o imperativo do desenvolvimento sustentável, tais como a judicialização das políticas públicas, mudança institucional, o impacto das relações de consumo no mercado, regulação social e intervenção do Estado, além da tecnologia, trabalho e meio ambiente. Neste ano, congregamos cerca de vinte estudantes, que pesquisam aspectos inerentes a tais temáticas.

Cabe enfatizar que neste volume ainda vamos encontrar contribuições de outros pesquisadores vinculados ao PPGD/Unipê, daí porque existem trabalhos envolvendo questões alusivas à matriz energética brasileira, estudos de vitimologia corporativa, o comportamento institucional do sistema prisional no enfrentamento da COVD-19 e a autorregulação publicitária, todos relacionados com a necessidade de se efetivar aspectos do desenvolvimento sustentável. Muito embora, diga-se, são todas contribuições de alunos do PPGD/Unipê, vinculados a grupos coirmãos.

Destaco o esforço de cada um dos autores, estudantes e professores, que apresentaram seus trabalhos superando as contingências vivenciadas num ano tão difícil como o de 2020, suplantando as agruras e limitações impostas pela pandemia da COVID-19. Todavia, a exemplo de um momento de reinvenção porque passamos nós professores, principalmente da pós-graduação, os obstáculos somente serviram de estímulo à continuidade das suas pesquisas. O livro que se tem em mãos é um testemunho de que estamos saindo dessa crise mais fortalecidos.

A obra inspira-se nas sempre contemporâneas lições de Celso Furtado, que neste ano completaria um centenário de existência. Pretendemos aqui não apenas

homenagear esse paraibano ilustre, mas igualmente nos irmanar nessa busca incessante pela superação dos entraves ao desenvolvimento dos países periféricos, leitmotiv da vida acadêmica do nosso aclamado professor.

Impossível não agradecer o apoio que recebemos por parte da Coordenação Geral do PPGD/Unipê na execução desse projeto, na pessoa do Prof. Glauber Lucena, que igualmente organiza a obra. Da mesma forma, pontua-se a atenção constante da Coordenação do Curso de Direito e da Reitoria da Universidade, indispensável à consolidação de um GP que está dando seus primeiros passos.

Por fim, esperamos que os aportes teóricos aqui presentes contribuam à ciência do direito como ferramenta imprescindível à tão delicada consecução da construção de um país mais justo e solidário, com respeito ambiental e compartilhamento de responsabilidades entre a sociedade civil e o governo. Essa é a nossa missão acadêmica.

João Pessoa, novembro de 2020.

Prof. Dr. **Paulo Henrique Tavares da Silva**
Líder do Grupo de Pesquisa Estado, sociedade civil e desenvolvimento sustentável
Coordenador Acadêmico do PPGD/Unipê

SUMÁRIO

NORMAS ÉTICAS DE APELO À SUSTENTABILIDADE EM PUBLICIDADE ESTABELECIDAS PELO CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA - CONAR 12
ANA PAULA CASSIMIRO VIEIRA
RÔMULO RHEMO BRAGA PALITOT

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À SUA INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA 26
FLÁVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA
MARCCELA OLIVEIRA DE ALEXANDRIA RIQUE

A REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA? 42
AMANDA DE OLIVEIRA SOUTO
PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA SUA INOBSERVÂNCIA 58
WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO
MARIA JOANA ALVES DA SILVA

APLICAÇÃO DAS NOÇÕES DO PRAGMATISMO ESTADUNIDENSE NA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS 78
PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL PARAIBANO 93
ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA
CANDICE QUEIROGA DE CASTRO GOMES ATAÍDE

MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ASPECTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DE SUA EVOLUÇÃO E DA INSERÇÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA PELA FONTE SOLAR 111
WANDERSON CARVALHO SILVA
GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO

DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: UM ENTENDIMENTO DA IMPORTÂNCIA DE UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL 130
LAURA LÚCIA MENDES DE ALMEIDA

REGULAÇÃO JURÍDICA DE NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS DIGITAIS: A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES NO CONTEXTO DA CRESCENTE UBERIZAÇÃO DA ECONOMIA COLABORATIVA 146
PAULO VITOR BRAGA SOUTO
GUSTAVO RABAY GUERRA

REPERCUSSÕES BIOÉTICAS DO USO DE ANIMAIS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS 162
ALFREDO RANGEL RIBEIRO
RUSKAIA ABRANTES DE PINA

VITIMOLOGIA CORPORATIVA: UMA VIA PARA JUSTIFICAR A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS? 182
JOSÉ ANTONIO FERREIRA DA ROCHA SILVA
MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA

NORMAS ÉTICAS DE APELO À SUSTENTABILIDADE EM PUBLICIDADE ESTABELECIDAS PELO CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA - CONAR

ETHICAL STANDARDS FOR SUSTAINABILITY IN ADVERTISING ESTABLISHED BY THE NATIONAL ADVERTISING SELF-REGULATION COUNCIL – CONAR

ANA PAULA CASSIMIRO VIEIRA[1]
RÔMULO RHEMO BRAGA PALITOT[2]

RESUMO

O presente artigo trata das diretrizes éticas da publicidade com apelo à sustentabilidade, partindo da premissa que o consumidor é o agente inicial para a transformação da importância e para o surgimento de iniciativas públicas e privadas que visem sua proteção como parte mais vulnerável da relação de consumo e incentivem empresas privadas a atuarem em causas sociais relevantes. O estudo objetiva a análise da solução à problemática de possíveis erros quanto à veracidade, correspondência e concretude das ações em relação à sua divulgação, além dos desvios de conduta de empresas que ainda não compreenderam o significado da realização de uma sociedade desenvolvida e insistem em obter lucro a todo custo. Trata-se de pesquisa qualitativa, descritiva, bibliográfica e documental, com métodos dedutivos, seguindo a ordem de impacto das pequenas opções de consumo até a preocupação social da iniciativa privada organizada.

Palavras-chave: Consumo Sustentável. Responsabilidade Social. Marketing com Causa Social. Ética. CONAR.

---

1 Advogada - Cassimiro Vieira Sociedade de Advogados inscrita na OAB seccional Paraíba, membro da Associação Nacional de Advogados Criminalistas - ANACRIM, mestranda em Direito Sustentável, na linha II: Regulação e Desenvolvimento Econômico, pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ, especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (2019), concluiu o Curso de Preparação para a Magistratura pela Escola Superior de Magistratura da Paraíba do Tribunal de Justiça da Paraíba (2017), possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ (2015).

2 Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universitat de València- Espanha (2002-2006); Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da mesma instituição PPGCJ/UFPB; Professor Permanente do Programa em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa - PPGD/UNIPÊ; Advogado e sócio do Escritório Rabay, Palitot & Cunha Lima - Advogados; Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal - PB; Presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportiva - STJD, da Confederação Brasileira de Automobilismo – CBA.

ABSTRACT

The present article deals with the ethical guidelines of advertising with sustainability, which reward the consumer or the initial agent for a transformation of the importance and the emerge of public and private initiatives aimed at their protection, as a more vulnerable part of the consumer relationship, along with the promotion companies align themselves as relevant social causes. The objective study analysis of the problem solving errors of probability correspondence and implementation of its disclosure actions, as well as the misconduct of companies that do not yet understand or mean the performance of a developed society and insist on making a profit by all cost. It is a qualitative, descriptive, bibliographical and documentary research, with deductive methods, following an order of impact from small consumption options to the social concern of organizes private initiative.

Keywords: Sustainability Consumption. Social Responsability. Social Cause Marketing. Ethic. CONAR

1 INTRODUÇÃO

O acesso à informação é um importante aliado para o propósito do desenvolvimento sustentável, contribuindo para a mudança de paradigmas sociais. No campo das relações de consumo, contribui para a formação de consumidores mais conscientes de seu papel como cidadãos conscientes de como suas escolhas de consumo podem trazer consequências para esta e para as futuras gerações.

Este trabalho aborda as normas éticas para a publicidade com apelo a sustentabilidade estabelecidas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação - CONAR, iniciando, porém, com uma análise acerca daquele que é o ponto de partida para o progresso da responsabilidade e ética empresarial com as causas sociais: o consumidor. Serão abordadas as diversas formas de influência que este possui sobre o mercado, a sociedade e o meio ambiente, desde atitudes simples como a doação em substituição ao descarte imediato de produtos, até as mais complexas, que exigem planejamento, organização e união de consumidores para expressividade.

O marketing social é a segmentação do marketing tradicional, usando técnicas próprias deste, que tem por finalidade principal a promoção de valores sociais. O marketing com causa, ou marketing com causa social, corresponde à nova atmosfera mercadológica que continua com a ideia originária do interesse do mercado, o lucro, mas que adota medidas, posiciona-se ou patrocina em favor de causas importantes para a sociedade, como o combate ao racismo e à exclusão social, sempre em busca de um ambiente ecologicamente equilibrado.

A problemática compõe-se quando as empresas, na ânsia de assegurar uma boa imagem, cometem erros ao difundir a sua conduta ou pela intenção maliciosa de alguns agentes que visam usufruir dos benefícios que o marketing com causa pode lhes trazer, mas sem verdadeiro empenho ou conduta relevante.

O Código de Autorregulamentação Publicitária, além de proibir a veiculação da publicidade que estimule, de qualquer forma, comportamento nocivo, poluente ou que ameace à capacidade de renovação de recursos naturais, fauna ou flora, também dispõe, através do anexo "U", de normas éticas para a publicidade com apelo sustentável, pautadas pela veracidade, concretude, correspondência e relevância daquilo que é difundido com a prática responsável da empresa.

A pesquisa realizada pode ser classificada como qualitativa, descritiva e de métodos dedutivos, bibliográfica e documental, com abordagem fiel à temática e fundamentada em dados primários e secundários, como livros, artigos, documentos, leis e normas fixadas do setor privado. Parte-se da análise da importância do consumidor para, então, adentrar na temática do engajamento de empresas da iniciativa privada, finalizando com a análise e abordagem da importância da relação do acompanhamento, controle e fiscalização da correspondência e veracidade da publicidade para a adoção da conduta de consumo consciente por parte do consumidor e do marketing de causa social pelas empresas.

2 A IMPORTÂNCIA DO CONSUMIDOR PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O papel do consumidor transcende a relação de aquisição de bens e serviços de consumo. Para além do significando de cliente, reconhecendo que, em si, o consumo pode apresentar diversas implicações de identificação e socialização, o "comprar" pode ser visto como o exercício de uma atividade democrática baseada na liberdade do mercado e da escolha do consumidor. As escolhas de consumo impactam não só a vida de empresários, trabalhadores e suas famílias, como a qualidade de vida e continuidade de outras espécies. O consumidor consciente é aquele que compreende que as suas compras impactam a realidade ao seu redor.

Nesse sentido, apesar da responsabilidade que recai sobre o Poder Público e o setor privado de se comprometerem com a preservação do meio ambiente, e com a promoção do avanço econômico e da justiça social, o consumidor tem o papel de cooperador para o alcance do desenvolvimento sustentável.

O termo desenvolvimento é tipicamente associado à ideia de avanço, prosperidade, aumento ou expansão, nem sempre, porém, o ideal de grandeza é sinônimo de desenvolvimento. Ao longo dos anos, desde a experiência da Revolução Industrial, diferentes nações vivenciaram momentos de crescimento econômico que demonstraram deixar o país discordante quanto ao status de desenvolvido por conta das desigualdades sociais e condições pífias de vida dos seus cidadãos, além do alto custo para o meio ambiente, que ganhou notoriedade diante dos desastres ambientais e desequilíbrios de certas espécies gerados pela conduta irresponsável humana.

O conceito foi utilizado inicialmente pela Biologia para a compreensão da evolução de espécies, sendo posteriormente usado pela Economia. Para esta, o desenvolvimento apresentou-se como uma representação do aumento da renda *per capita*, distinguindo-se para a divisão entre os povos, entre ricos e pobres; tendo sido revisto no século XX por não acompanhar as dimensões do contexto social e humano nos aspectos políticos, sociais, ecológicos, jurídicos e ideológicos do processo de desenvolvimento (FEITOSA, 2013).

A formação da concepção de desenvolvimento sustentável agregou à ideia de desenvolvimento a projeção intergeracional e intrageracional dos impactos do desenvolvimento presente. A construção desse pensamento se deu a partir da década de 80, acompanhando o movimento de preocupação ambiental iniciado anteriormente, e tem o seu marco inicial no Relatório *"Our Commum Future"* (1987), que dispõe:

> (...) o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas".(COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p.49).

Na esfera pessoal ou sob a forma de organizações, os consumidores podem contribuir para a formação de um "mundo novo" que abarque a ideia de avanços com a perspectiva social e ambiental para a sua e as futuras gerações. Essas práticas consistem na substituição de produtos, na exigência da rotulagem específica para produtos que respeitem o ciclo de renovação do meio ambiente, na realização de coleta seletiva, no descarte propício à reciclagem por outras pessoas, na consciência da vida útil de seus objetos, em privilegiar medidas como doação ou reutilização antes de simplesmente jogar o que não tem mais utilidade no lixo.

> A liberdade individual é essencialmente um produto social, e não uma relação de mão dupla entre: arranjos sociais para expandir as liberdades individuais e o uso das liberdades individuais não só para melhorar a vida dos respectivos, mas também para fazer os arranjos sociais mais adequados e eficazes. (SEN, 2010, p. 31)

Apesar de as atitudes parecerem simples e fáceis, o consumo sustentável é um desafio diante das inúmeras propostas para o consumo desenfreado, do comodismo e do egocentrismo. Segundo Bauman os consumidores modernos são "sempre ávidos de novas atrações, porém logo enfastiados" (1999, p.92).

Certo é que uma conduta não colocará fim a toda atuação predatória humana, tampouco ao desgaste já experimentado. A intenção e proatividade particular nas coisas mais simples além dos fatores consciências e empatia pelas outras formas do mundo, porém, estimula os seus pares e faz com que as empresas deem cada vez mais importância para sua responsabilidade social.

3 MARKETING SOCIAL E MARKETING DE CAUSAS SOCIAIS: ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES DA INICIATIVA PRIVADA COM AS QUESTÕES SOCIAIS

O sucesso nas vendas de produtos e serviços depende das estratégias traçadas pelas empresas para alcançar um diferencial em relação as suas concorrentes, sendo mais difícil sobreviver ao mercado do que conquistar um lugar de destaque dentro de determinado ramo;. A manutenção exige custos, estudos, ofertas e principalmente criatividade. Os erros podem ser fatais e uma imagem associada a fatores negativos como exploração de trabalho análogo ao escravo, trabalho infantil, crueldade com animais, poluição e corrupção não são interessantes para nenhuma empresa que deseje ser bem-sucedida.

Diante disso, a conscientização sobre os riscos ambientais e sua relação com o nível da qualidade de vida da população tem estimulado agentes de mercado a investirem cada vez mais em produtos considerados ecologicamente corretos, que se submetam a valores ambientais e estejam engajados em causas sociais. A tendência desse novo nicho do mercado vem atraindo empresas, além de despertar o interesse de consumidores em escolhas simples, mas que colaboram para a construção de uma sociedade mais justa;. Estas empresas, além de pesarem nas escolhas de consumo sustentável, ganham notoriedade no espaço público gratuitamente por conta da causa que "abraçam" e chamam atenção. O *buzzing speaker*, conhecido no Brasil como a divulgação da marca "boca a boca", é uma ferramenta de marketing

originariamente gratuita e resgatada pela interação das mídias sociais modernas através das quais os consumidores são ávidos por deixar suas avaliações expressas em comentários, *likes* e *posts*.

Essa propensão melhora a reputação da empresa e a eleva como transformadora da realidade social ao seu redor, significando mais do que uma atitude filantrópica ou redentora da usura, como era praticado outrora, mas como passo inicial para adoção de um comportamento empresarial voluntário voltado para a responsabilidade social e a ética empresarial (ZENONE, 2006). As empresas precisam estabelecer e manter relações com diversos públicos, mesmo que não sejam clientes, tais como como o governo, a mídia e toda a sociedade que lhe observa (COBRA, 2009).

Para este autor, o caminho da responsabilidade social parte do papel assumido pelo consumidor. É este quem detém o poder de realmente pressionar as empresas e tanto a competitividade quanto a reputação da empresa se submetem à sua escolha. A empresa, por sua vez, adotaria uma conduta proativa para o setor social que geraria mais do famigerado desenvolvimento sustentável para a sociedade.

O marketing social surge na década de 70 como uma construção evolutiva da prática mercadológica tradicional capaz de estimular e contribuir com as mudanças sociais para as quais o mundo despertava. Pringle e Thompson (2000) definem o marketing social como uma nova forma que fornecedores e consumidores têm de contribuir mutuamente.

Para Zenone (2006), o marketing social é uma segmentação do mix mercadológico, mas se contrapõe à ideia tradicional de marketing comercial por não se basear na mera satisfação e gratificação do consumidor a curto prazo, por ter adquirido bens e produtos desconsiderando a sua forma de produção e impactos sociais e ambientais. Seu significado transcenderia o marketing tradicional e sua finalidade não seria gerar lucro, mas contribuir para uma melhora na qualidade de vida das pessoas, promovendo uma perspectiva de consumo que contemplasse desde a fabricação do produto até a relação de "pós-consumo". Neste mesmo raciocínio, Credidio (2002) propõe a desvinculação do marketing social da ideia de visão de lucro, que dispõe:

> As empresas devem desenvolver ações sociais, mas, obrigatoriamente, devem visar à multiplicação das soluções e impactos sociais referente à adoção de comportamentos e atitudes e práticas que promovam o fortalecimento e a implementação de políticas públicas, a promoção de causas sociais relevantes e a transformação social, sem que tal conduta esteja atrelada a ganhos de imagem, à revitalização da marca ou como objetivo, ainda que escamoteado, de aumentar o share de mercado. (CREDIDIO, 2002, p. 29)

Nesse ponto os autores que dispõe do marketing social transcendente aos desejos particulares, ergue-se a diferenciação terminológica de marketing social e marketing de causas sociais. Este se adequaria à visão de busca por lucro típica das atividades econômicas, consistindo na contribuição a uma determinada causa social relevante para melhorar a imagem corporativa diante da sociedade.

Marketing de causas sociais consiste no termo mais adequado para a concretização das relações de consumo sustentável. Neste estudo, fundamentamo-nos nessa diferenciação em razão do marketing social não ser prática exclusiva dos agentes econômicos do mercado. Existem organizações sociais não lucrativas que realizam marketing social sem visar o caráter econômico, mas sim o objetivo social perseguido.

Para Zenone (2006), nessa modalidade haveria o benefício mútuo entre empresas e consumidores, aquelas agiriam com os seguintes objetivos ao adotar o marketing com causa: o fortalecimento de sua reputação, a distinção do nome e da marca, a inserção na mídia espontânea, a formação de futuros consumidores mais conscientes, a participação no mercado e na sociedade, a segurança patrimonial, a prevenção contra ações negativas de consumidores, atrair clientes, investidores e talentos, além de, em certos casos, conseguir benefícios fiscais.

Os comportamentos proativos das empresas que colaboram para a justiça social e a proteção do meio ambiente, alinhados ou não à busca pelo lucro, representam importantes avanços para o desenvolvimento sustentável, sendo válido o marketing social ou o marketing com causa social. Cabe ao consumidor impulsionar e aderir às posturas do setor privado que contribuam para a sociedade, ainda que não atinjam diretamente a si próprio.

Diante do avanço da responsabilidade e ética empresarial, os desafios e dificuldades para que essa interação funcione perfeitamente na prática se tornam evidentes, sendo este um dos motivos que reafirmam a vulnerabilidade do consumidor, que possui um papel importante capaz de influenciar as empresas, mas que não chega a ser suficiente para fiscalizar ou controlá-las no cotidiano como se não houvessem outras responsabilidades e esferas da vida privada para se dedicar, surgindo a necessidade de que o Poder Público acompanhe esses processos de marketing além de outra ajuda, mais célere e imediata, que cobre coerência da responsabilidade das empresas com a imagem que projetam.

3 NORMAS ÉTICAS DE APELO À SUSTENTABILIDADE EM PUBLICIDADE FIXADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O processo de conscientização do consumidor para que tome decisões de consumo sustentável, que além de repercutirem na esfera individual tragam melhorias a outros seres humanos e ao meio ambiente, tem impulsionado as empresas a buscarem a associação de sua imagem como protetoras socioambientais. Dessa situação advém o problema, fruto da ganância de empresas que contam com o auxílio de anunciantes que propagam a marca como sustentável sem adotarem medidas sociais significativas e correlatas ao divulgado, buscando apenas fazer um jogo de aparências com o consumidor.

A responsabilidade pela regulação da atividade econômica é, *a priori*, realizada pelo Estado através de agentes investidos na missão de controlar, fiscalizar e prevenir abusos que atentem contra a livre concorrência e os direitos dos consumidores. Essa atuação, contudo, não precisa se dar apenas no âmbito público, mas também no privado, observadas as suas capacidades, a ausência do poder de polícia e da coercitividade na sua atuação.

O controle pela autorregulação da publicidade no cenário brasileiro ocorre em paralelo ao do Poder Público, tendo-se quanto a este instituto o sistema de controle misto. O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, é uma organização não governamental que defende a liberdade de expressão do mercado publicitário, além de defender as prerrogativas deste. Originado da ideia de contra censura do período do regime militar, o Conselho também recebe denúncias e monitora, sempre posterior a concretização do anúncio, a publicidade no cenário brasileiro.

Apesar de faltar ao órgão os poderes investidos pelo Estado, como a coercibilidade e exigibilidade, através do Código de Autorregulamentação Publicitária (1978), o CONAR (2019) garante que: "Nunca foi desrespeitado pelos veículos de comunicação e, nas raras vezes em que foi questionado na Justiça, saiu-se vitorioso". O maior poder do Conar sobre o mercado está na composição da reputação da empresa, sendo o sistema de autorregulamentação já implementado em outros países como França e Canadá.

O Conar, mesmo sendo produto da iniciativa privada, com custos direcionados para empresas, em tudo se submete às normas previstas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, não podendo disciplinar nada que se contraponha

ao poder do Estado. Nesse sentido, são os direitos do consumidor a serem tutelados também pelo órgão:

> São direitos básicos dos consumidores a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas à liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; bem como a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, art. 6º)

A respeito do marketing com causa social, o Conar não permaneceu indiferente. Diante dos problemas que podem surgir da relação publicitária com apelo sustentável, intencionados ou não, é preciso intervenção rápida para assegurar a livre concorrência, coibindo a obtenção de vantagem por uma conduta reprovável e ilícita.

No art. 36 do Código de Autorregulamentação Publicitária, o órgão já tratava que a publicidade possui a função social de refletir as preocupações da humanidade com problemas relacionados à qualidade de vida e proteção ao meio ambiente, proibindo propagandas que estimulem ideias ou atitudes que induzam, de qualquer forma, a poluição e a depredação ou desperdício dos recursos naturais, da fauna e da flora.

Com a edição do "Anexo U", a autorregulação ganhou novos contornos em relação à administração de discursos publicitários com apelo à sustentabilidade. Busca-se evitar a banalização do tema, a indução de consumidores conscientes por produtos e serviços que não correspondam a realidade e a retenção dos benefícios da publicidade com causa para agentes descomprometidos com a biosfera. A publicidade com promoção sustentável deve obedecer aos critérios de veracidade, exatidão, pertinência e relevância.

O CONAR traz a distinção entre publicidade, responsabilidade socioambiental e sustentabilidade, publicidade para a responsabilidade socioambiental e publicidade de marketing relacionado às causas. A primeira se trata da comunicação de valores e práticas responsáveis da empresa, dos produtos e serviços, a segunda diz respeito à orientação transmitida a todos os potenciais consumidores que incentive a adoção de práticas sustentáveis; o marketing relacionado a causas consiste na informação de que a empresa é relacionada com causas socioambientais, sendo todas as conceituações condizentes com os princípios que regem esse nicho publicitário.

O princípio da concretude refere-se à obrigação dos benefícios socioambientais propagados serem condizentes com os reais, afastando o discurso publicitário demagogo, vazio, que ludibria o consumidor que possui vulnerabilidade técnica e científica, não possui conhecimento sobre como realmente funciona o processo de proteção ambiental divulgado pela marca e nem dispõe de tempo e meios para elaborar uma investigação minuciosa a respeito dos detalhes de cada produto. Esse princípio ainda gera o dever para a empresa de esclarecer aos consumidores quando se trata de uma adoção futura, esclarecendo que consiste numa expectativa de ato ainda não concretizado.

A veracidade é um princípio relacionado com os princípios da exatidão e da clareza, da comprovação e fontes previstas no Código de Autorregulamentação Publicitária. São a projeção dos princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor: veracidade, identificação e transparência. Esses princípios geram o dever das informações e alegações veiculadas serem verdadeiras e passíveis de comprovação em outras formas e fontes externas. É o caso de uma publicidade veiculada por rádio e que permite, através da internet e de relatórios confiáveis e seguros, da autenticidade do compromisso ambiental.

Em relação a pertinência, as informações socioambientais devem manter relação lógica com a atuação da empresa, da marca ou dos produtos e serviços ofertados, não se admitindo como publicidade sustentável a observância do cumprimento de leis, regulamentos ou penalidades às quais o anunciante já estava vinculado. A previsão assegura a capacidade do consumidor de diferenciar as empresas que assumem uma postura consciente com o meio ambiente e com as gerações futuras daquelas que simplesmente estão cumprindo com suas obrigações habituais, permitindo que aquelas se beneficiem pelas elaborações sustentáveis e estimulando as que ainda estão à margem desse novo processo de evolução de comportamento que contempla a sustentabilidade.

O princípio da relevância exige que os resultados da prática sustentável sejam realmente significativos para a sociedade e o meio ambiente em todo o seu processo de consumo, da produção ao descarte. Como exemplo prático, tem-se a representação nº 266/16, de autoria de um grupo de consumidores, contestando a publicidade da *Michelin*. Na ocasião, o Conar posicionou-se pela modificação do conteúdo de forma que se esclarecesse que os benefícios ambientais dos pneus se limitavam ao uso, não podendo se propor como ecologicamente correto sem considerar os riscos ambientais de seu processo de produção e descarte.

A proteste enviou ofício ao Conar questionando de publicidade da Michelin com o título acima em relação ao Anexo U do Código

> Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que trata de peças publicitárias com apelo de sustentabilidade. Os referidos pneus proporcionariam menor consumo de combustível entre outras alegações. Em sua defesa, a Michelin argumentou que o anúncio objeto da denúncia é um estudo técnico elaborado por empresa de certificação internacional e que visa demonstrar o menor consumo de combustível e consequente menor emissão de dióxido de carbono e que é claramente informado que o benefício diz respeito à fase de uso do pneu e não ao seu inteiro ciclo de vida. Feitas estas ponderações, a Michelin considerou ter respeitado de forma estrita as recomendações do Código. Levado a discussão no Conselho de Ética, a representação terminou com a proposta de alteração, por maioria de votos. O autor do voto vencedor sugeriu que a anunciante deixe expresso no anúncio que os benefícios ambientais do pneu decorrem do seu uso, não do processo de produção ou descarte. (CONAR, Representação nº 266/16)

Em virtude da impossibilidade de compensações que eliminem por completo os impactos socioambientais produzidos pelas empresas, tem-se o princípio "absoluto". Esse princípio proíbe falsas promessas ou vantagens absolutas com a escolha de consumo. É o caso da publicidade que assegura 100% de compensação ambiental, como se a participação da conduta proativa empresarial não custasse, ainda que minimamente, repercussões enquanto a recomposição do estado a quo.

Por fim, o "Anexo U" do Código de Autorregulamentação Publicitária dispõe a respeito da modalidade de marketing relacionado a causas, reafirmando todos os princípios expressamente previstos, dispondo que:

> A publicidade explicitará claramente a(s) causa(s) e entidade(s) oficial(is) ou do terceiro setor envolvido(s) na parceria com as empresas, suas marcas, produtos e serviços.
> O anúncio não poderá aludir a causas, movimentos, indicadores de desempenho nem se apropriar do prestígio e credibilidade de instituição a menos que o faça de maneira autorizada.
> As ações socioambientais e de sustentabilidade objeto da publicidade não eximem anunciante, agência e veículo do cumprimento das demais normas éticas dispostas neste Código. (Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária, Anexo "U")

O marketing comprometido com valores caros à sustentabilidade revela-se como necessário para reconfiguração de toda a humanidade, para a valorização de propostas que possam garantir a melhor qualidade de vida possível intrageracional, intergeracional e de todas as demais espécies que compõe este planeta.

> Acredito, firmemente, que existe um tipo de publicidade feito com consciência e competência que pode, sim, promover a venda de determinados produtos sem mentiras apelativas, valores distorcidos ou enaltecimento de futilidades irresponsáveis. Torço para que a publicidade saiba atentar para os erros do passado e consiga construir uma nova era: a da publicidade ética voltada para o consumo sustentável. Aí, sim, poderemos chamar a publicidade de arte – afinal, a arte tem a função social de promover a transcendência do ser humano para novas e melhores esferas. (Silva, 2014, p. 29).

Diante das normas éticas publicitárias fixadas pelo Conar, do movimento crescente de responsabilidade social para com a qualidade de vida adotado por consumidores conscientes e por empresas que passaram a investir cada vez nesse nicho mercadológico, e considerando ainda a resiliência de organizações não governamentais em construir um mundo melhor, percebe-se que esperar apenas pela burocracia do Estado como interventor não condiz com as necessidades que as relações de consumo modernas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os seres humanos se orgulham por se sentirem no topo da hierarquia biológica e por possuírem uma capacidade de raciocínio superior, a ponto de subjugar outras espécies. Sendo assim, nada mais justo que usar este fator diferenciador para reverter e minimizar os danos causados ao meio ambiente, garantindo o equilíbrio ecológico fundamental para que as próximas gerações possam fazer suas próprias escolhas de vida.

Entendemos que, sob a custódia do Estado e com ele colaborando, o setor privado e a iniciativa própria dos consumidores desempenham papéis relevantes para a consecução do desenvolvimento sustentável. Apesar de algumas empresas não atentarem nos impactos sociais e ambientais provocados por suas práticas, considerando que visam apenas o lucro, a iniciativa de consumidores, que por excelência são cidadãos, pode desencadear práticas pelo mercado levando-o a se adequar **às** necessidades da responsabilidade social compartilhada.

O consumidor desempenha papel importante, pois além da sua influência sobre o mercado, para além das relações comerciais, este pode adotar outras medidas, como o descarte adequado de objetos para serem reciclados ou utilizados por outras pessoas, que poderão contribuir para o mundo novo proposto pela sustentabilidade, no qual desenvolvimento **é** sinônimo de qualidade de vida.

Contudo, neste processo urge a necessidade de acompanhamento, controle e fiscalização das empresas e anunciantes. Nem todos estão bem-intencionados em suas práticas e podem querer usar essa tendência favorável à sociedade apenas para ludibriar consumidores conscientes que não possuam condições para dedicar-se a todo momento em ir em busca da comprovação do conteúdo divulgado pelas empresas. Faz-se necessária a presença de um sujeito maior para tal serviço e que, ao mesmo tempo, não se demore nos desfechos caracteristicamente morosos do Poder Público brasileiro.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação traz para si a responsabilidade em colaborar com a veracidade e correspondência dos conteúdos divulgados em publicidades com apelo a sustentabilidade, dispondo em seu art. 36 e anexo "U" do Código de Autorregulamentação Publicitária, a respeito de regras, princípios e nomenclaturas que possibilitem o freamento de possíveis abusos em tempo hábil.

A publicidade deve se adequar a veracidade, a exatidão, a pertinência e a relevância das promessas veiculadas, sob pena de multas, sustação ou recomendações que, com o tempo, vão deteriorando a imagem da empresa e dando o efeito oposto aos benefícios pretendidos com a propaganda veiculada.

O cenário em que se encontra essa composição de sujeitos com objetivos diversos, mas que se encontram no transcurso da cadeia de consumo, é contemplado pela importância e pelo potencial que a informação e confiabilidade sobre uma marca repercute na opinião dos seus consumidores. É da sua assunção da responsabilidade como cidadão deste mundo que tudo pode começar a ser reconstruído.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 26 agosto 2019.

COBRA, Marcos. **Marketing Essencial**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: http://www.conar.org.br. Acesso em 26 agosto 2019.

CREDIDIO, F. A. Empresas e marketing cultural. ***Revista Marketing Cultural***. nº 72. São Paulo, 2002.

CHURCHILL, G. **Marketing: criando valor para o cliente**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas,1991.

FEITOSA, Maria LuÍza Alencar Mayer. Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. Limites e confrontações. In: Maria LuÍza Alencar Mayer Feitosa et al. (orgs.). ***Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses.*** Curitiba: Appris, 2013, pp. 171-240.

JENKINS, Henry**. Cultura da Convergência. 2ª ed. São Paulo. Aleph 2009.**

PRINGLE, Hamish; THOMPSON, Marjorie. **Marketing social**. São Paulo: Makron Books, 2000 .

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas: do consumo à compulsão por compras**. São Paulo: Globo, 2014.

ZENONE, Luiz Claúdio. **Marketing Social**. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À SUA INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA

FLÁVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA[1]
MARCCELA OLIVEIRA DE ALEXANDRIA RIQUE[2]

RESUMO

Este estudo trata da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, propondo algumas reflexões sobre a ineficiência da legislação inclusiva na contemporaneidade. Reforça-se a ideia da necessidade de reformulação da consciência coletiva de maneira a superar as intolerâncias e assumir uma postura verdadeiramente inclusiva. Esta pesquisa bibliográfica, desenvolvida sob o método dedutivo, constatou que, apesar dos avanços legislativos no Brasil, ainda existem vários obstáculos sociais e culturais no tocante à efetivação da inclusão da pessoa com deficiência no meio ambiente laboral, que só poderão ser superados com a mudança de perspectiva da coletividade.

Palavras-chave: Inclusão. Pessoa com deficiência. Trabalho.

ABSTRACT

This present study treats about the inclusion of disabled person in the labor market, proposing some reflections about the inefficiency of inclusive legislation in contemporaneity. It reinforces the idea of the need to reformulate of collective conscience in order to overcome the intolerances and to assume an attitude truly inclusive. This bibliography survey, developed under the deductive method, found that, despite legislative advances in Brazil, still exist many social and cultural obstacles concerning to effectiveness of inclusion of disabled person in working environment, that can only be overcome with the change of collective perspective.

Keywords: Inclusion. Disabled person. Labor.

1 Doutora em Direito pela Universidade de Valencia-Espanha; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará; Professora do UNIPÊ; Professora da UEPB.

2 Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba; Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a analisar a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, refletindo sobre as dificuldades práticas de implementação das medidas inclusivas impostas nas legislações brasileiras, mesmo diante de tantos avanços sociais na contemporaneidade.

Primeiramente, é feita uma breve reflexão sobre a importância histórica da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, salientando a essencialidade da valorização da inclusão para o desenvolvimento social. Identifica-se que, ao longo da História, desenvolveu-se uma cultura de intolerância que se perpetuou nas sociedades mundiais, passando a interferir nas relações sociais e tendo seus efeitos refletidos até hoje, com a constante resistência à inserção da pessoa com deficiência.

Nesse contexto, procura-se salientar a importância da introdução da pessoa com deficiência nas diversas esferas sociais, em cumprimento aos preceitos constitucionais comprometidos com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, é feita a análise de legislações pátrias inclusivas (O Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/2015 e a Lei 8213/1991), que indicam a boa vontade legislativa no sentido da inclusão, mas, que na prática, muitas vezes, não conseguem promover efetivamente a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Finalmente, reflete-se sobre a ineficiência das legislações mencionadas e sobre as dificuldades de inclusão na contemporaneidade. Esta pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo, busca analisar a necessidade de reformulação cultural no sentido da construção de uma perspectiva inclusiva, pautada na solidariedade e no bem comum, para que se possa superar os obstáculos que impedem a real inclusão.

2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O TRABALHO NO BRASIL

Garantir à pessoa com deficiência (PCD) condições dignas de trabalho é um compromisso claro do ordenamento jurídico brasileiro, que segue a lógica internacional de proteção e valorização da pessoa com deficiência (doravante PCD). Assim, tal tutela segue os direcionamentos constitucionais e merece a efetiva concretização por parte dos setores público e privado do país.

2.1 A IMPORTÂNCIA HISTÓRICA DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

A valorização internacional dos direitos humanos enseja a incorporação dessa tutela na sistemática de muitos países do globo, o que desemboca no respeito à dignidade da pessoa humana em todos os campos sociais. Esta proteção se mostra essencial uma vez que influi no resguardo da vida e da saúde dos indivíduos na atualidade.

Todavia, no Brasil, mesmo havendo um ordenamento jurídico que preza pela inclusão da pessoa com deficiência nos variados setores sociais, ainda se identifica, infelizmente, preconceitos e intolerâncias no que se refere à PCD. Esse tratamento indigno ainda é uma realidade nos dias de hoje, o que não se coaduna com o espírito constitucional brasileiro. Entende-se que:

> O tratamento conferido pelo Direito à pessoa com deficiência (PCD) refletiu a abordagem de isolamento e exclusão com que a sociedade historicamente a trata, como a segregação de leprosos narrada na Bíblia e o "descarte" de pessoas com alguma diferença física na sociedade ateniense. (LEMOS, 2017, p. 153)

Assim, o desrespeito às condições das PCDs é vestígio de uma cultura de intolerância que ultrapassou as eras e ainda subsiste sob inúmeras roupagens e formatos. Infelizmente, nem todas as barreiras históricas à inclusão foram superadas pelas sociedades atuais, notadamente no que se refere ao Brasil.

Dessa forma, afirma-se que:

> O contexto histórico marcado por uma trajetória de superação da invisibilidade e luta por cidadania caracteriza o caminhar das pessoas com deficiência. Rejeitadas sumariamente em diferentes sociedades e culturas, vistas durante muitos séculos como `inválidas` ou `incapazes`, nas últimas décadas, particularmente depois de 1981 (declarado pela ONU como Ano Internacional da Pessoa Deficiente), esse grupo passou a se organizar politicamente, constituindo-se num novo `ator social` nos debates contemporâneos sobre direitos humanos e políticas públicas. (GARCIA, 2014, p. 182)

Tais informações reforçam a necessidade do esforço coletivo em prol da valorização da pessoa com deficiência, contra uma cultura histórica de marginalização e negligência. Isso explica o atual cenário, marcado pela dificuldade

de implementação efetiva de políticas e medidas de inclusão dessas pessoas nos mais variados setores da sociedade contemporânea.

Os direitos humanos, que perseguem a proteção da dignidade da pessoa humana, possuem um papel fundamental nessa sensibilização dos ordenamentos jurídicos dos países, no sentido da superação da estigmatização da pessoa com deficiência nos mais variados âmbitos sociais, notadamente no que diz respeito ao campo laboral. Neste sentido:

> A inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é de extrema importância para garantir a estes cidadãos o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, tendo em vista que o trabalho proporciona dignidade ao homem. Não há dúvidas de que é a partir do trabalho que a pessoa consegue adquirir meios básicos para sua sobrevivência e de sua família. Além dos aspectos econômicos, o trabalho também proporciona uma significativa melhora na auto-estima do trabalhador. Portanto, negar-lhes o acesso ao mercado de trabalho é o mesmo que impedir a gozo de todos os seus demais direitos. (OPUSZKA e HARTMANN, 2013, p.20)

No que tange aos aspectos históricos que determinaram um tratamento indigno para a PCD, segundo o autor Rafael Lemos, a partir do século XX há uma mudança desse paradigma excludente, ocorrendo o reconhecimento gradativo da necessidade da inclusão da PCD nos diversos setores da sociedade. No século XXI há o fortalecimento desse paradigma de inclusão e a ocorrência da Convenção sobre Direitos da Pessoa com deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas, em 2007 (LEMOS, 2017). Conforme explana:

> Sob essa óptica, a Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD), praticamente reproduziu a CDPD e estabeleceu diversos campos em que é necessária a atuação estatal para a eliminação de mecanismos que impeçam a cidadania plena da PCD – desde dispositivos legais conferindo-lhe maior autonomia familiar até a previsão de políticas públicas na área de moradia, assistência social e trabalho. Há a nítida superação de um modelo baseado na aceitação da PCD para sua necessária inclusão como ser humano dotado de dignidade, direitos e deveres em igualdade com qualquer outro. Sob o ponto de vista jurídico, as ações afirmativas a serem desenvolvidas pelo Estado devem encontrar respaldo nos princípios da igualdade material e da dignidade humana, não devendo ele ser mero distribuidor de programas assistencialistas que não integram o indivíduo à sociedade. (LEMOS, 2017, p. 154)

Destarte, há uma importante evolução no tocante à abordagem social em benefício da pessoa com deficiência, já que há uma preocupação nacional e internacional no sentido da reparação dos equívocos históricos de segregação dessas pessoas através de normas protetivas que garantam a tutela de sua dignidade.

Em respeito aos direitos humanos, internacionalmente reconhecidos, passa-se a uma mudança de perspectiva com relação à PCD, significando a incorporação de normas que ensejem políticas públicas capazes de proporcionar a inclusão dessas pessoas na sociedade, inclusive no que se refere ao campo laboral.

2.2 A IMPRESCINDIBILIDADE DA INCLUSÃO NO BRASIL

É importante compreender o panorama atual que envolve a sociedade brasileira como um todo. Há a Constituição Federal que preza pelos direitos e garantias fundamentais (direitos humanos), assim como um corpo legislativo que tem por finalidade implementar essa postura protetiva constitucional.

Todavia, na prática cotidiana, percebe-se claramente uma postura não inclusiva por parte considerável da sociedade, que se nega ou tem dificuldades de respeitar as diferenças existentes no corpo social, nas mais variadas esferas sociais. Identifica-se intolerância com relação à etnia, gênero, opção sexual, deficiência, dentre outras que impregnam a sociedade de egocentrismo e desrespeito.

A consciência sobre a necessidade de incluir as diferenças deve ser desenvolvida no seio social, com vistas ao estabelecimento de uma real proteção para aqueles que integram minorias, consideradas "diferentes" pela população, até que todas essas diferenças sejam amparadas e acolhidas pelas pessoas de maneira geral.

A inclusão no Brasil carece de concretização no sentido do reconhecimento efetivo das minorias e no respeito às suas peculiaridades. Para que isso ocorra, parece necessário que exista uma educação voltada para a inclusão, de maneira que todos entendam que, além do cumprimento legal, trata-se de uma postura de humanidade, de solidariedade. Desta forma:

> A fase atual é orientada pelo paradigma dos direitos humanos, de onde emerge os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que se ela se insere. A ideia é que é preciso eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais que impeçam o pleno exercício dos direitos humanos por parte das pessoas com deficiência. Todo ser humano tem direito de desfrutar das condições necessárias para o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. (SILVA, LEITÃO e DIAS, 2016, p. 34)

É bem verdade que o sistema vigente, pautado no capitalismo e seu egocentrismo basilar, não proporciona um ambiente propício ao espírito solidário, mas o homem, por ter a racionalidade como marco biológico, deve, desafiando o sistema, compreender que não existe hierarquia entre os humanos e todos devem estar comprometidos com o respeito mútuo.

3 A LEGISLAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL E O ÂMBITO LABORAL

O Brasil possui um vasto corpo normativo em benefício da tutela da pessoa com deficiência. Todavia, na prática, ainda são identificadas diversas dificuldades com relação a real inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, o que demonstra a necessidade de repensar sobre a viabilização desses instrumentos protetivos no cotidiano laboral.

3.1 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: INSUFICIÊNCIAS E INEFICIÊNCIAS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 – representa um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro ao estipular, por exemplo, em seu art. 34, que "a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas", em consonância com os mandamentos constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é inegável que a vigência dessa legislação pátria fez crescer e fortaleceu a rede legal de proteção em benefício da PCD, trazendo a possibilidade real de resguardo de inúmeros direitos e garantias.

Ocorre que existe a necessidade de superação de variados obstáculos no sentido da efetivação de muitos dos direitos elencados nesse corpo normativo, já que a cultura de negligência e segregação dificulta a implementação dessas garantias. A sociedade ainda tem muita dificuldade para lidar com as diferenças e peculiaridades no tocante às deficiências existentes. Assim:

> Ademais, o modelo de inclusão adotado no Brasil é focado tão somente no ingresso ou reingresso da PCD no mercado de trabalho, sem se preocupar com a forma de contratação ou da efetiva diminuição ou eliminação de desigualdades e superação do preconceito, ainda muito presente na sociedade como um todo e nas empresas que cumprem as políticas de cotas. (LEMOS, 2017, p. 170)

Nota-se que a existência de uma norma protetiva, que viabiliza a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho não garante essa efetiva inserção, uma vez que as complexidades sociais obstruem a máxima efetividade dessas normas inclusivas. Nesse sentido, é salientado que:

> O modelo adotado no Brasil, apesar de nítidos avanços trazidos pela Lei nº 13.146/2015, falha na concretização da proposta de inclusão social e eliminação da discriminação, por não estimular o reconhecimento das aptidões e necessidades da PCD pelo poder público e pelas empresas, e reforçar o preconceito com relação às suas capacidades no âmbito laboral. (LEMOS, 2017, p. 170)

Fica claro que não se pode basear a inclusão da PCD unicamente na publicação de leis que tragam essa tutela, já que a eficiência dessas normas encontra obstáculos na própria sociedade, que ora não reconhece tais direitos, ora desconhece ou, ainda, não se importa com seu cumprimento.

Observa-se, infelizmente, que a ineficiência legislativa gera uma situação de insegurança e desvalorização que prejudica essas pessoas, uma vez que elas não podem gozar plenamente do seu direito à inclusão. Dessa forma:

> Nesse cenário, as PCDs geralmente são vistas como meros objetos de preenchimento das vagas reservadas, relegadas a funções sem importância na empresa e sem possibilidade de elevação ou destaque profissional, independentemente de suas capacidades e aptidões, aprofundando o estigma de incapacidade que historicamente assola as PCDs. (LEMOS, 2017, p. 170)

É essencial prezar pela real eficiência das normas pátrias existentes para que se possa proporcionar condições dignas de trabalho para a PCD. A conscientização social em prol dessa necessidade é crucial para a mudança no contexto social, de forma a estabelecer meios para um trabalho verdadeiramente dignificante.

3.2 A POLÍTICA DE COTAS NO BRASIL: ASPECTOS IMPORTANTES

Devido à realidade de desigualdade que se impõe na sociedade atual, há a necessidade de se estabelecer medidas e políticas que procurem incluir a pessoa com deficiência, notadamente no que se refere ao mercado de trabalho, que constitui o foco deste estudo.

Com essa finalidade, a Lei 8213/91 impõe que as empresas com 100 ou mais empregados devem reservar de 2% a 5% dos postos de trabalho à PCD, a depender do número de obreiros, no tocante à variação entre esses percentuais apontados.

Isso significa que o legislador pátrio se preocupou com a concretização da inclusão das PCDs no âmbito laboral, estipulando tais cotas de inserção, já que a imposição legal confere obrigatoriedade à medida. Isso indica a boa vontade legislativa de tornar efetiva a proteção e a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho (apesar de, no presente, existirem debates em torno do tema e tentativas de modificação e/ou extinção dessas medidas, como, por exemplo, o PL 6.159/2019).

Entretanto, a sociedade contemporânea possui inúmeras peculiaridades que vão muito além da esfera legal e integram uma cultura historicamente construída que gera dificuldades e obstáculos à inclusão. Isso determina a ineficiência, muitas vezes, dos mandamentos legais impostos nas legislações inclusivas.

Analisando o cenário brasileiro, entende-se que:

> Embora seja absoluta a indispensabilidade da política de cotas, permanecerá enquanto persistirem pobreza e desigualdade social nas relações humanas. Todos os aspectos elencados nesta pesquisa visam demonstrar que a inclusão do deficiente no mercado de trabalho representa importância institucional na construção permanente de uma sociedade mais justa, qualificada e condizente com o seu potencial de liberdade, e igualdade. (GONÇALVES e GARCIA, 2018, p. 03)

Apreende-se que a verdadeira inserção da PCD perpassa pela necessidade de um conjunto de medidas que incluam a legislação, mas que não se limitem a ela. É necessário um esforço comum no sentido da construção de uma conscientização coletiva que entenda a inclusão como direito humano. Dessa maneira:

> A principal maneira de aniquilar com preconceito que envolve as pessoas com deficiência é conscientizar a sociedade que esses cidadãos, assim como quaisquer outros, possuem direitos e deveres, a fim de que essas pessoas sejam libertadas dos preconceitos que as cercam. As políticas públicas devem buscar formas para que as pessoas com deficiência permaneçam no mercado de trabalho, conquistando seu lugar que é de direito, bem como que seja assegurado a esses trabalhadores sua dignidade. (OPUSZKA e HARTMANN, 2013, p. 21)

Essa conscientização é primordial, uma vez que a vontade social enseja a pressão popular na postulação dessa inclusão da PCD no meio social em geral, de maneira a

contribuir especialmente para a superação da estigmatização dessas pessoas no que se refere ao mercado de trabalho e para a criação de políticas públicas nesse sentido inclusivo.

4 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DE SUA INCLUSÃO NO AMBIENTE LABORAL

Percebe-se que muitos são os desafios que envolvem a efetivação da inclusão no Brasil, notadamente no que se refere à inserção no mercado de trabalho. Mostra-se essencial refletir sobre esses obstáculos para que se possa criar caminhos e redesenhar estratégias clássicas com vistas à concretização do direito inclusivo.

4.1 AS APARENTES PROBLEMÁTICAS

Vários são os problemas relativos à efetividade das normas inclusivas, já que essas não parecem constituir pautas prioritárias na atual conjuntura brasileira. Portanto, a real inclusão enfrenta sérias problemáticas que não têm sido sanadas, mesmo com a ampliação das legislações protetivas. São exemplos desses problemas: o pouco conhecimento da legislação de inclusão; a falta de uma educação no sentido da conscientização social; a ineficácia de políticas públicas no que se refere à inclusão e à adaptação da PCD; e a precariedade no tocante à fiscalização que acompanhe o cumprimento da sistemática legal inclusiva.

Esse panorama desemboca na baixa participação da PCD no ambiente laboral, o que não se coaduna com o âmago da proteção legislativa. Dessa forma, para responder ao questionamento sobre o motivo da baixa participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, Vinicius Gaspar Garcia (2014) elenca alguns aspectos justificadores: acessibilidade precária, permanência de estereótipos e preconceitos, passivo escolar e na formação profissional, inadequação e insuficiência da legislação e questões culturais e próprias à temática da deficiência. O autor ainda afirma que:

> Em síntese, se for possível avançar nas áreas aqui mencionadas, especialmente com a participação direta das próprias pessoas com deficiência nas discussões que lhes dizem respeito, a tendência é que haja um aumento na participação desse contingente no mercado de trabalho formal. Essa conquista constitui-se numa etapa importante

> para conclusão do processo histórico de luta pela cidadania das pessoas com deficiência no Brasil. (GARCIA, 2014, p. 184)

Vê-se que tais óbices geram dificuldades à inclusão e determinam o distanciamento dessas pessoas do mercado de trabalho, constituindo uma afronta aos ditames do ordenamento jurídico brasileiro e um desrespeito à proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.

De acordo com informações da Secretaria do Trabalho do Ministério da Economia (2019), pode-se visualizar o panorama sobre a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho a partir da política de cotas estabelecida pela Lei 8.213/1991. O Brasil tinha, em 2019, cerca de 35 mil empregadores obrigados a cumprir a Lei 8.213/91, o que correspondia a 750 mil postos de trabalho. Desse total, 48% das vagas estavam preenchidas, o que representava menos da metade desses postos de trabalho. No tocante à inspeção do trabalho na efetivação da Lei de Cotas, realizada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, são feitas em média 10 mil fiscalizações por ano, sendo exigido o cumprimento no que se refere ao preenchimento das vagas reservadas. Vê-se que esse número se mostra insuficiente para a efetivação do direito à inclusão. A notícia também salienta que, naquele período, 93% das pessoas com deficiência trabalhando com carteira assinada no Brasil foram contratadas por empresas obrigadas a cumprir a cota legal, o que demonstra a importância da medida de inclusão.

4.2 REFLEXÕES SOBRE CAMINHOS VIÁVEIS À CONCRETIZAÇÃO DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

A partir das informações analisadas até aqui, entende-se que o corpo normativo brasileiro contempla uma postura que preza pela inclusão da pessoa com deficiência, especialmente no que tange à esfera laboral, em que consiste o enfoque desta pesquisa. "A Constituição Brasileira respalda amplamente as leis que garantem o acesso ao trabalho e à educação profissional das pessoas com deficiência". (FONSECA, 2006, p. 24)

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro impõe direcionamentos no sentido da inclusão da PCD no mercado de trabalho. Todavia, a pauta da inclusão passa por questões extremamente complexas e que vão além do que se pode prever na redação legislativa. Sobre essas complexidades:

> Finalmente, `o direito de ser diferente` se relaciona com a ideia de valorização da diversidade e negação de modelos, padrões e estereótipos preconcebidos. Muitas vezes, ter uma deficiência é confrontar-se diariamente com o estigma da inferioridade ou da invalidez, de maneira que se autoassumir como pessoa capaz e produtiva é passo fundamental na trajetória de inclusão. E para isso contribui também o grau de conscientização da sociedade, seja na construção de políticas públicas inclusivas, seja no trato cotidiano com as chamadas `minorias sociais`. (GARCIA, 2014, p. 182)

Fica claro que as problemáticas advindas do tema fazem parte de fatores culturais e históricos que as legislações ainda não conseguiram resolver. Isso porque não se mostra uma tarefa fácil a desconstrução de ideias e preconceitos consolidados ao longo da História, no âmbito nacional e internacional.

Fala-se sobre a construção de uma conscientização social que compreenda a necessidade de reforço das políticas de inclusão, com vistas à inserção das minorias como reflexo da proteção da dignidade humana. Deve-se apreender que a inclusão não se trata de um favor social, mas de um direito de todos os que precisam dele.

Ao tratar sobre a reserva de vagas no mercado, Rosé Toldrá explana, ao concluir seu estudo, que:

> Apesar do reconhecimento dos benefícios decorrentes das iniciativas de legislações e políticas públicas que promovem à inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho na perspectiva do direito e da cidadania, ainda, verifica-se conforme o estudo dificuldades devido ao desconhecimento da legislação, a falta de aplicação e de conscientização das empresas quanto à necessária modificação de atitudes e valores em relação às pessoas com deficiência, para que ocorra sua contratação.
>
> Os depoimentos indicam que a legislação é considerada necessária devido ao histórico de discriminação vivido por este coletivo, no entanto, a sua manutenção deve estar vinculada ao grau de conscientização da sociedade como um todo e a disponibilização de condições objetivas para a inclusão laboral dessa população.
>
> Para nos direcionarmos na perspectiva da sociedade inclusiva se faz necessário um esforço conjunto de todos os envolvidos – políticas públicas, de empresas e a sociedade em geral, no sentido de eliminar os preconceitos, discriminações, barreiras sociais, culturais e pessoais em todos os âmbitos, incluindo o trabalho. (TOLDRÁ, 2009, p. 115-116)

Reflete-se sobre a insuficiência das normas existentes para a garantia, por si só, da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Isso porque, como salienta o autor acima, a efetiva inclusão só poderá ocorrer através da vontade social

conjunta. Deve haver uma verdadeira reconstrução cultural no sentido do respeito às necessidades inclusivas.

Toda a sociedade precisa estar empenhada no respeito aos dogmas inclusivos, compreendendo que toda a mecânica social deve contemplar o ímpeto inclusivo, de modo a proporcionar a isonomia de condições no cotidiano laboral. Esse é um dos grandes desafios da contemporaneidade.

Dessa forma, as medidas de inclusão já existentes, como, por exemplo, a reserva de vagas nos setores público e privado, devem ser respeitadas e consolidadas para que essa conjuntura inclusiva possa se efetivar na sociedade de maneira espontânea no futuro. Assim, infere-se que:

> A reserva de vagas na Administração Pública ou nas empresas privadas jamais poderá ser considerada como uma proteção paternalista; trata-se, isto sim, da própria revelação da essência do Direito do Trabalho, o qual nasce da premissa básica de que a lei deve assegurar a igualdade real entre as pessoas, suprindo as desigualdades que se constituam em fatores de segregação. (FONSECA, 2006, p. 24)

Vê-se que, como não se tem uma consciência natural e uma espontaneidade no respeito às medidas de inclusão no Brasil, as legislações que garantem os percentuais inclusivos têm um papel importante para definir socialmente as necessidades de inserção, tendo, portanto, um caráter didático.

Percebe-se que a efetivação da inclusão não parece ser uma tarefa fácil para os poderes públicos porque, como já se falou neste estudo, ainda não se formou uma conscientização coletiva que pugne, eficazmente, pelas causas inclusivas na prática laboral. As reivindicações existentes ainda não possuem a força necessária para reformular essas heranças culturais de preconceito e negligência em detrimento das pessoas com deficiência.

Trata-se de uma temática complexa, uma vez que muitas pessoas ainda não conseguem apreender a essencialidade de medidas inclusivas para aqueles que necessitam delas. Por isso é tão importante a mudança de perspectiva social em benefício do esforço coletivo pela causa inclusiva em todo o mundo, especialmente no Brasil, palco deste estudo. Sendo assim:

> Sabe-se que a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho ainda enfrenta diversas barreiras e bloqueios na tentativa da inclusão, mas para diminuir o preconceito e a discriminação é necessário que as pessoas tenham mais acesso a programas de ensinos, mais informações em jornais, revistas, televisão, rádio, entre outros meios de comunicação, a fim de disponibilizar conteúdo de

> fácil percepção e acesso, devendo haver também aplicação demedidas urgentes, não só governamentais, mas do conjunto da sociedade, para capacitá-los para o trabalho e oferecer melhores condições de vida. (GONÇALVES e GARCIA, 2018, p. 18)

Destarte, o mundo do trabalho precisa estar verdadeiramente adaptado às demandas inclusivas, de maneira a contemplar as PCDs. Se o trabalho pode conceder direcionamentos de vida, dignificação, ocupação, dentre outros, esses benefícios devem estar à disposição de todos, indistintamente, tendo as pessoas com deficiência o direito de usufruir dos mesmos.

Não parece razoável privar as PCDs dos benefícios do labor pela simples negligência social, já que a sociedade, em grande medida, não se empenha em promover a efetivação das medidas inclusivas. Não proporcionar um ambiente laboral inclusivo é promover o descumprimento da lógica constitucional que preza fortemente pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Mostra-se crucial a construção de uma conscientização coletiva que procure exigir dos poderes públicos e do setor privado o cumprimento das normas pátrias que garantem a inclusão. Essas normas constituem um grande avanço em benefício da sociedade brasileira, mas só terão um valor prático eficiente quando toda a sociedade desenvolver essa consciência de respeito e inclusão.

Essa deve ser uma luta coletiva em prol do bem comum, com o desenvolvimento de uma lógica solidária entre os indivíduos, com o alastramento da empatia e do cuidado mútuo entre os humanos.

É bem verdade que o sistema capitalista, regente da sociedade contemporânea, não é um palco propício para o desenvolvimento da vontade solidária, já que demonstra prezar pela concorrência e pelo individualismo. Entretanto, a racionalidade humana deve estar acima dos tentáculos capitalistas neoliberais, fazendo com que as pessoas reflitam sobre as diferenças e a necessidade de incluí-las no cotidiano social, especialmente no que se refere ao meio ambiente laboral.

Dessa forma, é papel da sociedade reivindicar o cumprimento das normas inclusivas existentes, de maneira a consolidar e efetivar a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Esses esforços tenderão a reformular a cultura atual, extirpando gradualmente os resquícios históricos de preconceitos, desrespeito e intolerâncias.

Muitas são as barreiras sociais e culturais que as iniciativas de inclusão terão que enfrentar para conseguir uma mudança de mentalidade, de modo a construir paulatinamente um caminho que proporcione aos obreiros com deficiência condições dignas de trabalho e de vida. Essa necessidade de mudança é uma responsabilidade que recai sobre toda a coletividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do conteúdo analisado nesta pesquisa, pôde-se observar que existe um legado histórico que corrobora e dissemina intolerâncias e desrespeito contra as pessoas com deficiência. Percebeu-se que a cultura contemporânea ainda possui dificuldade de apreender e abranger a importância da inclusão.

Essa herança histórica de intolerância refletiu em todos os âmbitos sociais, e, por óbvio, acabou por atingir o mundo do trabalho. No Brasil, apesar de haver um corpo normativo que preza pela inclusão e pela proteção da dignidade da pessoa humana, na prática, há uma grande dificuldade de efetivação da inclusão da PCD, devido à falta de implementação de medidas que viabilizem, de fato, essa inserção.

Apontou-se a negligência social no que se refere ao fomento de medidas inclusivas no meio ambiente laboral, fundada na falta de uma conscientização coletiva que reivindique efetivamente providências eficientes e que promovam a adaptação dessas pessoas no cotidiano trabalhista.

Salientou-se a necessidade da construção de uma conscientização coletiva pautada na solidariedade e na empatia, mesmo em um mundo fundamentado na lógica capitalista. Sendo a racionalidade humana característica diferencial dessa espécie, cumpre a reflexão e a crítica à sistemática liberal que prioriza o lucro, de maneira a enxergar valor na valorização do outro e no bem-estar alheio.

Essa reformulação de mentalidade social se mostra essencial para que se possa alcançar um meio social verdadeiramente inclusivo, que coloque a dignidade da pessoa humana acima dos interesses de mercado, estando o bem comum em um patamar superior e intocável. Afinal, não parece equivocado esperar que "utopias" se tornem realidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília-DF, jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

BRASIL. Lei 13.146 de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília-DF, jul.

2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 14 de fev. de 2020.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Os Direitos Humanos e a pessoa com deficiência no mercado de trabalho. **INCLUSÃO - Revista da Educação Especial** – Ano 2, nº 2 Jul/2006. Disponível em: http://pat.educacao.ba.gov.br/conteudos/conteudos-digitais/download/4052.pdf#page=19. Acesso em: 15 de fev. de 2020.

GARCIA, Vinicius Gaspar. Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil. **Rev. Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n.1, p. 165-187, jan/abr. 2014. Disponível em https://www.redalyc.org/pdf/4067/406756991010.pdf. Acesso em: 11 de fev. de 2020.

GONÇALVES, Mariane Eugênia. GARCIA, Nelson Luiz dos Santos. A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Revista Pensar Direito**, vol. 9, n. 2, jul/2018. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a307.pdf. Acesso em: 15 de fev. de 2020.

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. Direito ao trabalho como elemento de inclusão social da pessoa com deficiência: análise da Lei nº 13.146/2015. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 54, n. 214, p. 153-173, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p153. Acesso em: 15 de fev. de 2020.

OPUSZKA, Paulo Ricardo. HARTMANN, Manuela Godoi de Lima. A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho à luz dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. **JURIS**, Rio Grande, v.18: 9-29, 2013. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/4420/3143. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

SECRETARIA DE TRABALHO. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Lei que regulamentou inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho completa 28 anos**. 2019. Disponível em: http://antigo.trabalho.gov.br/noticias/7185-lei-que-regulamentou-insercao-de-pessoas-com-deficiencia-no-mercado-de-trabalho-completa-28-anos. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. LEITÃO, André Studart. DIAS, Eduardo Rocha. O Caminho da Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: onde estamos?. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p.13-43, jan./jun.,

2016. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/653/259. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

TOLDRÁ, Rosé Colom. Políticas afirmativas: opinião das pessoas com deficiência acerca da legislação de reserva de vagas no mercado de trabalho. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, v. 20, n.2, p. 110-117, maio/ago de 2009. Disponível em: https://www.periodicos.usp.br/rto/article/view/14064/15882. Acesso em: 13 de fev. de 2020.

A REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA?

A LABOR REFORM: ADVANCE OR RETURN TO FUNDAMENTAL RIGHT TO ACESS JUSTICE?

AMANDA DE OLIVEIRA SOUTO[1]
PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA[2]

RESUMO

Este artigo propõe o estudo acerca das alterações legislativas advindas da Lei nº 13.467/2017 haja vista as modificações nos dispositivos legais na seara trabalhista que provocaram limitações ao acesso à justiça. Neste contexto, é possível avaliar as restrições impostas pelo texto da denominada "reforma trabalhista" que ocasionaram consequências incompatíveis com a garantia constitucional do acesso à justiça na busca pela efetivação dos direitos dos trabalhadores que porventura necessitem litigar na Justiça do Trabalho. Portanto, o objetivo da discussão é de suma importância para a compreensão de que essas mudanças nas regras processuais e materiais propostas pela Lei supramencionada deveriam, *à priori*, garantir sua aplicabilidade à luz da atual noção do direito de acesso à justiça como uma prerrogativa fundamental e que é condição de possibilidade do próprio exercício dos Direitos Sociais. Será discutido se a drástica diminuição no número de reclamações ajuizadas nas Varas do trabalho é consequência imediata de tais mudanças, além dos impactos econômicos, sociais e das dificuldades encontradas para o exercício da advocacia, que também se somam a este contexto. Trata-se, por fim, de pesquisa qualitativa, descritiva, bibliográfica e documental, de abordagem dedutiva, delineando a construção histórica e jurídica do acesso à justiça até a aprovação da Lei nº 13.467/2017.

Palavras-chave: Constituição. Trabalho. Reforma. Acesso. Justiça.

1 Advogada inscrita na OAB/PB com experiência na área de Direito do Trabalho e Direito Educacional. Atua como Gestora e Assessora Jurídica no Centro Universitário de Patos/UNIFIP – Campus Patos e Faculdades Integradas de Patos/FIP - Campus Campina Grande. Mestranda em Direito, Regulação e Desenvolvimento pelo Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública, pelo Instituto Damásio de Direito (2019).

2 Doutor e mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (Brasil). Professor permanente e Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa – PB (mestrado). Professor do CCJ/UFPB, vinculado ao Departamento de Direito Privado. Magistrado do Trabalho, Juiz titular da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB - Brasil. Líder dos Grupos de Pesquisa Estado, sociedade civil e desenvolvimento econômico sustentável (UNIPÊ) e Paz, justiça e instituições eficazes (UFPB). E-mail: prof.paulohenriquetavares@gmail.com

ABSTRACT

This article proposes a study about the legislative changes arising from Law nº. 13,467/2017, considering the changes in the legal provisions in the labor field that caused limitations to access to justice. In this context, it is possible to assess the restrictions imposed by the text of the so-called "labor reform" that caused consequences incompatible with the constitutional guarantee of access to justice in the search for the realization of workers' rights when litigating in the Labor Court. Therefore, the objective of the discussion is of the utmost importance to understand that these changes in the procedural and material rules proposed by the aforementioned Law should, a priori, guarantee their applicability in light of the current notion of the right of access to justice as a fundamental prerogative, which is a condition for the possibility of exercising Social Rights. Above all, due to the impact of decreasing the filing of labor claims in the Labor Courts, as an immediate consequence of such changes. In addition to the economic and social impacts and difficulties encountered by the law, which are also added to this context. Finally, it is a qualitative, descriptive, bibliographic and documentary research, with a deductive approach, outlining the historical and legal construction of access to justice until reaching Law nº 13,467/2017.

Keywords: Constitution. Job. Remodeling. Access. Justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará as transformações legislativas oriundas da denominada "Reforma Trabalhista", com o advento da Lei nº 13.467/2017, e sua relação ao Princípio Constitucional do Acesso à Justiça, evidenciando as principais alterações no diploma legal que afetaram drasticamente o direito fundamental de acesso à justiça. Serão apontados os prejuízos provenientes de tais mudanças para a sociedade como um todo, para a Justiça do Trabalho e, principalmente, para os trabalhadores; frisando, ainda, as consequências para o exercício da advocacia, que ficou impedida de desempenhar o seu relevante papel na administração dos interesses dos sujeitos da relação de trabalho.

As promessas que provocaram as mudanças no arcabouço jurídico das normas do Direito do Trabalho estão baseadas em medidas capazes de diminuir a mão de obra informal e ofertar novos empregos, configurando uma tentativa de priorizar a relação saudável entre empregado e empregador para funcionar como pilar essencial do poderio econômico do Brasil. Porém, após a vigência da Lei nº 13.467/2017, pôde-se constatar alterações quanto à assistência judiciária, possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais, pagamento adiantado de honorários periciais e demais normas que versam sobre litigância de má-fé.

A partir disso, a Reforma Trabalhista afetou profundamente a dinâmica do processo do trabalho em desfavor do trabalhador, que passou a ter um risco econômico elevado ao ingressar com uma demanda judicial. Esse temor tem provocado um esvaziamento da Justiça do Trabalho. Nesse sentido, vem à tona o seguinte questionamento: as inovações legislativas que estavam pautadas no crescimento econômico e social para o país, impuseram limites quanto ao acesso à justiça, através das novas regras para se litigar na Justiça do Trabalho?

O objetivo deste estudo, então, é de verificar se houve um avanço ou retrocesso do acesso ao Poder Judiciário no que diz respeito ao novo texto das Leis do Trabalho provenientes da Reforma. A temática é extremamente relevante, uma vez que sua discussão traduz reflexões acerca da mitigação de direitos para a classe trabalhadora, bem como a violação dos preceitos constitucionais que amparam o rol de direitos sociais.

A pesquisa desempenhada neste artigo pode ser classificada como qualitativa, descritiva, bibliográfica e documental, com abordagem dedutiva. Foram utilizados para a construção do trabalho, livros, leis, documentos e artigos científicos. Cabe pontuar que este estudo está estruturado em um breve contexto histórico-jurídico do acesso à justiça, com foco no papel da assistência judiciária e nas novas regras da reforma. Por fim, serão discutidas as limitações impostas pela Lei nº 13.467/2017, diante da obrigatoriedade do pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, adiantamento de honorários periciais e normas de litigância de má-fé.

2 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO DA TEORIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Tomando por base a premissa histórico-jurídica, sabe-se que, no Estado Liberal, o acesso à justiça era tratado por um condão individualista de direitos, ou seja, através de um modo formal e restrito de propor e contestar ações. Esta ótica processual estava atrelada ao fato de que o Estado se demonstrava inerte quando tratava dos direitos naturais, cuja proteção não estava amparada por qualquer uma de suas ações. Além do que, não havia uma igualdade entre os indivíduos quanto à oportunidade de pleitear os seus direitos.

Com o advento do Estado Social, uma vez que a sociedade cresceu e se tornou mais complexa, com relações sociais que começaram a se revestir de uma postura coletiva, o significado de direitos humanos também se tornou mais evidente, o que resultou na ideia de direitos sociais e, paralelamente a isso, levou o Estado a assumir

um caráter prestativo para garantir a efetivação desses novos direitos (direito à saúde, direito à educação, direito ao trabalho, direito à segurança, entre outros). Nesse contexto, a justiça deixou de ter o viés desigual do anterior (Estado Liberal) em razão da disponibilidade econômica das partes, passando a vigorar como atuação positiva do Estado.

No Estado Brasileiro, apenas em 1934 a Constituição passou a proteger os trabalhadores. De acordo com Martins (2019), essa garantia foi sentida em 1934 por meio da liberdade sindical, da isonomia salarial, do salário mínimo, entre outros. Porém, somente na atual Magna Carta, é possível perceber o cuidado do legislador em amparar tais direitos. Destarte, vejamos o que o autor Martins (2019, p. 59, grifo nosso) esboça em sua obra:

> Em 5-10-1988, foi aprovada a atual Constituição, que trata de direitos trabalhistas nos arts. 7º a 11. Na Norma Magna, **os direitos trabalhistas foram incluídos no Capítulo II, "Dos Direitos Sociais", do Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais"**, ao passo que nas Constituições anteriores os direitos trabalhistas sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social.

É notável o cuidado do legislador em elevar os direitos trabalhistas para o rol de direitos fundamentais. O que representa, portanto, uma conquista para os trabalhadores brasileiros que por muitos anos não tiveram seus direitos protegidos pelo Estado.

Sendo assim, nesse modelo constitucional – fundado na dignidade da pessoa humana – que consagra o acesso à justiça como um princípio a ser observado, o acesso à justiça é direito e garantia fundamental, estando previsto formalmente no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Individuais e Coletivas, no art. 5º, XXXV que aduz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

Sob tal prisma, constitui dever do Estado democrático assegurar aos cidadãos socialmente vulneráveis o conhecimento dos seus direitos, garantindo que não se omitam diante das suas lesões, possibilitando-os vencer as barreiras do acesso à justiça (SANTOS *et al.*, 2002).

Do conceito do princípio de acesso à justiça, pode-se extrair também a percepção da possibilidade de provocar a prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos. Tal possibilidade consistiria, então, num veículo para uma possível concretização de direitos materiais. Seguindo este entendimento numa ótica internacional, segundo o Art. 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, temos que:

> Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 2013, p. 154).

As normas internacionais servem de parâmetro para o olhar que se deve direcionar para o processo do trabalho, muito embora a Lei nº 13.467/2017 contrarie estes dispositivos, como será amplamente configurado no decorrer deste trabalho. Consoante com as disposições constitucionais do art. 5º, inc. XXXV, tem-se o art. 3º do Código Civil, que também predispõe sobre o acesso à justiça, e assevera: "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito" (BRASIL, 2002, art. 3º).

A referida expressão não se repete apenas por mera coincidência, mas pela importância que o princípio de acesso à justiça denota no âmbito processual, uma vez que representa o fio condutor entre a sociedade e o Poder Judiciário.

Diante dos recortes mencionados acima, em matéria constitucional, internacional, de direitos humanos e de direito processual civil que se comprova, o legislador concebeu a gratuidade da justiça como instrumento de diminuição das insatisfações sociais e garantidor da concretização do Princípio da Isonomia, proporcionando o acesso à Justiça aos desfavorecidos. No entendimento de Cappelletti e Garth (1988, p. 12), observamos que:

> Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamentos de litígios. Eles precisam, consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas.

Destaca ainda que:

> O "acesso" não é apenas um direito sócio fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da

> moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

É justamente nesse sentindo, nessa inquietude, que o trecho acima da obra de Cappelletti e Garth (1988) reafirma o acesso à justiça como o pilar da moderna processualística e que essa premissa pressupõe um alargamento de objetivos e métodos da moderna ciência. A interpretação que se dá a esta passagem está atrelada ao fato de que o acesso à justiça deveria dispor progressivamente de alternativas para concretizar o que expressa a legislação atual brasileira. O que vem ocorrendo na prática, porém, é justamente o inverso dessa projeção; quando da promulgação da Lei nº 13.467/2017, que introduziu no ordenamento jurídico uma nova concepção de acesso à Justiça do Trabalho. No art. 790, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) temos que:

> É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento desde o ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (BRASIL, 2017, p. 133).

Nesta perspectiva, a inserção do §3º do art. 790 é contrária à noção de proteção que informa e justifica o direito do trabalho, pois o conceito legal de Assistência Judiciária está contido no texto da Lei nº 1.060/50, que continua em vigor e abrange todos os custos processuais. Portanto, a referida norma (§3º do art. 790 da CLT) é totalmente incompatível com a norma de eficácia geral, bem como, com a norma posta pelo Código do Processo Civil (CPC). Além do que, existe um fato estritamente relevante nesta discussão referente à gratuidade da justiça como fator decisivo para a classe trabalhadora pleitear os seus direitos, e que se remete a própria essência e finalidade da Justiça Especializa do Trabalho: a busca pela a razoabilidade e proporcionalidade das partes acometidas nas relações de trabalho a fim de contribuir para uma justiça social e para que as diferenças entre a classe operária e a classe patronal sejam consideravelmente diminuídas.

Como já abordado anteriormente, sabe-se que todo indivíduo possui acesso à justiça garantido pela Constituição Federal vigente. Desta forma, a classe de trabalhadores poderá acionar o judiciário sempre que detectar. O autor Mauro Schiavi (2017, p. 17), esclarece que:

> Não basta apenas que seja garantido o acesso à justiça, mas que também é de máxima importante que exista efetividade nesse acesso, assim, deverá ser formado por princípios e regras justas e razoáveis que possibilitem não só o ingresso da demanda, mas também "poder participar, contar com a participação adequada do juiz, a fim de receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.

Portanto, é indubitável que há o comprometimento do direito de acesso à justiça com o advento da Reforma, uma vez que ela restringe a ação do trabalhador na tutela jurisdicional na medida em que propõe critérios para se chegar até o Judiciário, haja vista que o acesso à justiça constitui direito inarredável, compondo o mínimo existencial do indivíduo.

Ademais, é também direito instrumental por meio do qual a classe trabalhadora, mormente quando se depara com situação de desemprego, alijada de outros direitos humanos materiais, nos quais poderão reivindicá-los perante o Judiciário. Que exige, dessa forma, prestações positivas do Estado no que se refere à cobrança do crédito trabalhista oriundo do dispêndio da sua força de trabalho ou aviltamento da sua integridade física e mental.

3 O PAPEL DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E AS NOVAS REGRAS DA REFORMA TRABALHISTA

Nesta seção, antes de adentrar no tema central abordado, é importante compreender o que motivou a reforma trabalhista. Sem dúvida, no contexto institucional à época da discussão acerca de novos dogmas, há o reflexo desses ideários no novo diploma das leis dos trabalhadores, que, consequentemente, é fortemente alterado.

Para isso, é preciso compreender ainda os conceitos de flexibilização, desregulamentação e flexissegurança das normas. A flexibilização, na seara trabalhista, corresponde a amenizar o rigor das regras cogentes/imperativas de ordem pública. Ou seja, as regras pré-existentes são flexibilizadas no sentido de diminuir a intervenção estatal nas relações de trabalho. A desregulamentação, por sua vez, corresponde a não intervenção estatal aos direitos laborais. Ou seja, consiste na retirada total de proteção do Estado com relação à classe de trabalhadores.

Há também a denominada flexissegurança, que parte de dois ideários: buscar formas mais flexíveis de contratação e de fortalecer a política de segurança do

trabalho no momento do desemprego. Diga-se de passagem, a flexissegurança é uma tendência mundial na busca de "contratos formais flexíveis".

De fato, as flexibilizações das regras trabalhistas vêm tornando-se, a cada dia, uma realidade em diversos países. No Brasil, seguindo esta mesma tendência de desvirtuamento do Estado no poderio de resguardo da CLT, os ideais liberais que outrora inspiraram um novo escopo ressurgem para fundamentar a reforma trabalhista.

O liberalismo, que surgiu no século XVII para conferir uma estrutura conceitual ao novo modelo econômico, através do pensamento de filósofos como John Locke e franceses iluministas, como Montesquieu, surgem, na época, com ideias liberais e com o intuito de enfraquecer totalmente a monarquia absolutista e instituir Estados Constitucionais na Europa. As concepções liberais retratam que não deve existir um sistema opressor que retire dos indivíduos a sua liberdade, de modo a deixá-los livres para viverem e produzir. Eis que surge, por sua vez, o liberalismo econômico, criado pelo também filósofo e economista Adam Smith, que defendia que o Estado deveria ter o mínimo possível de participação na economia, que por sua vez, deveria ser regulada por si.

Vê-se, pois, que o espírito liberalizante inspirou a reforma trabalhista: o negociado que prevalece sobre o legislado. Neste sentido, o que for negociado através de acordo e convenções coletivas de trabalho, prepondera, predomina sobre a lei. Trata-se de uma fase do capitalismo marcada pela completa valorização do capital financeiro em detrimento do capital produtivo e que têm por estratégia de denominação a precarização social do trabalho. No entanto, esse processo dá-se por vontade política e não por mera fatalidade econômica (BOURDIEU, 1998; DRUCK, 2011).

De acordo com o texto da redação dada pela nova CLT, no art. 611-A, está disposto que: "A convenção coletiva e o acordo e convenções coletivas de trabalho predomina sobre a lei" (BRASIL, 2017, p. 103). Sendo assim, a nova regra é pautada na intervenção mínima do Estado nas relações de trabalho, concedendo maior autonomia às partes dessa relação contratual, que passam a estabelecer condições que antes eram impostas por lei. Há estudos, inclusive, que demonstram que a reforma trabalhista decorre de uma junção da flexibilização e desregulamentação de normas, ou seja, partindo de um pressuposto híbrido, uma vez que apresenta aspectos das ambas as situações.

Convém abordar também a respeito do Princípio do Patamar Civilizatório Mínimo, previsto constitucionalmente nos arts. 7º, 8º, 9º e 10º. Este princípio traz uma reflexão importantíssima a este estudo, uma vez que pressupõe um patamar de respeito, pelo menos na sua extensão de garantir a dignidade da pessoa humana.

Esse mínimo se traduz num patamar no qual os direitos sociais e fundamentais sejam garantidos ao trabalhador, assegurando-lhes um valor social ao trabalho desempenhado, preservando, consequentemente, a dignidade da pessoa humana.

Cabe observar também o conceito do Princípio da Inafastabilidade à Prestação Jurisdicional, que tem como objetivo fazer com que o Estado crie formas de solução de litígios, de modo célere, desburocratizadas e desvinculadas de ordenamentos ultrapassados que impedem o livre acesso à justiça. Ou seja, todos têm acesso à justiça para postular suas tutelas, todos possuem o direito de ação quando houver lesão de direitos.

Um outro ponto crucial e de extrema relevância que merece a devida observação é o que, atualmente, as relações de trabalho estão enfrentando como consequência da valorização da capital financeiro em detrimento do capital produtivo: a precarização estrutural do trabalho em escala global.

Pode-se concluir, então, que não somente o direito ao acesso à justiça vem sendo fortemente enfraquecido, pois, como se não bastasse, embora os trabalhadores possuam o seu direito social ao trabalho ainda salvaguardado pela Constituição Federal, há de se pensar até que ponto existe de fato a proteção a este direito, considerando que existe um número considerável de trabalhadores que exercem suas atividades de modo precário, instável e temporário. Ocorre que, em virtude da mundialização e financeirização dos capitais, tornou-se obsoleto o modo de tratar os três setores da economia: a agricultura, os serviços e a indústria.

Antunes (2015, p. 123), em sua obra "Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho", explica que:

> Já se tornou lugar-comum dizer que a classe trabalhadora vem sofrendo profundas mutações, tanto nos países centrais como no Brasil. Sabemos que um amplo contingente da força humana disponível para o trabalho, em escala global, ou se encontra exercendo trabalhos parciais, precários, temporários, ou já vivenciava a barbárie do desemprego. Mais de um bilhão de homens e mulheres padecem as vicissitudes do trabalho precarizado, instável, temporário, terceirizado, quase virtual, e dentre eles centenas de milhões têm seu cotidiano moldado pelo desemprego estrutural. Se contabilizados ainda os dados da Índia e China, a conta se a avoluma ainda mais (ANTUNES, 2015, p. 123).

Em outra obra, "O Privilégio da Servidão", também do autor supramencionado, é desenhado um cenário extremamente preocupante para a classe trabalhadora quando se explica que:

> A instabilidade e a insegurança são traços constitutivos dessas novas modalidades de trabalho. Vide a experiência britânica do *zero hour contract* [contrato de zero hora], o novo sonho do empresariado global. Trata-se de uma espécie de trabalho sem contrato, no qual não há previsibilidade de horas a cumprir nem direitos assegurados. Quando há demanda, basta uma chama e os trabalhadores e as trabalhadoras devem estar on-line para atender o trabalho intermitente. As corporações se aproveitam: expande-se a "uberização", amplia-se a "pejotização", florescendo uma nova modalidade de trabalho: o escravo digital. Tudo isso para disfarçar o assalariamento (ANTUNES, 2018, p. 23).

Refletindo sobre as pontuações do autor, é inquestionável que as mudanças que têm ocorrido atualmente, ao invés de fornecer um amparo ao trabalhador, têm causado efeito reverso na prática. Isso caracteriza total absurdo, pois, sem dúvida alguma, representa um enorme descaso com a classe operária, além de um retrocesso para toda a sociedade.

É indispensável esclarecer que todo este cenário é ratificado de acordo com consulta realizada ao site do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Numa análise após um ano da reforma trabalhista, têm-se uma diminuição no volume de ajuizamento de novas ações e, em um diagnóstico imediato acerca do tema, este é o principal impacto causado pela alteração legislativa decorridos os doze primeiros meses.

> Segundo a Coordenadoria de Estatística do TST, entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas (BRASIL, 2018, online).

Conforme informações veiculadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2018, o número de processos baixados foi superior à quantidade de ações judiciais apresentadas à justiça naquele ano – 13% maior. Em 2017, embora o número de ações pendentes de solução tenha apresentado decréscimo de cerca de 200 mil casos em relação ao resultado do ano anterior, o fato pode ser considerado uma estabilização do estoque.

> Se o número de casos solucionados pelo Judiciário no ano passado aumentou 3,8%, houve queda de 1,9% na quantidade de casos novos ingressados de janeiro a dezembro de 2018. A procura pelos tribunais caiu ao patamar de 2013. Boa parte desse resultado deve-se à Justiça do Trabalho, ramo do Judiciário que, em 2018, deixou de receber 861 mil processos em relação ao ano anterior. As Varas do Trabalho, porta de entrada das queixas dos trabalhadores de todo o país, receberam

> 2,5 milhões de processos no ano passado, 949 mil a menos que em 2017. A demanda da Justiça trabalhista foi afetada pela entrada em vigor da Reforma Trabalhista, em novembro de 2017 (BRASIL, 2019, online).

O que se questiona diante dos dados apresentados pelos portais de transparência dos órgãos do Poder Judiciário, é que a Justiça do Trabalho vem_se tornando cada vez mais qualitativa e menos quantitativa. O que, à grosso modo, representaria uma melhor apreciação dos pleitos e menos tempo demandado aos processos.

Tornar a Justiça Especializada do Trabalho em "menos quantitativa" é, porém retirar o direito fundamental de acesso ao Judiciário, uma vez que os próprios dados demonstram drasticamente a queda de ajuizamento de ações, é se importar cada vez menos com o ser humano e muito mais com a atividade, os resultados e os números. Deve haver bom senso ao interpretar estas questões, para não se ter a impressão equivocada de que estamos evoluindo enquanto sociedade e Poder Judiciário.

4 LIMITAÇÕES AO ACESSO À JUSTIÇA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS; ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS E NORMAS DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A Reforma Trabalhista inaugura um novo modelo de risco processual para o trabalhador que pretende acionar o seu empregador. Este modelo está fundado em dois pilares principais, que são: a cobrança de honorários advocatícios de sucumbência, os quais passam a ser devidos por ambas as partes, e a alteração nas normas que versam sobre o benefício da justiça gratuita. A Reforma também modificou em seu texto o dispositivo que corrobora com o entendimento da limitação do acesso à Justiça. No art. 791-A expõe que:

> Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou não, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (BRASIL, 2017, p. 134).

Analisando a normativa da reforma, percebe-se que ela determina que o risco da sucumbência paire sob o trabalhador. Nesse caso, como conferir ao empregado uma posição compensatória em relação ao empregador quando o próprio acesso à

justiça já impõe uma condição de diferença que faz com o que o obreiro suporte o risco da sucumbência e permite grave violação ao pleitear seus direitos?

Nitidamente, há ofensa ao Princípio da Proteção do Trabalhador, pois não se garante o dever de proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último, superioridade jurídica (GALLART FOLCH, 1936). Pois, transferir o risco da sucumbência para o hipossuficiente é limitar o acesso à Justiça.

Quanto à cobrança de honorários contratuais é majoritário o entendimento da doutrina e jurisprudência que é lícito. Entretanto, quanto aos honorários sucumbenciais, a partir de então apresentado como regra e não como exceção, há de se convir que há maculação das normas e princípios vigentes. Se maioria dos trabalhadores, em suas demandas jurídicas, sequer possuem capacidade financeira para arcar com a remuneração do advogado, o que se dirá, então, do pagamento de honorários sucumbenciais?

Portanto, neste novo formato normativo, a sucumbência na Justiça do Trabalho limita o *jus postulandi* de modo desproporcional, atentando contra a isonomia material do trabalhador.

Quanto aos honorários periciais na nova CLT, passa-se a discorrer sobre a matéria com fulcro no art. 790-B da Reforma, que explana: "A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita" (BRASIL, 2017, p. 133).

Mais uma vez, pode-se comprovar que o legislador no texto da nova CLT padece de inconstitucionalidade, pois descumpre a normativa constitucional na medida em que exclui os honorários periciais da proteção da gratuidade de justiça. Ratificando o entendimento supramencionado, Cassar (2017, p. 98) relata que:

> Ainda que beneficiária da gratuidade de justiça, a parte sucumbente é responsável pelos honorários periciais. Como visto supra, a regra processual trabalhista é mais rigorosa que a processual civil e subverte toda a conceituação de gratuidade de justiça.

A Orientação Jurisprudencial 98 da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) do TST que contraria a regra atual, dispõe que:

> É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito (BRASIL, 2002, s/p.).

O efeito prático, portanto, é o afastamento do trabalhador na busca pela efetivação dos seus direitos. É mais uma vertente que afronta, nomeadamente, os Princípios da Proteção do Trabalhador e da Inafastabilidade da Jurisdição. Por fim, porém não menos importante, serão analisadas as novas regras para a litigância de má-fé na nova CLT.

Neste diapasão, a aplicabilidade da litigância de má-fé na Justiça do Trabalho sempre foi tímida. Tal fato deve-se à própria essência, notadamente pela hipossuficiência como pilar básico conceitual do Direito Processual do Trabalho. Vejamos, portanto, o que declara no novo texto do art. 703-A: "Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente". Ainda no art. 793-C, temos que:

> Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou (BRASIL, 2017, p. 135).

É justo concluir, portanto, com base na nova redação da CLT, que a condenação em litigância de má-fé, os honorários sucumbenciais e periciais representam um conjunto de medidas impostas pelo legislador e elaboradas a fim de obstaculizar o acesso à Justiça do Trabalho. Cassar (2017, p. 101) evidencia ainda que:

> A dificuldade de concessão de gratuidade de justiça ao reclamante conjugada com a litigância de má-fé que lhe pode ser aplicada, conjugada com o temor da testemunha de exorbitante valor, foram as medidas que o legislador da Reforma Trabalhista encontrou para inibir demandas trabalhistas desnecessárias ou ações aventureiras.

Tendo em vista toda a matéria abordada, é possível observar que os indivíduos inseridos no Estado Democrático de Direito, com amparo constitucional de normas e princípios estão expostos a terem seus direitos eivados de potencial de inconstitucionalidade.

Não é possível que não seja óbvia a importância da Instituição da Justiça do Trabalho, diante do que foi demonstrado no decorrer desta pesquisa, na seara processual e material do trabalho. O papel dos operadores do Direito e de toda a sociedade é de grande valia para não permitir que o acesso à justiça como direito fundamental seja destroçado.

> A reforma em questão, longe de solucionar os problemas das desigualdades nas relações de trabalho no país, tende a gerar mais distorções sociais e iniquidades, com impactos negativos na atividade econômica, na Previdência, na atividade sindical a não litigiosidade. Ao retroceder ao encontro "livre" das vontades "iguais" como instância normatizadora prevalente desconsidera a história da construção do direito do trabalho, cujos princípios próprios lhe dão fisionomia (BIAVASCHI, 2017, p. 202).

Defende a Desembargadora Magda Biavaschi (2017), que a Reforma, na verdade, foi promovida no intuito de defender os interesses da classe empresarial. É sabido também que o cenário atual brasileiro está embebido de um grande colapso em seus poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o que não pode ocorrer, entretanto, é que a sociedade tenha seus direitos trabalhistas e sociais ceifados quando da criação de leis que massacram os trabalhadores em virtude da ineficiência da gestão do Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, percebe-se que houve uma clara tentativa de destruição do espaço de cidadania que representa a Justiça Especializada do Trabalho. Os argumentos de que a reforma possibilitaria a geração de novos empregos e a valorização da ação dos sindicatos foram puramente impostos para a sociedade de forma a ludibriá-la e fazê-la acreditar num avanço utópico.

Ao contrário, por sinal, as mudanças tiveram efeito negativo, ao passo que ceifaram direitos sociais concebidos ao longo de diversas lutas travadas por anos. Ademais, os dados que foram considerados como alarmantes em virtude das milhões de reclamações na Justiça do Trabalho, utilizados também como forte argumento para a aceitação da Reforma na tentativa de justificar a ineficiência desta Justiça, jamais devem ser vistos nesta vertente, pois, na verdade, o que existia era um grau elevado de confiabilidade depositado historicamente na Justiça Especializada do Trabalho.

Para o viés econômico, a Justiça do Trabalho também é de suma importância porque traduz o seu comprometimento através da produtividade das Varas do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho para a arrecadação fiscal aos cofres públicos provenientes de sentenças trabalhistas. Ou seja, a Justiça está empenhada na manutenção dos empregos e consequente crescimento do país.

Com isso, ao responder a indagação que deu o pontapé para a elaboração deste estudo, é possível afirmar que as alterações advindas da Lei da Reforma Trabalhista não somente proporcionaram a limitação do acesso à Justiça, mas, sobretudo, permitiram um grande retrocesso no tocante aos Direitos Sociais. As mudanças promovidas pela nova legislação, no que se refere aos honorários sucumbenciais e à isenção de custas processuais, possuem uma forte tendência à violação de Princípios Constitucionais da Isonomia (art. 5º, caput), da ampla defesa (art. 5º, LV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), e da inafastabilidade da jurisdição (art.5º, XXXV). E mais, nessa perspectiva, há de se convir que a precarização de direitos frente à Revolução 4.0 também pode acontecer em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?**: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. 288 p.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018. 328 p.

BIAVASCHI, Magda Barros. Reforma trabalhista no Brasil de Rosa: propostas que não criam empregos e reduzem direitos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 195-203, jun. 2017.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos:** táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 151 p.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho:** CLT e normas correlatas. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 189 p.

BRASIL. **Direitos Humanos**. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. 441 p.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Primeiro ano da reforma trabalhista:** efeitos. 2018. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asse

t_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos/pop_up >. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Orientação Jurisprudencial da SDI - 2:** nº 98. 2002. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S5_81.htm >. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Processos pendentes na Justiça apresentam queda inédita**. 2019. Disponível em: < https://www.cnj.jus. br/processos-pendentes-na-justica-apresentam-queda-inedita/ >. Acesso em: 8 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. 168 p.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários a Reforma Trabalhista.** Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2017. 304 p.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios?. **Caderno Crh**, Salvador, v. 24, n. 1, p. 37-57, 2011.

GALLART FOLCH, Alejandro**. Derecho Espanõl del Trabajo**. Barcelona: Labor,1936. 431 p.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1336 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.* **O acesso ao direito e à justiça:** um direito fundamental em questão. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002. 633 p.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467.** São Paulo: LTr Editora, 2017. 172 p.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA SUA INOBSERVÂNCIA

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO[1]
MARIA JOANA ALVES DA SILVA[2]

RESUMO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 contém, entre os princípios aos quais a Administração Pública deve obediência, o Princípio da Eficiência. De acordo este princípio, o Estado deve prestar suas atividades com presteza e rendimento. Entretanto, inúmeras são as situações em que é possível observar sua inaplicabilidade. Na prática, observa-se que a afronta ao princípio da eficiência–não tem sido considerada como improbidade administrativa, como tipifica a lei, e que os Tribunais em geral não têm feito uso da Lei de Improbidade Administrativa para punir as situações em que a eficiência não foi respeitada como princípio. Dessa forma, tem-se como indagação: a ineficiência do agente público pode ser considerada apenas irregularidade? Neste contexto, o presente texto busca analisar o descumprimento do princípio da eficiência na Administração Pública e sua caracterização como ato de improbidade administrativa. Para tratar do tema, adotou-se como aporte teórico a obra Terceira Via, de Antony Giddens, tendo em vista sua opinião de que o Estado, que muito foi descreditado pelos administrados, precisa retomar a confiança dos indivíduos e que, para começar esse processo de recuperação da legitimidade, o passo inicial deve ser aumentar sua eficiência administrativa. Como metodologia adotada tem-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica. Conclui-se que os órgãos de julgamento e controle devem cumprir com suas atribuições, punindo os agentes que não cumpram os preceitos constitucionais do princípio da eficiência, haja vista a caracterização da improbidade administrativa.

Palavras-chave: Eficiência. Improbidade Administrativa. Administração Pública.

1 Mestre e Doutor em Direito. Desembargador do Trabalho. Professor UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa da graduação e do Programa de Mestrado. Presidente do TRT 13ª Região do biênio 2019-2021. Autor de várias obras jurídicas. E-mail: wolney.cordeiro@uol.com.br.

2 Advogada com graduação pela Universidade Salgado de Oliveira, Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco, mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pela UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa. E-mail: adv.joana@hotmail.com.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 contains among the principles that the Public Administration must obey the Principle of Efficiency. Based on this principle, the State must provide its services with promptness and quality, however there are numerous situations in which it is possible to observe its inapplicability. It is observed that the affront to the principle of efficiency in practice has not been considered as administrative improbity, as the law typifies, courts in general do not make use of the Law of Administrative Improbity to punish situations in which efficiency has not been respected as a principle. Thus, the question is: can the inefficiency of the public agent be considered as only irregularity? In this context, this study aims to analyze the non-compliance with the principle of efficiency in public administration and its characterization as an act of administrative improbity. To deal with the theme, the book "Terceira Via" of Antony Giddens was adopted as a theoretical contribution, considering that the State that was much discredited by the administration needs to regain the trust of individuals and to begin this process of regaining its legitimacy the initial step is to increase its administrative efficiency. The methodology adopted is the deductive method, with bibliographical research. It is concluded that the organs of judgment and control must comply with their duties, punishing agents who do not comply with the constitutional precepts of the principle of efficiency, given the characterization of administrative improbity.

Keywords: Efficiency. Administrative Improbity. Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

Ordenados pelo poder de império que sempre se impôs aos comandados na sociedade, a concepção de Estado surge em meio a inúmeras teses. Saído e um modelo Absolutista de governo, ultrapassando um modo liberal até chegar a um Estado Social Democrático, que firma sua atuação na promoção do desenvolvimento social e econômico com justiça, compartilhando com os indivíduos os benefícios da vida em sociedade e procurando por meio de políticas públicas eficientes, minimizar e evitar danos potenciais que venham a assolar a sociedade.

É nessa perspectiva que, a teoria de Giddens, apresentada em sua obra "A Terceira Via", se traduz como referencial teórico do presente estudo, tendo em vista que o autor considera que para reconstruir o Estado Democrático, o ente público necessita resgatar sua legitimidade. O primeiro passo desse processo seria aumentar sua eficiência administrativa. Nessa perspectiva, vê-se que no Brasil, com a introdução do Princípio da Eficiência pela Emenda Constitucional 19/98, configurou-se de forma marcante o direito dos cidadãos de ser governado por um governo integrado por gestores competentes e honestos.

Nesse mesmo sentido, nosso ordenamento jurídico, a fim de acabar ou pelo menos minimizar infortúnios, ostenta a Lei de Improbidade Administrativa que prevê sanções aos indivíduos que venham a praticar o locupletamento às custas do Estado, que causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública, dentre eles o Princípio da Eficiência. Observa-se, entretanto, que, apesar da existência das normas preventivas e repressivas, os atos ineficientes não têm sido sancionados pelos tribunais. Sendo assim, cumpre questionar: a ineficiência do agente público deve ser considerada somente como irregularidade?

A par disso, este trabalho, em linhas gerais, tem por objetivo analisar o descumprimento do princípio da eficiência na Administração Pública e sua caracterização como ato de improbidade administrativa. Para isso, o trabalho será desenvolvido a partir do método dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e na jurisprudência, com sua estrutura dividida em cinco tópicos, onde o primeiro e o último tratarão da introdução e considerações finais, respectivamente, o segundo abordará a concepção atual de Estado Democrático de Direito, perpassando pela definição de sua função administrativa. O terceiro tópico se destinará aos conceitos e delimitações acerca da improbidade administrativa, trará a concepção de eficiência como princípio norteador da Administração Pública e como se configura o ato de improbidade por sua violação. O quarto tópico, finalizando com uma análise sobre o entendimento dos Tribunais a respeito deste tema, apresentará dados do CNJ a respeito da aplicação da norma em comento.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA FACE ADMINISTRATIVA

Em tempos antigos o Estado era representado pela Cidade, um composto de todas as formas de poder. Da Cidade difundiam-se os domínios, as expansões desse poder e a força dos governantes. Esse conglomerado que circunda a população é o topo do império, símbolo da hegemonia de um reino advindo do crescimento da fortuna obtida por meio da conquista de novos territórios fez triunfar. Dessa maneira, podemos conceber o mundo daquele período como uma enorme colmeia que se dividia em reinos independentes.

Contudo, já no final da Idade Média, uma sequência de fatores relacionados à crise do Sistema Feudal impulsionou o surgimento das monarquias nacionais, e, simultaneamente, para o crescimento do poder real. Entre tantos outros fatores, podemos citar o paulatino término da escravidão, o crescimento do comércio, e diversas revoltas camponesas. Essas mudanças, acabaram por enfraquecer o Estado medieval, abrindo espaço para uma nova forma de governar.

Ao superar as amarras do poder que emanava do rei e das classes dominantes, o povo, através de revoltas, fez com que fosse conferida mais importância à questão social e aos interesses individuais e coletivos. Crescia a relevância do capitalismo, bem como a necessidade de se ter um órgão mais firme para conter os ataques dos Estados vizinhos. Assim, o Estado Moderno quebra as características do modelo anterior e surge com seus novos sistemas: derruba a sucessão e traz consigo a soberania; concebe uma configuração burocrática administrativa com leis gerais, elaboração de um sistema tributário, idioma e força militar para manter a ordem, entre variados outros fatos que marcam o estabelecimento do novo modelo de governança.

De maneira correlata, até chegarmos à democracia que conhecemos hoje, temos uma série de alterações quanto ao exercício do poder, nesse novo modelo de Estado, iniciado pelo Absolutismo. O Estado absolutista perpassa por duas fases importantes: a primeira é a da monarquia absoluta do direito divino, em que se colocava o sagrado ao lado do trono para lhe conceder sustentação, fortemente apoiada e doutrinada por Bodin, que via na soberania um poder ilimitado e absoluto. Na segunda fase, o absolutismo se liberta dos nós teológicos e metafísicos que, de certa maneira, limitavam sua autonomia por respeito e obediência as autoridades eclesiásticas. O receio que havia entre a Monarquia e a Cúria Romana mantinha viva a memória antecedente da forma de governo que almejava preservar. Entra em cena um absolutismo fundado em alicerces filosóficos e consensuais. Nesse sentido, o contratualismo social é lançado por Hobbes como uma nova forma de se enxergar o poder, que já não advinha do divino, mas do Homem e de sua razão.

Entretanto, importantes acontecimentos fizeram com que ocorresse a derrocada do Estado Absolutista, dentre eles a Revolução Gloriosa (1688-1689), o Iluminismo e a Revolução Francesa (1789). Nesse contexto, a burguesia se tornou o eixo central da sociedade, inicialmente aliada à monarquia, divorciou-se dela para se tornar a detentora do poder, revertendo-o em proveito próprio. A partir das revoluções, surgiu o Estado Liberal, uma nova modalidade de governar que deixava de lado a supremacia do monarca; começava, então, o capítulo da limitação do poder. Com a evolução do pensamento humanista e o espírito revolucionário, imbuídos pelo lema de liberdade e igualdade, o Estado Liberal faz sua base sobre o escopo de que o indivíduo deveria ter liberdade para produzir e viver.

Não haveria, porém, como se sustentar uma forma de governo que abrisse tanto as portas da sociedade para a produção e o mínimo controle da economia por parte de poucos. Assim, a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 pelo aumento da oferta e a diminuição da procura, gerou uma desconfiança no capitalismo base do Estado

Liberal, fazendo com que esse modelo estatal perdesse força, dando margem a mais uma forma de conduzi-lo ao Estado Social.

Desta maneira, foi a necessidade de que o Estado estivesse cada vez mais próximo do meio social que fez com que surgisse um novo modelo de atuação voltada para aniquilação das mazelas sociais que tanto assolavam a massa trabalhadora da época. Este novo paradigma denominou-se Estado de Bem-Estar Social, Estado de Providência ou *Welfare State*.

Para Rosanvallon (1984, p 18), o Estado de Bem-estar é um "aprofundamento e uma extensão do Estado protetor clássico", que pode ser definido como Estado-protetor das faculdades civis individuais, à vida e à liberdade, através de um pacto social que assegure os direitos civis que produzem a segurança e a redução de incertezas,: condições imprescindíveis para a ordem necessária. Assim, o Estado Providência toma o lugar de incerteza existente para promover a certeza da intervenção protecionista do Estado. Outra referência, essa de ordem política, é a que indica como seu fundamento, a ideia da solidariedade social, ou seja, um solidarismo protetor que desloca parte da responsabilidade individual para a esfera social.

Assim, revista a construção histórica clássica a respeito dos indícios do advento do Estado de bem-estar social, podemos elucidar que este modelo de atuação estatal, que visava incorporar na sociedade capitalista da época os paradigmas de uma atuação cooperativa com o povo, se deu de forma lenta, devendo o governo atual intervir na ordem econômica e social em uma tentativa de promover a igualdade.

Neste contexto, o Estado de bem-estar social se difundiu no intuito de fazer com que as amarras liberais do capitalismo não acabassem com a sociedade através do acúmulo de capital–sem que houvesse uma permanência segura da proteção dos direitos por parte do Estado. Assim, a fim de que se pudesse atender com mais eficiência as necessidades sociais, fez-se necessária a introdução de novas constituições que assegurassem a efetividade e normatividade dos direitos sociais.

Observa-se que a ideia de um Estado de bem-estar social firmado para atender às necessidades efetivas da coletividade, tornou-se um modelo para diversas nações por fazer com que o Estado assumisse o papel de benfeitor e passasse a ser o promotor da igualdade social, comprometido a prestar, com eficiência, o serviço público, mantendo o capitalismo e a geração de riqueza.

Esse modelo de Estado, portanto, se perfaz em referencial teórico do presente trabalho, na medida em que, passando o Estado a se caracterizar como provedor das necessidades públicas, por meio da prestação de atividades administrativas capazes de atendê-las, faz-se imprescindível a adoção de meios capazes de tornar a máquina administrativa eficiente.

Esse Estado de Bem-Estar Social caracterizado como uma faceta do Estado Democrático, apesar de ser um modelo ideal, necessita de alguns reparos no que diz respeito às ações do Estado. Nesse sentido, Anthony Giddens afirma em sua obra, A Terceira Via (1999), ser necessário reconstruir o Estado Democrático para que se tenha um Estado "sem inimigos", e para isso é necessário democratizar a democracia. Para tanto, o autor mostra alguns elementos imprescindíveis, dentre os quais se destacam: a descentralização, a renovação da esfera pública, a transparência, o governo administrador de riscos, a eficiência administrativa, etc.

Para Giddens (1999), o Estado deve reagir estruturalmente à globalização e à descentralização, deve implicar o processo de democratização da democracia e expandir o papel da esfera pública, realizando uma reforma a fim de dirigir os trabalhos para a transparência e a abertura. A questão não é ter mais ou menos governo, mas entender que a governança deve se adequar ao cenário da era da globalização, e que o Estado e sua autoridade devem ser alterados para melhor (GIDDENS, 1999).

Neste contexto, Anthony Giddens (1999) propõe que, na circunstância de ter o Estado perdido sua legitimidade diante da atuação corrupta de dirigentes–que acabaram por enfraquecer a legitimidade estatal, faz-se necessária a recuperação e preservação da legitimidade. Para isso, deve ocorrer um aumento na eficiência administrativa voltado para a recuperação do crédito maculado pela corrupção frente aos administrados.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito se faz presente na maioria dos países e busca quebrar de uma vez por todas as antigas formas de poder controlador e liberal. O Estado brasileiro, instituído pela Constituição Federal de 1988, aderiu à forma democrática de governo, como o próprio texto constitucional externa em seu artigo 1º. Assim, partindo do princípio do Estado Democrático de Direito, os demais princípios norteadores do Estado nacional surgem para lhe dar embasamento como o da Separação dos Poderes, da Isonomia, da Legalidade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Fixadas tais premissas, podemos compreender que o Estado detém uma enorme função na sociedade, na medida em que, sendo a expressão da vontade do povo, deve minimizar as diferenças e manter a harmonia entre as pessoas. Desse modo, ultrapassada a noção de Estado surge a necessidade do entendimento de seu funcionamento e atuação, levando assim, por consequência, à ideia de Administração, e de sua função.

Em um conceito sintético, pode-se dizer que a Administração Pública é a faceta do Estado que age desempenhando a função administrativa e tem como objetivo atender de maneira concreta os interesses coletivos. Vemos, portanto, que,

desempenhando a função administrativa, o Estado deve promover a satisfação das necessidades dos administrados. A atividade administrativa do Estado, no entanto, não se limita aos serviços públicos. Segundo Di Pietro (2017) a função administrativa alcança a prestação de serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia administrativa.

Assim, em um contexto geral, importa destacar o modo de gerência da Administração Pública do Brasil. Considerando o exercício da atividade administrativa do Estado, observamos que a Administração Pública brasileira passeou por muitos modelos até chegar ao fim que se almejava, qual seja, a efetiva qualidade e prestação do serviço abarcando a todos.

Inicialmente, a Administração Pública brasileira foi influenciada pela forma administrativa portuguesa, que se caracterizava pelo patrimonialismo, pela ordem estamental e pelas posses particulares da realeza. Segundo Faoro (2001, p. 19) "Por aí se canalizará o influxo, poderoso dentro de dois séculos, de caráter patrimonial do Estado, indistinta a riqueza particular da pública". Nesse molde de atuação a Administração Pública deixa de atender às necessidades públicas coletivas, e passa a dar maior atenção aos interesses de uma minoria, fazendo crescer o nepotismo e a corrupção.

No Brasil, somente na década de 1930, com o governo de Getúlio Vargas, é que ocorre a reforma de Estado. Essa reforma visava absorver a burocracia e foi um divisor de águas para a Administração Pública brasileira. Suas bases se voltavam para a administração de pessoal, de material, e do orçamento, tendo por objetivo fazer uma remodelagem nas estruturas administrativas, reduzindo os custos do trabalho e dando importância a gestão.

É importante salientar que o modelo burocrático trouxe inúmeras mudanças positivas, por exemplo: concebeu a profissionalização que atribuiu ao funcionário maior reconhecimento, dando-lhes méritos e adotando critérios como antiguidade e desempenho individual para viabilizar seu ingresso em determinados cargos; atribuir a divisão de tarefas e o trabalho remunerado; constituiu a separação das propriedades pública e privada e dos ambientes de vida pessoal e de trabalho.

Apesar de o modelo burocrático ter sido efetivo no controle da corrupção, o principal objetivo de sua criação, ele se tornou, com o tempo e em determinados pontos, um modelo negativo, tendo em vista a grande racionalidade e o exacerbado número de regulamentos que resultaram em uma lentidão excessiva nos processos e na redução da eficiência. Nesse cenário, outra grande reforma da Administração Pública ocorre em 1995 por meio da Emenda Constitucional nº 19, que trouxe o *gerencialismo*, um novo modelo, com novas perspectivas de atuação.

A reforma ocorrida em 1995 objetivou excluir as características do modelo burocrático para assim levar a Administração Pública ao patamar de resultados e atendimento esperado pelos cidadãos. Nesse aspecto, a reforma dispôs que os agentes públicos deveriam ter um grau limitado de confiança e promoveu uma nova definição dos papeis do Estado, esclarecendo as atividades que lhe seriam peculiares e as que não seriam de sua natureza.

É nessa ótica gerencial que se encontra moldado o atual Estado Executivo, fundado agora em uma nova fórmula que almeja alcançar a eficiência plena em todos os sentidos possíveis no que tange a atuação do ente público. Para tanto, o novo modelo constitucional resguarda a administração pública, trazendo consigo-princípios jurídicos norteadores que moldam essa nova forma de atuação. Normatizando tal regime, a CF/88 deixa expresso no *caput* do seu art. 37 a referência a tais princípios.

Levados pela descrição constitucional, podemos dizer que é a partir dos princípios que todo o corpo da norma legal se submete e se agarra a fim de não perder seu real sentido. Dessa mesma maneira, podemos compartilhar do que expressa Barroso (1996, p. 287) "Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes... eles (os princípios) indicam os pontos de partida e os caminhos a serem percorridos".

É notório que a Constituição Federal de 1988 fez, de maneira inteligente, todo o seu corpo baseado em princípios. De fato, a Carta Magna quis que essas normas superiores (os princípios) fossem tidas como as noções fundamentais que serviriam de base para as demais normas.

Com base nessa premissa, é possível fazer uma análise de cada princípio administrativo. O princípio da legalidade, como decorrência da indisponibilidade do interesse público, significa que a atividade administrativa só pode ser exercida com a observância absoluta da lei. Assim, o agente público, bem como o gestor, deverá atuar calcado na lei e de maneira impessoal, tendo em vista concomitantemente o princípio da impessoalidade. Em razão deste, a atividade administrativa deverá atender todos os membros de maneira igualitária, sem priorizar os interesses de determinados grupos ou indivíduos.

Na mesma esteira, a Constituição Federal inseriu em seu corpo uma norma que exalta a boa atuação, a decência, a lealdade e o decoro: o princípio da moralidade. Sob o mesmo aspecto que se estuda os demais princípios, qual seja, o interesse coletivo, tem-se o princípio da publicidade, que impõe à Administração Púbica a transparência em sua atuação.

Sobre o Princípio da Eficiência, que constitui a essência do presente trabalho, tem-se que este foi inserido na Constituição Federal de 1988 pelo advento da

Emenda Constitucional 19/98 tendo, portanto, nascido da reforma administrativa de 1995. O Brasil renova-se a partir da referida reforma implantada pela EC – 19, que, nesse passo, assemelha-se com a teoria trazida por Giddens (1999, p. 82), que sugere: "numa sociedade pós-tradicional, a autoridade não pode mais ser legitimada por símbolos tradicionais, ou melhor, "as coisas sempre foram feitas assim".

É nessa perspectiva de implementar elementos distintos dos que eram levados em conta há tempos que Anthony Giddens dispõe suas teorias, elencando os mecanismos que poderiam servir de paradigmas para que o Estado venha a reaver sua legitimidade. Nessa toada, Giddens (1999, p. 84) exterioriza: "Para conservar ou recuperar a legitimidade, Estados sem inimigos têm de elevar sua eficiência administrativa. O governo em todos os níveis é objeto de desconfiança em parte porque é pesado e ineficaz".

Como se nota, em tempos de Estados marcados pela desconfiança de seus administrados, demonstrações de eficiência na persecução de suas atribuições, bem como atos que resultem na superação da morosidade e do abandono às causas de interesse coletivo, reafirmam a legitimidade que esses entes possuem para agir em nome de seus comandados, superando a morosidade e o abandono às causas de interesse coletivo. Sob essa perspectiva, com as novas diretrizes da Administração Pública e resguardados pela Constituição Federal de 1988, o povo, detentor do poder, pode, depois de muita ineficiência, corrupção e má gestão dos recursos, vislumbrar a penalização de agentes públicos que porventura tenham cometido atos que atentem contra os princípios da Administração, em especial no que se refere ao princípio da eficiência, por ato de improbidade administrativa.

3 A CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Levados pela noção de Estado, é sabido que para que a democracia aconteça, faz-se necessária a unidade entre os poderes dos regentes e a sociedade, a fim de que haja uma interação mútua de beneficiamento. Assim, é fundamental que exista neste elo uma profunda relação de boa-fé. Diante dessa realidade, tem-se a Lei de Improbidade Administrativa, que surge para punir os sujeitos que venham a causar algum dano à máquina pública.

Para tanto, houve a necessidade da publicação da Lei nº 8.429/92, a qual considera materializada a improbidade quando ocorre qualquer uma das três modalidades previstas, quais sejam, as condutas que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º),

as que causam prejuízos ao erário (artigo 10) e as que atentam contra os princípios da Administração Pública. A lei de improbidade apresenta um rol exemplificativo, sendo que os atos que não se enquadrem em seus incisos poderão ser considerados atos ímprobos a partir da interpretação do caput dos três artigos.

Assim, pelo texto do artigo 9º, "constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente", as hipóteses elencadas nos 12 incisos seguintes. Já o artigo 10, dispõe que: "constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente", seguindo da mesma maneira com a previsão dos seus 15 incisos exemplificativos.

No artigo 11, por sua vez, captamos a inovação legislativa, onde se diz que "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente", as hipóteses elencadas nos 7 incisos exemplificativos.

Sobre essa possibilidade de improbidade administrativa, Martins Júnior (2009, p. 279); nos diz: "A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo". Anotamos que a inclusão do artigo 11 na lei é o batismo de uma nova concepção para a responsabilização do agente público simplesmente pelo fato de ofender um princípio, confirmando a superioridade dos valores ontológicos e éticos da Administração Pública.

Diante das transformações contemporâneas, em um mundo integralmente globalizado, busca-se atingir um nível avançado de resultados em todas as esferas do Estado. A eficiência na administração pública é uma meta a ser alcançada, pois rapidez, qualidade e eficiência são as bases de uma boa gestão. De fato, buscar uma nova forma de levar a máquina pública com eficiência e probidade torna-se preceito fundamental, que pode definir uma sociedade marcada por novos paradigmas.

Com efeito, a Administração Pública, no seu modelo gerencial e com fundamento no Estado Democrático de Direito, faz-se presente na vida do cidadão como grande promotora de vida digna em tempos de sociedades marcadas pela miséria e pela falta de interesse em combater as mazelas sociais.

Sobre isso, interessa distinguir rapidamente, sob a perspectiva da Administração, o que seria eficiência e eficácia. A eficiência está relacionada ao emprego dos meios adequados, vislumbrando satisfazer a melhor utilização dos recursos disponíveis.

Está ligada com os meios, os métodos e os procedimentos que serão utilizados para a concretização de determinada atividade. Por outro lado, a eficácia é consequência da eficiência, visto que seria o sucesso alcançado, preocupando-se com o fim e não com o meio utilizado. Ressalte-se que a eficiência busca a satisfação dos meios, assim como a eficácia almeja a satisfação dos fins, chegamos, então, ao ideal que seria a efetividade, a realização dos fins procurados através do emprego dos meios adequados. É eficiente, então, um ato que no final tenha eficácia e efetividade.

Nesse sentido, a utilização de boas técnicas é primordial para que se obtenha uma eficiência na atividade, diminuindo a demora e a burocracia. Todavia, diminuir a burocracia para atingir melhores resultados não significa dizer que serão extintas as formalidades que são características e dão legitimidade aos atos administrativos, ao contrário, é fundamental a permanência dos atos burocráticos formais, mas agora com os contornos do modelo gerencialista de administrar.

Essa nova gestão, portanto, mais do que nortear as pegadas do gestor público, deve permear as boas práticas, possibilitando ao agente político um comando pautado na eficiência do serviço. Desse modo, para o sucesso dessa nova gestão, foi fundamental a implementação de mecanismos secundários que auxiliassem o ente público no desenvolver de sua função administrativa, já que o Estado, como detentor de inúmeras funções, não consegue sozinho prover a fiscalização global de todas as suas esferas. Nesse sentido, a lei trouxe à tona instrumentos que possibilitam a verificação do nível de comprometimento dos agentes para com a atividade pública, tais como indicadores de desempenho, controle interno e avaliação de desempenho de servidor.

Ultrapassadas as noções sobre a grande relevância do princípio da eficiência para os atos administrativos, e demonstrados exemplos de mecanismos embutidos no serviço público, passamos a tratar sobre como se configura a improbidade administrativa por afronta à referida norma constitucional.

À medida que a nova gestão pública se satisfaz em colocar o serviço público à disposição dos indivíduos, estes não se contentam em apenas recebê-lo. Assim, a sociedade passa a exigir que o Estado atenda às expectativas, pelo menos no que diz respeito às suas atividades mais elementares. Como já observado, o princípio da eficiência passa a ser o paradigma estruturante das atividades administrativas, tendo que demonstrar na atividade feita, seja ela a mais básica, ou a mais complexa, os resultados satisfatórios. Dessa maneira, logo surgem as seguintes indagações a esse respeito: a não observância do dito princípio pode isoladamente qualificar a improbidade administrativa? Por outro lado, se assim se sucede, por que os Tribunais não têm atribuído a estes atos a sanção da Lei de Improbidade?

Partindo dessas questões, é sabido que os atos de improbidade muitas vezes são confundidos com meras irregularidades formais, ou seja, que nem toda conduta ineficiente é considerada improba. Aquelas que atentam, contudo, contra a moralidade pública, a legalidade e, portanto, a eficiência administrativa devem ser analisadas sob o aspecto da boa-fé objetiva (confiança, lealdade) para que se tenha subsídios para mensurar a possível conduta ímproba.

Sendo assim, como visto de maneira razoável alhures, o princípio da eficiência como bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa tipificado no artigo 11, se contrapõe a ineficiência, uma vez que ela é vista como uma atividade que não chega aos fins desejados, quais sejam, o bem de todos, o interesse público e a gerência dos recursos públicos com o ótimo aproveitamento. Dessa maneira, variadas são as vezes em que tais atos, mesmo apresentando uma forma simples ou até despropositada, representam a mácula na eficiência administrativa que neste momento advém da Carta Magna.

Como se percebe, sedimentar a eficiência como princípio norteador da Administração Pública atual é algo extremamente relevante à atividade do poder público que por tanto tempo mostrou-se deficiente e inoperante. Se assim se fez, a ponto de ser incluído na Constituição Federal, os gestores e demais agentes públicos devem, portanto, estar adstritos à observância do referido princípio sob pena de estarem infringindo a Lei de Improbidade Administrativa.

Na perspectiva da improbidade administrativa, observamos os atos que os agentes públicos praticam causando danos ao recebedor do serviço, ou, neste caso, à coisa pública por ineficiência. Nessa análise, um gestor público que devolve verbas públicas conveniadas pela sua não aplicação no fim para que se determinou, configura improbidade na sua conduta pela não observância da eficiência, uma vez que não esteve em atendimento ao interesse coletivo que justifica a transferência dos recursos públicos.

Nesta linha, incorre também em improbidade aquele agente ou gestor público que retarda seus atos funcionais de ofício, ou deixa de praticá-los por bel prazer. Nessa ideia, bem afirma Meirelles (2007) que em uma administração prestadora o administrador deve agir de forma legal e neutra, sendo fundamental a eficiência e o rendimento, utilizando bem os recursos e produzindo resultados satisfatórios.

Ainda sobre a ineficiência do agente público, pode-se dizer que assim age o gestor que adquire medicamentos para tratamento de saúde emergencial por meio de licitação quando a Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitação) diz que esse procedimento poderá ser dispensado se comprovada a emergência dos fatos, podendo a demora do processo licitatório ensejar a piora no estado de saúde dos indivíduos pelo não uso do medicamento. Também, o gestor público que adquire materiais escolares de má

qualidade não age com observância ao princípio da eficiência, despendendo recursos públicos de forma aleatória e dificultando aos alunos uma aprendizagem satisfatória pela falta de instrumentos básicos e de qualidade para uma boa educação.

Da mesma maneira, quando o gestor público aliena um bem público abaixo do valor de mercado, ele está indo de encontro ao interesse público e infringindo as normas de eficiência. Neste mesmo sentido, quando a Administração Pública deixa de instituir um tributo constitucional de sua competência, além de estar indo de encontro aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, estará agindo com ineficiência, pois poderia arrecadar verbas públicas em maior escala e atender às necessidades da sociedade com menor onerosidade para a administração.

Ainda na esteira de caracterizar a falta de eficiência, dados apresentados pelo Tribunal de Contas da União – TCU (2014, online), consolidados através do Portal da Transparência, e que dizem respeito aos gastos relativos à Copa do Mundo de 2014, evento sediado no Brasil, indicam que inicialmente estimava-se superar os gastos de R$ 17,3 bilhões de reais. Considerando apenas os recursos da União-ao final do evento, entretanto, constatou-se o dispêndio de mais de R$ 25 bilhões de reais. Não bastasse o gasto exorbitante com o evento que, em tese, deveria trazer um legado para o país sede, o que se nota é a quantidade de dinheiro público gasto em obras sem qualidade.

Os principais gastos foram com obras em aeroportos e transporte público, gastos esses que se aproximaram de 15 bilhões de reais, o que corresponde a cerca de 60% dos investimentos. Mesmo com todo esse suposto investimento, antes mesmo do evento começar, a mídia já noticiava a queda de pontes e passarelas em capitas de estados, rodovias e avenidas com defeitos e rachaduras, aeroportos apresentando goteiras e péssima mobilidade para os turistas. O que se obtêm do exposto é que mais do que recursos mal utilizados e obras caríssimas, a maioria dos empreendimentos foram feitos com péssima qualidade e sem a observância de técnica apurada. Isso nos induz a pensar que tais serviços foram prestados sem o mínimo de eficiência esperado, como observa José Matias (2014):

> Nós temos no Brasil um problema sério de gestão pública, com mecanismos que levam os diferentes níveis de governo a ficarem transferindo as pendências de um para o outro. Por culpa dos próprios governantes, a administração pública hoje não tem condições adequadas para fazer a gestão de obras dessa dimensão. Este contexto abre duas janelas perigosas: uma que pode levar ao desperdício de dinheiro público e outra que pode levar à corrupção. Começamos então a entrar em um terreno pantanoso que leva a essa situação de descrédito da administração pública diante da população.

Nessa perspectiva de falta de eficiência podemos citar os problemas no Sistema Único de Saúde. O que se tem é a precariedade no combate às doenças que podem vir a acometer os indivíduos sem que estes disponham de serviços eficientes. É importante salientar que, não obstante essa triste realidade, para 87% dos brasileiros, a saúde é a área de maior importância na gestão pública e deve ser prioridade do governo, como aponta uma pesquisa de opinião sobre o tema realizada pelo Instituto Datafolha (2014).

Cumpre ainda destacar a falta de eficiência na educação. Fala-se muito em fazer aumentos de verbas para o ensino no país, no entanto-não se discute a melhoria nas políticas públicas do setor, bem como a boa utilização do dinheiro desses eventuais investimentos. Ademais, se compararmos os gastos das prefeituras na educação com os índices alcançados no IDEB, o que se obtém é a certeza da ineficiência.

Apresentada a importância do princípio da eficiência como norteador dos atos dos agentes e gestores da máquina pública, além de algumas situações em que se consegue vislumbrar a ineficiência que assola o aparelho administrativo estatal, convém assinalar o entendimento dos Tribunais sobre a situação em referência.

4 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE A IMPROBIDADE NA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Diante do que foi exposto até aqui, percebe-se que o princípio da eficiência salta à visão por sua necessidade de movimento nas variadas esferas da atividade pública e nos diversos setores da administração, tendo que ser protegido, observado e praticado; devendo os órgãos competentes utilizar-se da Lei de Improbidade Administrativa para qualificar o ato que afete o seio do poder público. Entretanto, variados são os entendimentos acerca do que se procede como improbidade administrativa no julgamento judicial ou administrativo, pelos órgãos competentes.

De antemão, cumpre destacar os dados consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ oriundos do questionário sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro, Crimes de Corrupção, Ações de Improbidade Administrativa e Ações Penais Originárias dos Tribunais, em 2012. Limitando-nos, portanto, às ações de improbidade administrativa, não obstante a vastidão de irregularidades e atos administrativos fundados em práticas lesivas que são transmitidas pelos meios de comunicação, são desanimadores os dados que mostram que, para esse tipo de ação, no ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, recebeu o número de 0 (zero) denúncias por

improbidade, sendo essa a mesma quantidade de condenados definitivos naquele ano. (CNJ, 2012).

Limitando-nos aos dados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5, pode-se observar que 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) procedimentos recebidos pela pretensa prática de improbidade administrativa, aparece mais uma vez o total de 0 (zero) condenados definitivamente por essa prática (CNJ, 2012).

Ademais, como se não bastasse a pouca adesão à ação de improbidade administrativa, há certo desprezo a Lei nº 8.429/92, vigente há mais de 25 anos. Vê-se que, na realidade, os órgãos competentes para analisar e julgar os atos administrativos têm realizado uma estrita interpretação do Princípio da Legalidade, promovendo distorções quanto ao Princípio da Eficiência, uma vez que-se limitam a analisar se o agente público está no caminho da legalidade, sem realizar a devida aferição da eficiência do ato, não observando a razoabilidade, os recursos utilizados nem a quantidade de tempo gasto para a persecução da atividade.

Neste contexto, vislumbramos Tribunais e órgãos de controle da administração julgarem regulares as contas públicas simplesmente por estarem em acordo com a legislação, não se atendo a apurar a eficiência na conduta do gestor. Ademais, muito embora haja a conduta ímproba, os Tribunais de Contas dos Estados assim como o Ministério Público muitas vezes permanecem inertes.

Ora, se a Lei de Improbidade Administrativa chegou para combater os atos de corrupção, sua aplicação necessita de uma valoração e de uma análise da conduta daquele que a pratica em todas as suas possíveis modalidade. Entretanto, já que é muito difícil, perceber o elemento doloso na conduta dos agentes, os tribunais deixam de aplicar a lei pela não constatação de tal elemento, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. CONDUTA DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.
>
> (...). 5. Efetivamente, a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92. Entretanto, é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte a quo no caso concreto. 6. Tais considerações, ainda que se trate de ilegalidade ou mera

> irregularidade, afastam a configuração de ato de improbidade administrativa, pois não foi demonstrado o indispensável elemento subjetivo, ou seja, a prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92. É importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts.9º e 11 da LIA. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1036229/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/02/2010)

Vê-se assim, que os atos ímprobos estão sendo considerados meras irregularidades simplesmente pela não constatação do dolo na conduta do agente, mesmo tendo ele causado algum tipo de dano ao ente público. A esse respeito, nos reportamos à lei de improbidade administrativa, para dizer que a norma não se referiu à presença de tal elemento.

Entretanto, como já asseverado, os atos administrativos impregnados por desonestidade, deslealdade para com a administração pública e má-fé, não passíveis de serem sanados, constituem grave afronta à máquina pública e ao interesse coletivo, não estando limitados ao ato ilícito, precisando da participação do elemento subjetivo da conduta, que não falta em muitas das vezes, mas que não é analisado para fim de se fazer pairar a força da justiça sobre aqueles que não hesitam em usufruir do que é de todos.

Da mesma sorte, ainda que seja evidente, em alguns casos, que são ímprobos os atos atentatórios aos princípios administrativos, os tribunais deixam de aplicar a Lei nº 8.429/92 por acreditar que só há improbidade quando existe perda do patrimônio público ou enriquecimento ilegal. Neste sentido, segue o julgado abaixo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.OVERBOOKING.EMBARQUEDEPASSAGEIROS PRETERIDOS. ATO ÍMPROBO NÃO CARACTERIZADO. INICIAL DA AÇÃO DEVE SER REJEITADA. (...). Para ser considerado ímprobo, o ato do agente público deve não só ter como consequências o dano ao erário e/ou a obtenção de vantagem indevida a si próprio ou a outrem, como deve estar marcado pela desonestidade, pela intenção de ser desleal aos princípios que norteiam a Administração Pública. O agravante não obteve qualquer vantagem com a conduta descrita pelo Ministério Público Federal, nem causou qualquer dano ao erário. Seus comportamentos não passaram de revanchismo após a confusão causada no aeroporto pelo overbooking. Mesmo que tenha havido a ameaça, ela não é suficiente para a caracterização do ato ímprobo, já que não efetivada. As falas do agravante não passaram de mera ameaça, sem concretização. Agravo provido. (Processo AI 200903000016343

> AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 360588 Relator(a) JUIZ NERY JUNIOR TRF3 Órgão julgador TERCEIRA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA:08/12/2009 PÁGINA: 361 Data da Decisão 12/11/2009 Data da Publicação 08/12/2009).

Vista a decisão exarada pelo colegiado, observamos que o julgamento foi pautado levando em conta somente como sendo ímprobos os atos que importem enriquecimento ilícito ou que causem dano ao patrimônio público. Contudo, é basilar lembrar que existe uma terceira forma de tipificar a conduta, aquela do artigo 11 da lei em comento que, diga-se de passagem, constitui ilícito independente dos demais atos.

Seguindo estes parâmetros, é indubitável que se assim fizer, a Justiça estará dando margem ao agente público para agir da maneira que desejar, pois, mesmo com as duras sanções da norma, sua impunidade estará assegurada desde que não cause danos ao erário ou adquira vantagem ilícita, deixando os princípios constitucionais em segundo plano de maneira subsidiária, o que, obviamente, não corresponde à intenção inicial do legislador.

Nessa perspectiva, podemos relembrar que violar os princípios constitui grave ofensa ao arcabouço constitucional, devendo os órgãos julgadores e de controle analisar a conduta do agente (culposa ou dolosa) e levá-la em conta nos limites a que se encontra fixada no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, sendo que, para sancionar conforme esta norma não é necessário que haja dano ao patrimônio público ou enriquecimento do sujeito, pois, se assim fosse, estaríamos diante da improbidade elucidada nos artigos 9º e 10 da mesma lei.

Vê-se, portanto, que, à medida que pratica ato de sua função, não deve o agente público estar atrelado somente à legalidade administrativa, mas também a todos os princípios regentes da atividade pública. Dessa forma, só haverá probidade administrativa se o agente estiver preso de forma harmônica e respeitosa à eficiência e a todos os princípios administrativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo o que foi exposto, percebeu-se que, muito embora tenha a Administração Pública passado por variadas reformas a fim de se alcançar um novo modo de dirigir a máquina estatal, essas mudanças não foram capazes de conceder ao Estado um nível de credibilidade desejável, havendo ainda em tempos modernos a ineficiência. Entretanto, indubitável é a importância do passo que foi dado pelo

legislador para concretizar a nova face estatal-administrativa com a inserção do Princípio da Eficiência na estrutura do Estado.

O princípio da eficiência chega para firmar uma mutação do perfil que antes se via na Administração Pública; perfil este que agora precisa estar concatenado com as normas regentes do Estado determinadas pela Constituição de 1988, importando-se com a qualidade, rapidez e probidade das atividades públicas. Com efeito, a função administrativa do Estado é satisfazer as inúmeras necessidades da coletividade visando o bem comum. Contudo, mais do que prestar o serviço, é primordial a eficiência na atividade. Sendo assim, é indubitável que a eficiência almeja uma ação do agente público no seu papel institucional, não se restringindo apenas a observar a lei, mas a atuar legalmente e com presteza-a fim de conceder ao cidadão a atividade efetiva do Estado personificada através do agente público.

Ficou claro que, apesar das grandes mudanças na Administração Pública, a atuação ineficaz do agente público ainda é notória, que por muitas vezes deixa de aplicar verbas necessárias ou as aplica desregradamente, como, por exemplo, custeando o tratamento de saúde após o indivíduo haver adquirido a patologia ao invés de investir em medidas preventivas; relegando jovens e crianças à mercê da sociedade, negando-lhes o acesso a escolas de qualidade com professores capacitados e bem remunerados; não se perturbando com a massa de pessoas que morrem pela falta de políticas públicas eficientes, deixando de realizar ações de repressão da violência, ou pior, não realizando atos que possam prevenir os atos criminosos.

Ora, se eficiência é trabalhar buscando o bem comum a fim de que o Estado proteja o povo dos males que pairam sobre a sociedade, é certo que os Tribunais devem fazer cumprir esse princípio angular, sancionando aqueles que não agem com a devida observância deste ditame. Para tanto, utilizar a Lei de Improbidade Administrativa se faz essencial.

Neste compasso, percebemos que a afronta ao princípio da eficiência não pode ser considerada mera irregularidade formal ou material, o desrespeito a essa norma constitucional pode acarretar sérios prejuízos como a demora da prestação do serviço, resultando em um trabalho ineficaz. Ademais, a ineficiência do gestor público afeta a vida da coletividade pela indevida aplicação de recursos, negando uma vida saudável e digna aos cidadãos.

Por fim, observou-se que, na prática, os Tribunais estão deixando de aplicar a Lei nº 8.429/92 por considerarem a falta de eficiência como irregularidade, ou consideram que, estando o ato atrelado à legalidade, a ação está perfeitamente efetivada, não aferindo a eficiência na prática do ato. Os julgados mostram que a interpretação está fundando-se em analisar somente o elemento subjetivo da conduta do agente, contudo, independentemente da presença de dolo, os indivíduos trazem

ineficiência na prestação da atividade. Ademais, consideram ímprobos somente os atos que importam em enriquecimento ilícito ou que causam prejuízo ao erário conjuntamente com a afronta aos princípios administrativos, esquecendo que esta última prática configura ato de improbidade independentemente dos demais atos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004.

BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas>. Acesso em: 17 de mai. 2017.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **CGU.** Disponível em: <http://transparencia.gov.br/copa2014/home.seam>. Acesso em: 15 de Jul. 2017.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa.** São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado.** Barueri: Manole, 2003.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Record, 1999.

INSTITUTO DATAFOLHA. Disponível em: http://datafolha.folha.uol.com.br. Acesso em 15 jul. 2017.

MARQUES, Fabrício. **Copa do Mundo.** Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/futebol/copa-do-mundo/noticia/2014/03/100-dias-da-copa-so-18-das-obras-de-infraestrutura-foram-entregues.html>. Acesso em 15 jul. 2017.

MARSHALL, T. **Cidadania, Classe Social e Status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockman. **O Princípio da Eficiência e a Lei 9.784/99.** Revista da Procuradoria Geral do INSS, v. 7, nº 3 out./dez., 2000.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <http://transparencia.gov.br/copa2014/home.seam>. Acesso em: 14 de jul. de 2017.

ROSANVALLON, P. **A crise do Estado de Providência.** Lisboa: Editorial Inquérito, 1984.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU.** Disponível em <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em 17 de mai. 2017.

APLICAÇÃO DAS NOÇÕES DO PRAGMATISMO ESTADUNIDENSE NA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA[1]

RESUMO

O ensaio tem como objeto as recentes modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promovidas pela Lei 13.655/18, que introduziu no procedimento decisional das esferas administrativa, controladora e judicial a necessidade de avaliar as consequências práticas da solução adotada e não se limitar à invocação de valores abstratos (art. 20). O dispositivo legal foi analisado a partir das noções do pragmatismo e do realismo jurídico, visando estabelecer seu alcance e extensão, tomando-se por marco teórico, dentre os pioneiros do pragmatismo americano, a obra de John Dewey. Para tanto, o trabalho inicia-se com a análise dos fundamentos teóricos daquelas correntes de pensamento e sua constituição em método de abordagem, passando-se a aplicar tal ferramental no âmbito do direito nacional; com vistas a enquadrar a novidade legislativa no âmbito maior do sistema da decisão judicial. Infere-se que a alteração legislativa visou ampliar as hipóteses de nulidade das decisões por falta de fundamentação, instituídas no país desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, representando, ainda, a admissão do papel dos valores para a formação do ato decisório; e abrindo-se um novo horizonte hermenêutico carecedor de maior precisão, o que será feito no curso aplicação do novo modelo.

Palavras-chave: Hermenêutica. Pragmatismo. Realismo Jurídico. Consequencialismo.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, a Lei 13.655, publicada em 26 de abril de 2018, introduziu uma série de modificações na denominada Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), sendo nossa escolha,

1 Doutor e mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (Brasil). Professor permanente e Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa – PB (mestrado). Professor do CCJ/UFPB, vinculado ao Departamento de Direito Privado. Magistrado do Trabalho, Juiz titular da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB - Brasil. Líder dos Grupos de Pesquisa Estado, sociedade civil e desenvolvimento econômico sustentável (UNIPÊ) e Paz, justiça e instituições eficazes (UFPB). E-mail: prof.paulohenriquetavares@gmail.com

dada sua generalidade, comentar o disposto no novo artigo 20 ali posto, que assume a seguinte redação: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão".

A razão de ser dessa e das demais adições ao texto legal toca o exercício da atividade judicial relacionada ao enfrentamento de questões de direito público, daí a invocação recorrente das esferas administrativa e controladora. Foram acrescentados dez novos dispositivos, todos devidamente ancorados nesse escopo. Ressaltamos, ainda, o último deles, estampado no art. 30 da Lei de Introdução e que assim dispõe: "As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas". Infere-se que o esforço legislativo teve por moto essencial a preservação da segurança jurídica na aplicação das normas, quiçá como que construindo uma resposta ao tão temido ativismo judiciário, que vem assombrando os administradores públicos desde o julgamento da licitude das políticas públicas até o cumprimento de decisões judiciais que determinam o fornecimento de bens e serviços, a partir das normas vigentes.

O artigo acima mencionado dirige-se ao aplicador da norma, determinando que ele vise não apenas o passado, mas igualmente o futuro, as consequências de seus atos, como que reconhecendo que ordenamento jurídico não continha disposição destinada a pautar o ato hermenêutico de similar comportamento. Justamente por inexistir termos desnecessários no texto legal, um dos cânones interpretativos mais remotos, é que temos a necessidade de precisar o sentido e alcance dessa disposição e, em especial, se isso representa mesmo uma novidade. Aqui reside nosso problema: como interpretar a imposição de sopesar as consequências práticas quando da formação de uma decisão judicial? Afastamos, de logo, as esferas administrativa e controladora, uma vez que a práxis nessas esferas é distinta da atividade judicante, considerando que ao Judiciário compete a última palavra no percurso feito em busca de uma resposta para certa demanda.

Até pelo caráter de novidade da reforma introduzida em nossa Lei de Introdução, a incursão que iremos promover no tema será sempre precária e sujeita as mais pertinentes censuras. Mas nossa hipótese é a de que o legislador, consciente ou não, optou por uma modalidade do ato decisional que se opõe ao padrão formalista tradicional, adotando uma abordagem pragmática. Notadamente, é preciso dar contornos precisos àquilo que se denomina de "abordagem pragmática".

Nossa teoria de base para o teste da hipótese será a aplicação das noções do pragmatismo no território jurídico. Para tanto, temos de delinear os fundamentos dessa corrente de pensamento e seu relacionamento com a corrente do realismo

jurídico, que dela se apropriou. Advirta-se, de logo, que boa parte dos pioneiros do pragmatismo jurídico vêm da tradição do *common law* norte-americano, despontando, de pronto, uma crítica acerca da inadequação desse sistema jurídico ao nosso país, sabidamente radicado no *civil law*. Entretanto, a importância do pensamento desses autores foi revivida, a partir do salutar reencontro dessas correntes na contemporaneidade e, particularmente no Brasil, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105), inaugurando a cultura do precedente judicial como ferramenta indispensável à interpretação e aplicação do direito, fundamento da segurança jurídica que, daí por diante, passou a ser noção recorrente tanto das leis como da doutrina. A partir desse marco, procurando extrair os elementos mais importantes para a confirmação ou refutação da nossa hipótese, iremos desenhar o cenário propicio a um entendimento mais robusto acerca do objeto de nosso ensaio.

Imbuídos dessa proposta, divide-se o trabalho em três partes, sendo que a primeira se dedica à apresentação dos fundamentos do pragmatismo e da sua constituição como método. Na sequência, elucida-se o que seria o pragmatismo jurídico e seus impactos na formação da decisão judicial. Ao final, de posse dos elementos precedentes, é necessário perscrutar o teste da hipótese a partir da confrontação entre as noções do pragmatismo jurídico e o ordenamento jurídico nacional, tendo por norte o fato de que inauguramos uma nova fase na aplicação do direito brasileiro.

Enfim, partindo-se da pesquisa bibliográfica e documental, almejamos com este ensaio contribuir para o deslinde da atividade judicial e ressaltar a importância do ato de julgamento manter relação com plano da realidade e sua utilidade prática.

2 DIMENSÕES DO PRAGMATISMO E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O UNIVERSO JURÍDICO

Quem se propõe a discutir o pragmatismo esbarra em algumas dificuldades. A primeira delas é identificar sua origem como movimento intelectual. A posição majoritária é de que essa filosofia representaria uma sólida contribuição ao pensamento dada pelos americanos (quiçá aquela autenticamente nascida nos Estados Unidos), graças ao trabalho de seus pais fundadores, Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Entretanto, há quem identifique traços do pragmatismo nos pré-socráticos, nos trabalhos de Hume, Bentham e Mill e até mesmo em partes da extensa obra de Habermas (POSNER, 2010; p.20). Acreditamos na tese da originalidade dos norte-americanos, especialmente a partir da magistral

obra teórica de Peirce, produzida na segunda metade do século XIX, e da influência em vários campos da produção científica daquele país, em especial no terreno do direito, a partir das contribuições de Holmes e Cardozo, integrantes da Suprema Corte dos Estados Unidos que introduziram elementos do pragmatismo na concepção do que é e como evolui o direito.

Outra questão importante diz respeito à conceituação do que é o pragmatismo.

Com efeito, não se trata um corpo filosófico concreto, assemelhando-se mais a um conjunto de concepções que é pautado mais por suas características gerais, inseridas noutros campos do conhecimento aplicado. Vale ressaltar que o princípio essencial do pragmatismo diz respeito à maneira de construir conceitos científicos com maior precisão e clareza e nem era o ponto mais relevante do trabalho de Peirce (ao menos na sua concepção original, sendo mais um ponto de passagem à semiótica que estava desenvolvendo). Os fundamentos teóricos do pragmatismo estão contidos no ensaio *Como tornar nossas ideias claras*. Nele, Peirce envereda no terreno da formação dos conceitos a partir dos processos mentais que nos levam a apreender os elementos da realidade. O mais elementar impulso humano é a dúvida, ela excita nossa consciência. Tudo aquilo que nela existe pode ser classificado em dois objetos: os imediatamente conscientes e os mediatamente conscientes, sendo os primeiros com duração temporal fugaz, aquilo que se tem por sensações. Os objetos mediatos são retidos na consciência e apresentam a necessidade, para bem formar-se, de passar por elementos não apenas do futuro, mas também do passado (caráter histórico), sendo a base da formação dos pensamentos. O pensamento é, então, caracterizado por Peirce como "uma ação que tem começo, meio e fim", "é a linha melódica que perpassa a sucessão de nossas sensações" (2008, p. 69). O pensamento em movimento não tem outra finalidade senão alcançar o pensamento estático, que aplaca a irritação advinda da dúvida, e o resultado dessa ação é a formação da crença.

Elas, as crenças, possuem três propriedades: relacionam-se a algo que percebemos no ambiente; aplacam a sensação decorrente da dúvida e, ao final, e mais importante, estabelecem uma regra de ação em nossa natureza, um hábito. "O resultado final do pensar é o exercício da volição; e tal exercício não já não faz mais parte do pensamento" (PEIRCE, 2008; p. 70). Mas a crença nada mais é do que um estágio da ação mental, projetado, contudo, para uma ação futura, os hábitos. Os hábitos, enquanto pautas de ação, encontram-se igualmente sujeitos às variações do ambiente e à ação do tempo como elemento transformador. Nesse sentido, importante destacarmos a seguinte passagem daquele ensaio:

> [...] a identidade de um hábito depende de como ele nos induziria a agir, não meramente nas circunstâncias em que surgem, mas também em outras circunstâncias possíveis, não importando quão improváveis possam ser. O hábito é dependente do quando e do como ele nos leva a agir. No que concerne ao quando, todo estímulo para ação deriva da percepção; no que concerne ao como, todo propósito da ação é produzir algum resultado sensível. Assim, considera-se como raiz de qualquer distinção real do pensamento aquilo que é tangível e prático, não importando quão sutil isso possa a ser; e não há diferença de significado, por mais delicada que seja, que não consista em alguma possível diferença de prática.

Mais adiante, arremata: "Nossa ideia de qualquer coisa é nossa ideia de seus efeitos sensíveis, e se imaginamos que temos alguma outra, estamos enganando a nós mesmos, confundindo o pensamento, propriamente dito, com uma mera sensação que o acompanha" (PEIRCE, 2008, p. 72-73). A partir daí, segue-se o princípio nuclear do pragmatismo: "Considere-se quais efeitos que concebivelmente teriam atuações práticas, os quais imaginamos que o objeto de nossa concepção possua. Então, nossa concepção desses efeitos é o conjunto de nossa concepção de objeto".

Coube a W. James não apenas batizar essa concepção de mundo como pragmatismo, mas, igualmente, introduzir na noção elementos derivados do psicologismo, ressaltando o elemento volitivo do pensamento como essencial para fixação dos conceitos. Sintetiza ele:

> Uma olhada à história da idéia mostrará ainda melhor o que significa pragmatismo. O termo deriva da mesma palavra grega πρατκα, que significa ação, do qual vem nossas palavras "prática" e "prático". Foi introduzida pela primeira vez em filosofia por Charles Peirce, em 1878. Em um artigo intitulado "Como tornar claro nossas ideias", em Popular Science Monthly de janeiro daquele ano, Peirce, após salientar que nossas crenças são, realmente, regras de ação, dizia que, para desenvolver o significado de um pensamento, necessitamos apenas determinar que conduta está apta a produzir: aquilo que é para nós seu único significado. E o fato tangível na raiz de todas as nossas distinções de nosso pensamento, embora sutil, é que não há nenhuma que seja tão fina ao ponto de não resultar em alguma coisa que não seja senão a diferença possível na prática. Para atingir uma clareza perfeita em nossos pensamentos em relação a um objeto, pois, precisamos apenas considerar quais os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pode envolver – que sensações devemos esperar daí, e que reações devemos preparar. Nossa concepção desses efeitos, se imediata ou remota, é, então, para nós, o todo de nossa

> concepção do objeto, na medida em que essa concepção tenha, afinal, uma significação positiva. (JAMES, 2006; p. 44-45).

No sentido que Posner adota, James entende que ideia pragmática não é nova, citando que desde Sócrates já encontrávamos resquícios dessa forma de pensar, contudo, sua sistematização como método somente se deu com Peirce. Mas queremos aqui ressaltar aquilo que está contido no discurso de James ao afirmar que o pragmatismo é, acima de tudo, um método, a partir da assunção de uma atitude empírica. Diz ele:

> O pragmatismo volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se de abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões a priori, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensão ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade. (JAMES, 2006, p. 47).

Outra não é a conceituação mais contemporânea dada por De Waal:

> O pragmatismo é um método para fazer filosofia e não uma teoria filosófica. Nesse sentido, ele difere, digamos, do materialismo. O que faz alguém um materialista é a crença, numa ou noutra forma, de que a matéria é o constituinte primordial ou fundamental do universo. O materialismo é, assim, uma teoria acerca de como é o universo. O pragmatismo não faz esse tipo de alegações, mas, antes, diz respeito a como devemos realizar nossas atividades como filósofos, cientistas, detetives de homicídios, contabilistas etc. todas as vezes em que nos engajamos na inquirição. Isso não implica que o método possa ser distintamente separado do conteúdo, mas que a ênfase está claramente no método. (DE WALL, 2007 p. 22).

Numa síntese oportuna, pode-se dizer que o pragmatismo reúne três características essenciais: anti-fundacionalismo; contextualismo e o consequencialismo (BILHIM, 2016, p.21). O primeiro desses atributos diz respeito à própria razão de ser do pragmatismo: é um método e, como tal, repele qualquer dogma, não se funda sob preconcepções, valendo-se essencialmente do agora para construir o conhecimento. Nele, o passado merece ser considerado como um iter histórico que nos levou ao tempo da ação. Ambos, passado e presente, fundem-se, a partir das necessidades envolvidas na solução de um problema que, no caso, diz

respeito a uma comunidade. Por fim, o teste pragmático é voltado para o futuro, pois o significado das coisas está atrelado às suas consequências e a verdade deve ser testada pela via da antecipação das consequências e resultados (BILHIM, 2016, p. 23).

Esse agir voltado para as consequências é sistemático, a partir da eleição de um ou mais objetivos, como nos ensina Dewey:

> O objetivo, como um fim antevisto, dá direção à atividade; não se trata da visão frívola de um simples espectador, mas algo que influencia os passos tomados rumo ao fim. A antevisão funciona de três maneiras. Em primeiro lugar, implica a observação cuidadosa das condições dadas, com o intuito de verificar quais são os meios disponíveis para alcançar o fim e descobrir os obstáculos no caminho. Em segundo, insinua a sequência ou ordem adequada ao uso dos meios, o que facilita uma seleção ou arranjo cuidadoso. Em terceiro, possibilita a escolha entre alternativas. Se conseguirmos prever o resultado de agir dessa ou daquela maneira, poderemos comparar o valor de duas linhas de ação; poderemos julgar, de forma relativa, porque desejamos tomar um ou outro caminho. (DEWEY, 2007, p. 14)

E complementa:

> Claro que esses três pontos estão intimamente interligados. Definitivamente, poderemos prever resultados apenas quando investigamos com cuidado as condições presentes, e a importância do resultado justifica tal observação. Quanto mais adequada for nossa observação, mas variado será o cenário das condições e obstáculos que se apresentam e mais numerosas as alternativas para a escolha que deve ser feita. Por sua vez, quanto mais numerosas forem as possibilidades ou alternativas de ação identificadas na situação, mais significado terá a atividade escolhida e mais flexivelmente ela será controlada. A mente não tem mais nada com que se ocupar quando um único resultado foi pensado; o significado vinculado à ação é limitado. Pode-se apenas avançar na direção do alvo. Algumas vezes, um processo tão estreito como esse pode ser eficaz. Entretanto, se dificuldades inesperadas aparecerem, não haverá tantos recursos à disposição, como quando se escolhe a mesma linha de ação após uma busca mais ampla das possibilidades em jogo. Não se podem fazer os reajustes necessários de imediato. (DEWEY, 2007, p. 15)

Pode-se dizer, ao término desta seção, que o pensamento pragmático é um pensamento estratégico, lastreado profundamente na observação daquilo que ocorreu e ocorre, projetando vários cenários para o futuro, mas sem deixar de considerar a possibilidade de promover ajustes de rota futuros. "Agir com um

objetivo é o mesmo que agir inteligentemente. Prever o término de uma ação é contar com uma base de onde se observam, selecionam e ordenam os objetos e as próprias capacidades" (DEWEY, 2007, p. 15).

3 O PRAGMATISMO E A FINALIDADE SOCIAL DO DIREITO

Queremos ainda insistir na aplicação que Dewey faz do método pragmático às coisas da vida. Voltemos nossa atenção para o fenômeno do direito. Para ele, direito é um fenômeno radicalmente social, na origem, no propósito e nas condições de sua aplicação. Baseia-se em atividades humanas de interrelação, a partir da existência de fatos. Fato, para Dewey, não significa algo estanque, mas sim processo, coisa em andamento. Mesmo quando vemos fatos passados, precisamos conceber que estamos vislumbrando uma fatia de uma sequência temporal de longa duração. A lei é, igualmente, um fato social e, como tal, "precisa ser vista tanto como intervindo no complexo de outras atividades e também, como um processo social em si, não como algo que se possa dizer que está feito ou que acontece numa certa data" (DEWEY, 2002, p. 517). Daí, não se pode considerar a lei sem observar as condições sociais que levaram a sua existência, como também aquilo que concretamente ela realiza naquele ambiente.

Sobre a aplicação da lei, a essa percepção de que sua construção se efetiva no curso do tempo e face às circunstâncias sociais, é ainda mais incisiva a observação de Dewey:

> [...] aquilo que chamamos de aplicação não é algo que acontece após uma regra ou lei, ou estatuto ser estabelecido, mas é uma parte necessária deles; de fato, uma parte tão necessária deles; de fato, é uma parte tão necessária que, em casos dados, só podemos julgar o que a lei é, na verdade, dizendo como ela opera e quais são seus efeitos nas e sobre as atividades humanas que estão em andamento.[...] Um dado ajuste legal é aquilo que ele faz, e aquilo que faz reside no campo de modificar e/ou manter as atividades humanas enquanto interesses em andamento. Sem aplicação, há pedaços de papel ou vozes no ar, mas nada que possa ser chamado de lei. (DEWEY, 2002, p. 517).

Ou seja, o direito somente se faz presente na realidade social a partir da sua aplicação. E isso explica o enunciado, muitas vezes incompreendido, do juiz Holmes de que "a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência". As necessidades sentidas na época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições de políticas públicas, declaradas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os

juízes compartilham com seus semelhantes, tiveram muito mais a fazer do que o silogismo na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. A lei incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratada como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática (HOLMES, 2013).

Outro integrante de Suprema Corte Americana, consagrado representante do realismo estadunidense, Benjamin Natan Cardozo, expõe o que vem a ser o ato de decidir, até mesmo com um certo toque lírico, deixando de lado a segurança das concepções construídas anteriormente:

> Necessitamos de um processo seletivo, se a história tiver de ser lida como história e não como simples crônica destituída de interesse. Os diversos métodos de aproximação, bem compreendidos e aplicados, corrigem-se e provam-se uns aos outros. Um apelo às origens evidenciará a sua futilidade e terá sua significação subvertida, a menos que seja examinado e iluminado por um apelo aos fins. Precisamos aprender a manejar nossos instrumentos, a usar nossos métodos e nossos processos, não isoladamente, mas em conjunto. Eles são instrumentos de progresso que devem ser empregados em combinação. O insucesso em combiná-los, o uso deste ou daquele método como se um excluísse o outro foi o pai de muitos erros. Só de modo precário e duvidoso chegaremos à combinação necessária se não dispusermos da compreensão que vem da análise acurada – análise que é a preliminar, essencial de qualquer síntese perfeita e verdadeira. (CARDOZO, 2004, p. 70)

Mais recentemente, Richard Posner apresenta-nos uma concepção mais singela, estritamente ligada aos resultados e à análise econômica do direito, abordagem que ele denomina adjudicação pragmática. Por ela, "o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que 'todas as coisas' incluem tanto as consequências específicas ao caso quanto sistêmicas, em seu estado mais amplo" (POSNER, 2010, p. 10). O pragmatismo cotidiano representaria, em síntese, o uso do senso comum como um guia para a resolução dos problemas. Ocorre que aquilo que Posner indica como senso comum já havia sido tratado por Dewey bem antes, demonstrando como se daria o processo de moldagem do direito às instituições sociais a partir da noção de hábito (recolhendo-se aqui elementos da obra de Peirce), base da formação dos costumes, considerados estes em seu sentido mais largo, o que nos leva à compreensão de que, mesmo esse uso por uma entidade que se poderia considerar como rarefeita, conceitualmente falando, pode ser tão importante para o pragmático. E essa tensão entre o passado e o presente é revelada com maestria na "metáfora do vale de um rio", adiante descrita:

> Os processos sociais têm condições estáveis e duradouras quando comparadas com a grande quantidade de ações especiais que compõem o processo. Os seres humanos formam hábitos com tanta certeza como realizam ações especiais; e hábitos, quando encarnados em interatividades, são costumes. Esses costumes são, na minha opinião formada aqui, a fonte do direito. Podemos usar a analogia, ou, se preferirem, a metáfora do vale de um rio, a corrente e as margens. O vale, em relação com a terra circundante, ou como a "situação do terreno", é o fato primário. A corrente pode ser comparada com o processo social, e suas várias ondas, pequenas ondulações na água, redemoinhos, etc., com os atos especiais que compõem um processo social. As margens são as condições estáveis, duradouras, que limitam e também direcionam o curso tomado pela corrente, comparáveis aos costumes. Mas a permanência e a fixidez das margens, quando comparadas com os elementos da corrente que passa, são relativas, não absolutas. Dada a situação do terreno, a corrente é uma energia que entalha o trajeto, de níveis mais elevados para níveis mais baixos, e desse modo, quando vista como um processo de longo prazo (tanto no tempo como no espaço), forma e reforma suas próprias margens. Os costumes sociais, inclusive tradições, instituições, etc., são estáveis e duradouros quando comparados com as ações especiais e com o arranjo em série desses atos, que forma um processo. Mas eles e, por conseguinte, os regulamentos legais que são suas formulações precipitadas, são fixados apenas relativamente. São submetidos, mais cedo ou mais tarde, de forma mais lenta ou mais rápida, ao atrito de processos em andamento. Pois embora constituam a estrutura dos processos que estão acontecendo, são a estrutura dos processos no sentido de que surgem e tomam forma dentro dos processos, não sendo impostos aos processos de fora para dentro. (DEWEY, 2002, p. 517-518)

Notadamente, cabe igualmente ao juiz pragmático estar atento a esse jogo de interação entre as estruturas do passado e os acontecimentos que configuram o presente, mirando nas consequências dos seus atos como forma a preservar esse delicado equilíbrio, evitando mudanças bruscas.

4 ADOÇÃO DA ABORDAGEM PRAGMÁTICA OU CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO BRASILEIRO

Agora vamos nos concentrar nas disposições da Lei 13.655, publicada em 25 de abril de 2018, que introduziram vários artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec-Lei 4.657/42). Dali, pinçamos o dito no artigo 20, a estatuir que "não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas

as consequências práticas da decisão", isso nas esferas administrativa, controladora e judicial. A propósito, nessas mesmas esferas, ainda vamos encontrar alusões a esse critério consequencialista no artigo 22, § 1º, que se refere às "circunstâncias práticas" que devem ser sopesadas "em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa".

A primeira questão a ser aqui enfrentada diz respeito ao âmbito de aplicação dessas normas. Limitam-se apenas ao círculo do direito público, ou podem ser servir como parâmetro para a aplicação das normas de direito privado? Nesse ponto, cremos que não calha uma interpretação restritiva do dispositivo, apesar do foco expresso naquele segmento do direito.

Na verdade, não poderia a norma limitar o uso do critério pragmático a determinada província do direito, uma vez que a utilização do método, como vimos, parte do pressuposto de que nos textos legais não se escondem as respostas para todos os problemas; à semelhança da moldura kelseniana, que restringia a liberdade do julgador, tão somente na escolha, às alternativas extraídas da interpretação do texto legal para uma suposta solução do caso em julgamento. Hodiernamente, o texto legal é um ponto de partida e não de chegada e o processo hermenêutico é riquíssimo, construído a partir de elementos que precondicionam as concepções de mundo que serão utilizadas no enfrentamento dos casos. O direito, como prática retórica, pode dar a aparência de estar operando dentro do silogismo clássico, onde a premissa maior contém todo um universo de soluções, mas isso não quer dizer que o julgador realmente tenha operado a partir do método dedutivo. A forma não se confunde com o conteúdo.

Vemos aquele artigo 20 da Lei de Introdução bem mais como um elemento de invalidação da decisão judicial, uma vez que a fundamentação do julgado, ou mesmo da adoção de decisões extrajudiciais (nas esferas administrativas e controladora), deve fazer expressa menção aos efeitos possíveis daquela decisão judicial, especialmente quando ela é apresentada como criadora de novas situações jurídicas. Nesse sentido, casa bem o parágrafo único daquele dispositivo, com destaques nossos: "A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

Notadamente, esse critério deverá ser agregado ao disposto no art. 489 do CPC, que trata especialmente das hipóteses de invalidação das decisões por deficiência de fundamentação, mais precisamente neste parágrafo:

> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ora, o que advogamos neste ensaio é a inserção de uma derivação do disposto no item II acima descrito. Isto é, ao manejar com conceitos jurídicos indeterminados, ou valores abstratos (são institutos distintos, cuja diferença não cabe no presente estudo), o juiz deverá explicitar não apenas sua relação concreta com o caso (sendo aqui realista), mas igualmente as consequências práticas dessa decisão, considerando que agora o ordenamento jurídico admite a força dos valores jurídicos como elementos propulsionadores da evolução normativa. Eis aí a novidade!

Devemos interpretar, portanto, as inovações da Lei 13.655/18 como elementos complementares à técnica da decisão, que se amoldam, inclusive, ao sistema do precedente judicial introduzido pelo CPC anteriormente, mesmo porque, a demonstração da superação de um entendimento consolidado num precedente poderá ter por base a adoção de valores constantes no ordenamento jurídico, expressos ou implícitos, particularmente nas atividades envolvendo direito administrativo, a partir da importância que se dá ao seu objeto nuclear, atrelado à defesa da coisa pública.

5 UMA NOVA FRONTEIRA OU UMA MIRAGEM? (À GUISA DE UMA BREVE CONCLUSÃO)

Estamos lidando com alterações legislativas bem recentes. E enveredar nesse território é sempre ariscado. Aliás, isso também tem relação com o pragmatismo, uma vez que não poderemos ter a exata dimensão daquilo que se entente por lei, senão a partir do seu uso por parte da comunidade e, especialmente, dado o casamento com o realismo jurídico, da consolidação de padrões interpretativos pelo

judiciário. Em nosso país essa situação ainda é mais agudizada, frente o sistema do precedente judicial, igualmente recente, introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, detentor de características diversas dos demais sistemas tradicionais do *common law* e destinado a produzir autêntico centralismo decisional a partir das decisões dos tribunais superiores.

Assumimos o risco de delimitar, ao menos no campo proposicional, o alcance e extensão da novidade encartada no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro a partir da ótica do pragmatismo jurídico. A via do pragmatismo foi escolhida porque espelha um tratamento sistemático, um método, concebido a partir de uma concepção filosófica que se recusa a reconhecer o papel fundante dos dogmas, das respostas preconcebidas. A adoção do pragmatismo no campo do direito provoca alterações fundamentais a partir da própria concepção daquilo que se entende por direito e suas fontes, ressaltando o caráter histórico das transformações sociais e seu papel na evolução dos sistemas jurídicos. O pragmatismo jurídico visa equacionar passado com presente, com os olhos sempre voltados para o futuro, a partir de consequencialismo responsável e engajado com o desenvolvimento social. Sob tal perspectiva, seu uso como suporte teórico para a interpretação é de todo aconselhável.

De posse dos elementos fundamentais do pragmatismo jurídico, podemos asseverar que a novidade legislativa não possui a aplicação restrita que se pode imaginar frente a uma leitura apressada do dispositivo. Pelo contrário, representa a assunção pelo sistema normativo do papel representativo dos valores na construção, manutenção e evolução do direito no Brasil. Contudo, preferimos ainda não enveredar na seara da conceituação e funcionamento dos valores no direito, limitando nossas conclusões à situação daquele dispositivo considerando a totalidade dos mecanismos de formação da decisão judicial. Daí, infere-se: a) que o consequencialismo pode e deve ser utilizado como procedimento formativo da decisão judicial não apenas no âmbito do direito público; b) que o caráter consequencial/pragmático insere-se como cláusula determinante da fundamentação das decisões judiciais, quando se der o manejo dos valores como elemento necessário à aplicação normativa ou mesmo à superação do precedente judicial. É hipótese essencial à argumentação decisional e, como tal, caso não seja corretamente utilizada, levará à nulidade da decisão.

Não temos dúvida que se trata de inovação legislativa relevantíssima, capaz de arejar o ordenamento jurídico, sob o prisma do compartilhamento de responsabilidade entre os poderes. No entanto, o novo nem sempre causa boas sensações e, na presente quadra histórica do século XXI, somos portadores de mais incertezas, não sendo diferente prognosticar aquilo que nos aguarda num futuro

próximo. Somente nos resta enfrentar o tema, sob os mais diversos pontos de vista, na tentativa de construir o entendimento mais adequado. A lição aqui também é pragmática. Deixamos o leitor com a citação final feita por W. James, na obra *A vontade de crer*, da lavra de Sir James Fitzjames Stephen:

> O que você pensa de si mesmo? O que você pensa do mundo?...Em todas as situações importantes da vida, temos que dar um salto no escuro...Se decidirmos deixar os enigmas sem resposta, essa será uma escolha; se hesitarmos em nossa resposta, essa também será uma escolha: mas, qualquer que seja a nossa escolha, assumiremos as suas consequências. Se um homem escolhe dar as costas definitivamente para Deus e para o futuro, ninguém pode impedi-lo; niguem pode demonstrar, sem nenhuma margem de dúvida razoável, que ele está enganado. Se um homem pensa da maneira contrária e age conforme pensa, não vejo também como alguém possa provar que está enganado. Cada um deve agir como julga melhor; e, se está errado, o problema é dele. Estamos um desfiladeiro na montanha em meio a neve rodopiante e à neblina que nos cega e, por entre a bruma, temos apenas vislumbres ocasionais de trilhas que podem ser enganosas. Se ficarmos parados, congelaremos até morrer. Se tomarmos a estrada errada, seremos despedaçados. Nem sequer sabemos com segurança se existe um caminho certo. O que devemos fazer? Ser fortes e corajosos. Agir da melhor maneira, esperar pelo melhor e assumir o que vier... Se a morte for o fim de tudo, não poderemos ter um encontro melhor com ela (JAMES, 2001, p. 49-50).

REFERÊNCIAS

BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial**: a argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARDOZO, Benjamin Natan. **Evolução do Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

DE WALL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007

DEWEY, John. Minha Filosofia do Direito. In: MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

____. **Democracia e Educação**: capítulos essenciais. São Paulo: Ática, 2007.

HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Documento eletrônico. Disponível em: http://www.gutenberg.org/ebooks/2449. Acesso em: 02 mai 2018.

JAMES, William. **A vontade de crer**. São Paulo: Loyola, 2001.

____. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

PEIRCE, Charles Sanders. **Ilustrações da lógica da ciência**. São Paulo: Ideias e letras, 2008.

POSNER, Richard A**. Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL PARAIBANO

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA[1]
CANDICE QUEIROGA DE CASTRO GOMES ATAÍDE[2]

RESUMO

A crise no sistema prisional brasileiro, caracterizada, dentre tantos outros problemas e mazelas, pela superlotação carcerária, falta de higiene e de estrutura dos estabelecimentos prisionais, tem privado os apenados do exercício de direitos mínimos à execução digna da pena. A saúde, como direito humano fundamental e social garantido a todos é disponibilizado aos apenados precariamente. Em tempos de pandemia da Covid-19, a atenção a essa população carcerária precisou ser redobrada a fim de se evitar a contaminação em massa. O presente trabalho tem por objetivo analisar quais medidas foram adotadas pelo Poder Judiciário em conjunto com o Estado da Paraíba e se estas foram suficientes para garantir tal direito aos presos. Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização de jurisprudências, atos normativos e levantamento de dados a partir de materiais disponibilizados por meio eletrônico, percebe-se que, embora seja difícil proteger os detentos dos riscos de contaminação pela Covid-19 e, mesmo diante da situação de vulnerabilidade desse grupo, vistos como pessoas que não merecem viver, segundo a ideia de necropolítica, as medidas de contenção adotadas pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária em conjunto com o Tribunal de Justiça da Paraíba tiveram por escopo resguardar a saúde das pessoas privadas de liberdade, cuja atenção não foi (e não pode ser) minimizada em relação a esse direito.

Palavras-chave: Sistema prisional. Covid-19. Necropolítica.

ABSTRACT

The crisis in the Brazilian prison system, characterized by carceral overcrowding, lack of hygiene, and structural faults in penitentiary establishments among many other problems and maladies, has deprived inmates of their minimum rights to undergo punishment with dignity. Healthcare, as a fundamental and social human

1 Doutor pela Universitat de València/Espanha, Professor Permanente dos Programas de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa – PPGD/UNIPE e da Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ/UFPB; Advogado; Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal – ANACRIM-PB e Presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Automobilismo.

2 Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo UNIPÊ; Juíza de Direito do Estado da Paraíba; Graduada pela UFPB.

right, guaranteed to all citizens, is provided to those precariously. In times of Covid-19 pandemic, the need for attention towards the incarcerated population turned out to be twice as bigger in order to avoid mass contamination. The present work seeks to analyze which measures were adopted by the Judiciary together with the State of Paraíba, and whether these measures were sufficient in order to guarantee this right to them. By means of a bibliographic and documentary research, using jurisprudence, normative acts and data collection, as of materials made available electronically, it should be noticed that, in spite of the difficulty to protect the incarcerated ones from the risks of Covid-19 contamination, and despite the fact that they belong to vulnerability groups, seen as people who do not deserve to live according to the idea of necropolitics, the containment measures adopted by the State Secretariat of Penitentiary Administration in conjunction with the Paraíba Court of Justice aimed to safeguard the health of those deprived of their liberty, whose attention has not been (and cannot be) minimized where this right is concerned.

Keywords: Prison system. Covid-19. Necropolitics.

1 INTRODUÇÃO

Considerando os níveis alarmantes de contaminação e a rápida disseminação geográfica apresentada pela Covid-19, a Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 11 de março de 2020, declarou publicamente a situação de pandemia em relação ao novo coronavírus.

O Brasil, que já no mês de fevereiro de 2020 registrou o primeiro caso da doença, a despeito de divergências existentes entre gestores de vários Estados, implementou diversas ações governamentais, a exemplo do isolamento e distanciamento social, bem como o *lockdown,* objetivando evitar a propagação do vírus, cuja transmissão comunitária foi confirmada em poucos dias para todo o território nacional, e, via de consequência, buscando impedir o colapso da saúde pública.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça, responsável pela fiscalização e normatização do Poder Judiciário e dos atos praticados por seus órgãos, nos termos do artigo 103-B, § 4º, I, II e III, da CF, editou a Recomendação n.º 62, de 17 de março de 2020, orientando os Tribunais e magistrados no sentido de adotarem as medidas preventivas à propagação da infecção pela Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Além de salvaguardar a vida e a saúde dos magistrados e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, o referido órgão preocupou-se, a partir da edição da sobredita recomendação, em proteger também as pessoas privadas de liberdade, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

Sabe-se que o sistema penitenciário brasileiro enfrenta uma crise há muito instalada e caracterizada por diversos fatores, dentre eles, a superpopulação carcerária, falta de estrutura e precariedade dos estabelecimentos prisionais existentes. A maioria das unidades não dispõe de locais adequados para abrigar dignamente os indivíduos que se encontram sob a tutela penal do Estado, dificultando o tratamento daqueles acometidos por doenças graves, como tuberculose, HIV e, recentemente, a Covid-19.

Diante do iminente risco de contaminação em massa dos encarcerados e, com base na assertiva de que a assistência no cuidado e prevenção de doenças deve ser assegurada a todos os indivíduos independente de suas características pessoais, o presente trabalho cinge-se a analisar quais as medidas, no âmbito do plano de contingência elaborado pelo Estado da Paraíba, foram tomadas juntamente com o Poder Judiciário, para mitigar os efeitos da pandemia do coronavírus em relação à saúde das pessoas privadas de liberdade e, se estas foram suficientes para conter a propagação da doença nas unidades prisionais, garantindo-se um mínimo de dignidade no cumprimento da pena.

Parte-se da ideia de que a falta de uma política pública de saúde no cárcere também pode impactar a sociedade no âmbito da pandemia da Covid-19, mormente quando se sabe que o confinamento é suscetível de ensejar a proliferação em massa, ocasionando grave violação do direito humano à saúde. Daí porque torna-se imprescindível a busca por meios preventivos, que reduzam os impactos da doença no interior dos presídios.

Pretende-se, ao longo do texto, delinear o panorama geral do sistema carcerário brasileiro, avaliando o alcance do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, para, enfim, após discorrer sobre os impactos da Covid-19 no ambiente prisional, apresentar a atuação do Poder Judiciário, com ênfase no Estado da Paraíba, no combate ao novo coronavírus.

Quanto aos aspectos metodológicos, foi escolhida a pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização de jurisprudências, atos normativos, inclusive do Conselho Nacional de Justiça e levantamento de dados a partir de materiais disponibilizados por meio eletrônico.

2 PANORAMA ATUAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada em 1948 reafirmou os direitos fundamentais inerentes a todos os homens após um longo período de conflitos armados, graves transgressões e atrocidades cometidas durante a Segunda

Guerra Mundial, constituindo um documento internacional de acesso irrestrito aos direitos humanos para todos os povos.

Além de trazer dispositivos proibindo a submissão do homem à tortura e a penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (artigos 5º e 9º), mandamento este reproduzido, na íntegra, na Constituição Federal de 1988, a Organização das Nações Unidas aprovou, no ano de 1957, as Regras Mínimas para Tratamento de Presos, assegurando a todas as pessoas encarceradas no território de países membros da ONU as garantias nelas previstas.

Decorridos 60 anos, o referido documento foi atualizado e formalizado pela ONU no dia 22 de maio de 2015, passando a ser conhecido como Regras de Mandela, em homenagem ao líder negro sul-africano. Naquela ocasião, diante das mudanças ocorridas na execução penal em todo o mundo, foram incorporadas novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade (BASTOS; REBOUÇAS, 2018).

Embora contenha normas de direito internacional sem força vinculante (*soft law)*, o Brasil participou de sua elaboração e contribuiu para a sua aprovação, incorporando-se ao seu sistema carcerário em pontos específicos como: audiência de custódia, enfrentamento das revistas íntimas vexatórias, averiguação e responsabilização por tortura cometida contra presos.

Mesmo assim, considerando ainda o fato de o Brasil ser signatário de outros documentos internacionais, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, segundo o qual a pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com respeito à dignidade inerente a toda pessoa humana, a realidade enfrentada pelo sistema penitenciário apresenta-se em um contexto diverso.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana preconizada na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil de proteção e dignidade de pessoas encarceradas são constantemente afrontados e violados. Diversas são as barreiras para o cumprimento integral e digno de uma pena privativa de liberdade, evidenciadas por dificuldades como a superlotação carcerária e a falta de trabalho ou estudo para o preso, o que contribui para sua não reinserção social (SPINIELI, 2019).

Sem adentrar nas razões ensejadoras do etiquetamento e estigmatização do alvo a ser definido como criminoso, em sua grande maioria, jovem, homem, pobre e negro (BASTOS; REBOUÇAS, 2018), por não serem objeto do presente estudo, a superlotação carcerária constitui um dos problemas mais sérios e críticos dentre os que atingem o sistema prisional brasileiro, e a alta taxa de criminalidade decorre de fatores socioeconômicos e políticos, cujas causas também não serão tratadas neste

trabalho porquanto isso demandaria um texto extenso e incompatível com este espaço.

Levando-se em consideração o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (IFOPEN), realizado de julho a dezembro de 2019, o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo, contando com aproximadamente 748.000 pessoas reclusas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China (BRASIL, 2019), despontando as penitenciárias com taxa de lotação no percentual de 197%, isto é, que extrapolam a quantidade de vagas permitidas, tendo mais presos do que vagas disponíveis.

Nesse contexto, a ineficácia da pena privativa de liberdade, baseada na premissa de que o ambiente carcerário, e, na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas, tornam inalcançável o objetivo reabilitador (BITENCOURT, 2017, p. 177), é uma realidade e chama a atenção para as graves deficiências do regime penitenciário. O Supremo Tribunal Federal, em 2015, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), classificou o sistema prisional brasileiro como "estado de coisas inconstitucional". Isso foi ocasionado pela grave violação dos direitos humanos e descumprimento de normas internacionais e internas, levando em consideração os reflexos dessa situação na sociedade, já que, fora dos presídios, vê-se o aumento da criminalidade e da insegurança social, não havendo, segundo o relator, Ministro Marco Aurélio Melo, a ressocialização nem se garantindo o direito ao desenvolvimento como "processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam" (SEN, 2000).

O certo é que a prisão se configura como uma instituição que, desde seu surgimento, esteve longe de cumprir seu papel. (FOUCAULT, 2011). Nos dias de hoje, o cárcere continua a se apresentar ineficiente, e a população carcerária, diante da flagrante violação aos direitos humanos, tem sobrevivido em uma espécie de ilha de insalubridade (SPINIELI, 2019).

Aliás, a condição precária do cárcere já fazia eco no discurso literário do escritor brasileiro Graciliano Ramos (2011, p. 129), quando dizia;

> (...) impossível adivinhar quantos dias, meses anos, me separavam da liberdade; e realmente a ideia de ser posto na rua, sem armar, sem defesa, me causava arrepios. Medonho confessar isto: chegamos a temer a responsabilidade e o movimento, enervamo-nos a arrasta no espaço exíguo os membros pesados. Bambos, fracos, não nos aguentaríamos lá fora; a menor desgraça é continuarmos presos, inertes, descomedindo-nos em longos bocejos.

E, mesmo o artigo 85 da Lei de Execução Penal dispondo que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, as unidades prisionais encontram-se abarrotadas, não fornecendo aos detentos condições mínimas de sobrevivência, constituindo um ambiente totalmente insalubre, sem as devidas condições higiene e propício à proliferação de epidemias e ao contágio por parte das mais diversas doenças (ROSA; TONIAL; WENDRAMIN, 2020).

É bem verdade que as mazelas experimentadas pelas pessoas presas não provocam grande comoção social, pois vivem em condição de invisibilidade (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2020), no entanto, não há como, diante de toda a vulnerabilidade relatada e à qual essas pessoas estão submetidas, caracterizada pela fragilidade da saúde, resistência física e redução da imunidade no ambiente prisional, desconsiderar a situação alarmante de que podem ser acometidas de doenças das mais variadas, inclusive a COVID-19, cuja proliferação precisa ser evitada, notadamente quando se tem em mente a existência corriqueira de aglomeração de pessoas nesses locais, inexistindo o distanciamento entre os presos, devido a superlotação. É o que será abordado no tópico seguinte.

3 O DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL E OS IMPACTOS DA COVID-19

A Constituição Federal de 1988 representa um marco histórico de ruptura de um período de mais de duas décadas de regime ditatorial, com a instituição do Estado Democrático de Direito e incorporação de vários direitos fundamentais constantes, até então, apenas nos documentos internacionais.

Exemplo disso são os direitos sociais, os quais constituem as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real, funcionando como prestações positivas cuja observância é obrigatória aos Poderes Públicos (BULOS, 2007) e que, por serem autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão (PIOVESAN, 2012), constituindo mandamentos de otimização, dada a natureza principiológica dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017).

Concretizados através de políticas públicas, dada a sua natureza prestacional, os direitos sociais encontram-se elencados no artigo 6º da Constituição Federal. Em sendo a saúde um direito social, deve ser assegurada a todos, constituindo dever do Estado, garanti-la, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do

risco de doença e de outros agravos, além de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, a teor do disposto no artigo 196 do texto constitucional, situado no título que regula a ordem social.

A despeito de discursos punitivistas, não parece razoável excluir a população carcerária da garantia desse direito fundamental, sobretudo quando o texto constitucional não é excludente, mas, sim, abrangente, referindo-se a "todos" sem fazer qualquer distinção.

Demais disso, deve-se ter em mente que a criminalidade não decorre tão somente de problemas de caráter do indivíduo criminoso, mas também das desigualdades sociais e do subdesenvolvimento, geradores de violência, que acabam impulsionando muitos a enveredarem para o mundo da criminalidade, diante dessa triste realidade.

Aliás, a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo é estabelecida no artigo 14, caput e § 2º da Lei de Execução, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico, devendo, inclusive, ser prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento penal quando este não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária.

No mesmo diapasão, o artigo 318, II, do Código de Processo Penal faculta ao juiz a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, quando o acusado for extremamente debilitado por motivo de doença grave, comprovada por meio de documento idôneo.

Não se pode olvidar ainda que o mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna e saudável, configurando uma necessidade humana. Assim, os presos, independentemente da gravidade do crime cometido, não perdem o direito ao mínimo existencial, muito embora este seja sistematicamente denegado pelas condições absolutamente degradantes do sistema carcerário (SARMENTO, 2016).

Nessa esteira, as condições precárias de salubridade, superlotação e carência de recursos nas unidades prisionais contribuem para o processo de disseminação das mais variadas doenças (tuberculose, HIV, diabetes), cuja incidência é superior quando comparada à manifestada fora dos limites prisionais (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2020).

O grande impasse reside no fato de que, se o Sistema Único de Saúde (SUS) não socorre a contento à população de uma maneira geral, o que se dirá das pessoas privadas de liberdade, cujo discurso preponderante de ódio e vingança se agrava pela antipatia da sociedade, com sentenças do cenário popular como: "ele (criminoso) teve o que mereceu" ou "bandido bom é bandido morto" e "cura pra bandido é a morte", tendo por base a ideia tão somente de retributividade punitiva (SILVA;

MATTOS; CHAVES, 2018), levando os gestores públicos a serem pouco zelosos com os cuidados a estes indivíduos.

Essa situação se potencializa quando analisada no contexto do novo coronavírus. As deficiências já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS) em promover uma política pública de atendimento e tratamento médico-hospitalar adequado e eficiente à população, intensificaram-se no período da pandemia.

Os Estados foram instados, com a maior brevidade possível e urgência necessária, a comprar os equipamentos médicos necessários e adequar as unidades hospitalares, inclusive com a contratação de mais profissionais da saúde, a fim de assegurar um atendimento digno no combate da doença. A Covid-19 mostrou que o Sistema Único de Saúde (SUS), há anos, agoniza e, com a sobrecarga originada pela pandemia, segue junto com os infectados para uma Unidade de Tratamento Intensivo (CYPRIANO; CYPRIANO; CARDOSO, 2020).

Dúvidas não remanescem acerca da natureza democrática do novo coronavírus, que pode contaminar qualquer pessoa, sem distinção. Todavia, em um mundo onde as desigualdades sociais se delineiam de maneira descomunal, é inegável que nem todos, quiçá a grande maioria, dispõem das mesmas armas para se defenderem, de maneira que aqueles com maiores condições vencem a luta pela sobrevivência em detrimento dos menos favorecidos.

Diante desse cenário de mortes no Brasil, as pessoas mais expostas são os grupos de vulneráveis (povos indígenas, negros, pobres, moradores de rua, presos, idosos, portadores de comorbidades e muitos outros). Nesse aspecto, a ideia de necropolítica, desenvolvida por Mbembe (2018), e que questiona os limites da soberania estatal, sobretudo no que se refere aos mecanismos que o Estado utiliza para decidir quem vive e, principalmente, quem morre, em tempos de pandemia, tem sido objeto de uma releitura amplamente divulgada nas mídias, amoldando-se ao pensamento de que a crise do coronavírus mostra a distribuição desigual da oportunidade de viver e de morrer no Brasil, de sorte que os regimes de desigualdade determinam quais corpos vivem o risco (CARVALHO, 2020).

Um exemplo ilustrativo da ideia de necropolítica ocorreu na Itália, onde o aumento exponencial de casos da Covid-19 obrigou os médicos a escolherem tratar os pacientes com "maior chance de sobreviver" entre os milhares de pacientes que lotavam os leitos dos hospitais, seguindo orientação das autoridades do país.

De igual modo, o argumento difundido em diversos países no sentido de reforçar e reivindicar a lógica neoliberal centrada na ideia de que economia precisaria ser retomada, ainda que com isso, vidas sejam sacrificadas, com o fim do isolamento social, também se enquadra perfeitamente nessa ideia de controle social, definindo-se quem vai sobreviver e quem vai morrer.

Nesse mesmo sentido, a população submetida ao sistema prisional, na sociedade em que vivemos, também pode ser vista, à luz do conceito de necropolítica, como um grupo de pessoas que não merece viver e, por isso, temos visto a naturalização da contaminação por Covid-19, e a morte de pessoas encarceradas (ROSA, 2020).

Não se pode olvidar que a saúde, fora ou dentro do cárcere, não está atrelada tão somente à prevenção de qualquer doença. Ao revés, envolve a busca pela garantia de uma qualidade de vida, proporcionando à população viver em um ambiente saudável e protegida contra riscos de adoecimento. Atende-se, assim, ao objetivo 3, lançado pela Organização das Nações Unidas na agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, consistente em assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades.

Dessa forma, as medidas para salvaguardar a saúde dos aprisionados da entrada e disseminação da Covid-19 nos presídios são de suma importância, na medida em que são titulares do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, esta entendida como uma qualidade que integra a própria condição humana, inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido (GRECO; BRAGA, 2011), por ser absoluto, único e insubstituível. Tais medidas, portanto, serão examinadas no item seguinte.

4 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE COVID-19

Como visto, tão logo a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a situação de pandemia em relação ao novo coronavírus, no dia 11 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n.º 62, de 17 de março de 2020, orientando os Tribunais e magistrados a adotarem as medidas preventivas necessárias no intuito de evitar a disseminação da Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

O órgão de fiscalização e normatização do Poder Judiciário buscou preservar a saúde dos agentes públicos, pessoas privadas de liberdade e visitantes, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos, até então alarmantes, pois a doença já há havia se disseminado pelo mundo e iniciava sua propagação por todo o território nacional, tornando o debate sobre o desencarceramento uma questão de saúde pública.

Atento a todos os problemas de precariedade existentes no sistema prisional apontados nos itens anteriores, o Conselho Nacional de Justiça vislumbrou um cenário de potencial contaminação em grande escala nos estabelecimentos penais, apta a produzir impactos significativos para a segurança e a saúde pública de toda a população, de modo a extrapolar os limites internos dos presídios. Por essa razão,

estabeleceu procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação da doença nesses locais.

Para tanto, o CNJ orientou os magistrados que reavaliassem as prisões provisórias, nos termos do art. 316 do CPP, cujo prazo de 90 (noventa) dias tivesse se excedido ou que estivessem relacionadas a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, bem como, no caso de sentenciados, à concessão da saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto e, ainda, a conversão da prisão preventiva em domiciliar, priorizando mulheres gestantes, lactantes e mães, idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou enquadradas em grupos de risco. Recomendou ainda a realização de audiências envolvendo réus presos, por meio de videoconferências, e a suspensão, durante o período de restrição sanitária, das audiências de custódia e sessões de julgamento do Tribunal do Júri.

A citada recomendação também instituiu a reavaliação de prisões provisórias nos casos de pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade e sem equipe de saúde lotada na unidade prisional, bem como a colocação em prisão domiciliar dos detentos com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19 mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento, além da orientação da máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva.

Após a edição da Recomendação n.º 62 do CNJ, vários magistrados de todo o país reavaliaram as prisões preventivas, revogando-as ou substituindo-as, nas situações ali previstas, por prisão domiciliar, possibilitando ainda aos sentenciados do semiaberto e aberto, o cumprimento da pena em suas residências, enquanto perdurasse o estado de pandemia.

Exemplo disso foi a decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (2020b) que, em sede de *Habeas Corpus* n.º 575.495, da Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, permitiu a transferência para prisão domiciliar de presos que cumprem pena nos regimes aberto e semiaberto em presídios de Minas Gerais.

Por sua vez, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino do Superior Tribunal de Justiça (2020a), como medida excepcional preventiva da Covid-19, estendeu *Habeas Corpus,* determinando que presos por dívida alimentar em todo o território nacional cumprissem a prisão, em regime domiciliar, atendendo pleito da Defensoria Pública da União, uniformizando o tratamento a todos os presos que estivessem na mesma situação, porquanto, a princípio, a medida era restrita aos presos do Estado do Ceará.

O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (2020), logo após a edição da aludida recomendação, proferiu liminar, acatando pedido do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), conclamando os juízes de todo o país a avaliarem, com urgência, a situação de presos inseridos em grupos de risco do

novo coronavírus. Contudo, o Plenário da Corte Suprema, por 7 votos a 2, revogou a decisão sob o argumento de que as medidas para evitar a contaminação de presos já haviam sido tomadas pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, além do próprio Conselho Nacional de Justiça.

Foram inúmeros os requerimentos de revogação de custódia cautelar e conversão em prisão domiciliar apresentados por Defensorias Públicas e Associações de Advogados Criminalistas de presos de todos o país, fundados na pandemia da Covid-19, sendo alguns atendidos e outros indeferidos.

O Ministro Luiz Fux (2020), do Supremo Tribunal Federal, em artigo publicado no Jornal Estado de São Paulo pediu cautela na análise da liberação de presos, asseverando que "coronavírus não é *Habeas Corpus*", destacando que a Recomendação n.º 62 do CNJ, embora tenha sido acertadamente pautada em razões humanitárias, poderia ocasionar uma soltura indiscriminada de presos e criar uma "política criminal perversa e de danos irreversíveis" (FUX, 2020).

Com efeito, a despeito disso, de acordo com o boletim semanal emitido pelo Conselho Nacional de Justiça (2020a), atualizado no último dia 03 de agosto de 2020, dos 13.305 casos confirmados de infecção por Covid-19 em pessoas presas nos presídios em todo o país, até o presente momento foram registrados 82 óbitos, havendo uma alta de 25% do número de mortes, em relação ao mesmo período no mês anterior.

Ainda segundo os dados colhidos do Conselho Nacional de Justiça, entre março e maio de 2020, 35 mil pessoas foram retiradas de unidades prisionais com a adaptação do cumprimento da pena para outros formatos, tais como prisão domiciliar ou monitoração eletrônica, tratando-se de 4,6% do total de pessoas em privação de liberdade, excluídos o regime aberto e presos em delegacia.

Torna-se imperioso registrar também, consoante estatísticas auferidas do órgão mencionado, que, do montante de R$ 55.859.622,98, o Poder Judiciário encaminhou parte dessas verbas obtidas, por meio de penas pecuniárias, para o combate à pandemia, destinando recursos para a prevenção do surto de Covid-19 em unidades de privação de liberdade.

Dentre os casos confirmados do novo coronavírus e registro de óbitos, o Nordeste ocupa a 3ª e 2ª posição, com 22.3% e 18,3%, respectivamente, em relação às demais regiões. Serão objeto de análise a seguir, as medidas específicas adotadas pelo Estado da Paraíba, visando evitar a proliferação da doença no interior dos presídios.

5 MEDIDAS DE CONTENÇÃO DOS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL DO ESTADO DA PARAÍBA

A Recomendação n.º 62 do Conselho Nacional de Justiça também atribuiu aos magistrados, com exercício de suas atribuições de fiscalização de estabelecimentos prisionais, a responsabilidade de zelarem pela elaboração e implementação de um plano de contingência pelos gestores competentes.

No início do mês de abril de 2020, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado da Paraíba, por determinação do Governador, elaborou o Plano de Contingência para combater a Covid-19 em todo o sistema penitenciário estatal, que conta com 79 unidades prisionais, orientando todos os profissionais integrantes do sistema.

Dentre as diversas medidas, destaca-se (PARAÍBA, 2020):

a) a suspensão das visitas nas unidades prisionais, já sustadas desde o dia 20 de março de 2020;

b) implementação de visitas virtuais, evitando-se a disseminação da doença, com o deslocamento de detentos e trânsito diário de seus familiares, advogados, dentre outros;

c) utilização da Carceragem da Central de Polícia da Capital para custódia dos presos temporários da região metropolitana de João Pessoa para cumprimento da quarentena mínima de 14 dias antes de serem encaminhados para os presídios, evitando a contaminação dos presos antes do isolamento;

d) produção de máscaras cirúrgicas nas quatro unidades femininas;

e) reforço na alimentação dos apenados, com aumento de 30% no fornecimento de alimentos com balanceamento nutricional, para auxiliar na manutenção da imunidade;

f) intensificação da limpeza de celas e ambientes coletivos, com a fabricação própria de desinfetantes e água sanitária e distribuição de kits de higiene pessoal;

g) conversão da estrutura da Penitenciária de Segurança Média Juiz Hitler Cantalice em unidade específica para recebimento e custódia de presos com sintomas da doença, com aquisição de mais medicamentos e incremento de profissionais de saúde na equipe existente;

Antes mesmo do referido plano ter sido publicado, no final de março de 2020, Juízes da Execução Penal da Comarca da Capital – João Pessoa – inspecionaram as instalações adaptadas para leitos reservados aos presos com algum sintoma de coronavírus, visitando também a cozinha de uma das penitenciárias da capital, constatando que as medidas até então adotadas apresentavam resultados

satisfatórios aos padrões recomendados pelas normas do Ministério da Saúde e da Secretaria Saúde do Estado.

A propósito, a suspensão dos trabalhos do Projeto Castelo de Bonecas, reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja confecção é feita pelas detentas da Penitenciária Feminina Júlia Maranhão, em virtude da pandemia da Covid-19, destinou a mão de obra das reeducandas para a produção de máscaras e propés (sapatilhas descartáveis), medida posteriormente estendida para as quatro unidades prisionais femininas do Estado Paraíba. A notícia desse projeto, nomeado Esperança Viva, desenvolvido pela Secretaria de Administração Penitenciária, por sua inovação oportuna e necessária; e com o apoio do Tribunal de Justiça da Paraíba, repercutiu na Rádio Justiça do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse ponto, o Sistema Penitenciário da Paraíba reduziu a zero o custo do Estado; em termos de mão de obra, além de permitir que as reeducandas possam ser beneficiadas pelo instituto da remição da pena, conforme noticiou o Tribunal de Justiça da Paraíba (2020b).

A fabricação já alcançou 180 mil unidades, com uma produção média de 2,4 mil máscaras por dia, sendo estas distribuídas entre os mais de 13 mil apenados existentes no sistema prisional estatal (segundo dados do INFOPEN), integrantes do sistema penitenciário, policiais civis, militares, do Corpo de Bombeiros, do Instituto da Polícia Científica, além do Hospital Napoleão Laureano, que cuida das pessoas portadoras de câncer; significando, portanto, um benefício social de grande alcance.

O Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Tribunal de Justiça da Paraíba (2020a) instituiu um Comitê de Acompanhamento das Medidas de Enfrentamento à Covid-19 como forma de fazer cumprir com maior efetividade a função fiscalizatória do sistema carcerário estadual, estabelecendo a adoção do Malote Digital nas comunicações de prisão em flagrante entre as unidades judiciárias e prisionais, bem como para o cumprimento de alvará de soltura e nas comunicações entre as unidades, despontando a utilização da tecnologia como garantia da prestação jurisdicional a partir da análise dos pleitos urgentes; envolvendo réus presos.

A situação excepcional ocasionada pela pandemia da Covid-19 não impediu que os Juízes das Varas de Execução Penal de todo Estado da Paraíba continuassem exercendo suas atividades, sobretudo porque todas as guias de execução encontram-se digitalizadas e são movimentadas através do SEEU – Sistema Eletrônico de Execução Unificado, implantado em 2019 pelo CNJ.

Cumprindo o estatuído na Recomendação n.º 62 do Conselho Nacional de Justiça, os apenados dos regimes semiaberto e do aberto de todas as unidades prisionais do Estado foram colocados em prisão domiciliar, sendo concedidos, por

antecipação, benefícios aos inseridos em grupos de risco, cujo requisito objetivo temporal seria alcançado até o dia 30 de setembro.

Na Vara de Execução Penal de João Pessoa, Comarca de Capital, onde estão situados os maiores estabelecimentos penais do Estado, não houve paralisação do trabalho, mesmo com a instituição do trabalho remoto, sendo criado um grupo de W*hatsApp* para viabilizar um contato direto entre a unidade judiciária, Secretaria de Administração Penitenciária e os diretores de presídios, para adoção de providências imediatas nos casos mais urgentes.

A atividade jurisdicional foi adaptada para que fosse possível a realização de audiências que demandassem a presença física das partes. Presídios do município foram aparelhados com as ferramentas tecnológicas necessárias e as audiências, visitas e entrevistas com advogados foram realizadas, por videoconferência, através da plataforma Cisco Webex, disponibilizada pelo CNJ a fim de evitar o traslado de apenados.

Segundo dados colhidos do mencionado SEEU, no período de 19 de março até 04 de agosto de 2020, foram realizadas 446 audiências de justificação com os apenados que cometeram faltas no curso da execução da pena. Tais faltas podem consistir desde o cometimento de novos crimes durante a execução da pena, seja no ambiente interno do presídio ou fora dele, até os casos de descumprimento das condições do regime da pena ou do livramento condicional (MIRABETE; FABRINI, 2018).

Por meio dessas audiências, os detentos têm a oportunidade de se defenderem diretamente ao juiz, na presença do Ministério Público e na companhia de defensor público ou advogado constituído, intimados por meio eletrônico. As videoconferências nesse período, têm permitido a rapidez na oitiva do apenado sem o deslocamento para o Fórum, e, sendo o caso de acatamento da justificativa, é possível recolocá-lo mais rapidamente em liberdade.

Ainda de acordo com as informações colhidas do Sistema Eletrônico de Execução Unificado no mesmo período, foram concedidos 547 benefícios, sendo 165 atinentes ao livramento condicional, e 382 referentes à progressão de regime, com dispensa da audiência admonitória.

Assim como na Vara de Execução Penal de João Pessoa, a atuação jurisdicional se desenvolveu de forma semelhante nos Juízos de Execução Penal das demais Comarcas do Estado, a exemplo das Comarcas de Campina Grande, a segunda maior, Patos, Sousa, Piancó e Santa Rita, conforme notícias veiculadas no sítio oficial do Tribunal de Justiça da Paraíba.

As inspeções nos estabelecimentos penais, exigidas mensalmente pelo CNJ, de responsabilidade dos Juízes da Execução Penal, para o fim de constatar as condições estruturais do lugar e regular a tramitação do cumprimento da pena além de

possíveis casos de contaminação pela Covid-19, foram realizadas de forma virtual, tendo muitos magistrados realizado entrevistas individuais com os apenados, a fim de verificar a situação processual do cumprimento das reprimendas.

Levando-se em consideração todas medidas apontadas, a testagem da população carcerária e a sanitização regular dos estabelecimentos penais, segundo o último Boletim Informativo divulgado pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária sobre a Covid-19 no sistema prisional, no último dia 01 de agosto de 2020, dos 232 casos confirmados da doença, 229 foram recuperados, registrando a Paraíba, até o presente momento, 02 óbitos, o que representa um percentual de 98,7% de contaminados privados de liberdade curados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se no estágio atual do avanço social em matéria criminal que o modelo prisional brasileiro encontra-se, há muito tempo, eivado de precariedade e condições desumanas, como o excesso de população carcerária, falta de higiene e de estrutura dos estabelecimentos prisionais existentes em todo o país.

Não se pode negar as dificuldades por que passa o Estado na busca por garantir o cumprimento das penas privativas de liberdade de forma que não atente contra os direitos humanos da pessoa encarcerada. A ressocialização é vista como uma mera falácia, e toda a crise enfrentada tem privado a população carcerária do exercício de direitos mínimos à execução digna da pena, a exemplo da saúde, direito humano fundamental e social.

É um desafio proteger a população em geral do novo coronavírus. Realizar essa mesma tarefa entre os encarcerados é uma empreitada muito maior, ante a impossibilidade do distanciamento social num ambiente superlotado.

Embora os detentos inseridos nos grupos de vulneráveis possam ser reputados como pessoas que não merecem viver, segundo a ideia de necropolítica, em tempos de pandemia, no Estado da Paraíba, as medidas de contenção adotadas tiveram por escopo resguardar a saúde das pessoas privadas de liberdade.

Entretanto, mesmo diante do registro de dois lamentáveis óbitos no sistema prisional paraibano em decorrência da COVID-19, o que representa um percentual de 0,015% de uma população carcerária composta por mais de 13.000 detentos, não se pode minimizar a atenção à saúde dessa população. O Estado tem o dever e a obrigação de garantir a dignidade da pessoa humana aos detentos do sistema prisional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BASTOS, Paula Britto; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Regras de Mandela: um estudo das condições de encarceramento no Brasil segundo a resolução da ONU. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva,** Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 146–162, Jul/ Dez. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CYPRIANO, Luiz Márcio; CYPRIANO, Larissa; CARDOSO, Luis. O novo coronavírus e o sistema prisional paraense: por uma atenção à saúde da população carcerária. **Ciências Sociais e coronavírus**, Boletim n. 83, 14 de julho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Monitoramento semanal**: Covid-19 no sistema prisional. Atualizado em 3 ago. 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-5.08.20.pdf>. Acesso 09 ago. 2020.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 39. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

FUX, Luiz. A lição de Santo Agostinho: juízes devem ser responsivos e mensurar consequências de suas decisões. **Folha de S. Paulo**, 10 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/04/a-licao-de-santo-agostinho.shtml>. Acesso 09 ago. 2020.

GRECO, Rogério; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Da principiologia penal ao direito à intimidade como garantia constitucional. **Revista Direito e Desenvolvimento**, a. 2, n. 4, jul./dez/ 2011.

MIRABETE; Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Fabbrini. **Execução Penal.** 14 ed rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

PARAÍBA. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. **Plano de contingência para o novo coronavírus (COVID-19) no Sistema Penitenciário do Estado da Paraíba**. Paraíba: 2020. Disponível em: <https://paraiba.pb.gov.br/noticias/sistema-penitenciario-tem-plano-de-contingencia-para-combate-ao-covid-19/1585917690521_plano-de-contingencia-seap-covid19-pdf.pdf>. Acesso 09 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Graciliano. Memórias do cárcere. 45. ed. São Paulo: Editora Record, 2011.

ROSA, Adriane Morineli da; TONIAL, Sabrina Maiara; WENDRAMIN, Cassiane. **Sistema penitenciário catarinense, superlotação e o COVID-19**: como o TJSC está lidando com a situação. São Miguel do Oeste: Anuário pesquisa e extensão unoesc, 2020.

ROSA, Marinês da. Carta a Maria do Mar: dialogando com mulheres no cárcere durante a pandemia. **Ciências Sociais e coronavírus**, Boletim n. 83, 14 de julho de 2020.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial**. Revista de Direito da Cidade,** vol. 08, nº 4, pp. 1644-1689, 2016.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SPINELI, A. L. P. As condições de acessibilidade em geral às pessoas com deficiência no ambiente carcerário. **R. Curso Dir. UNIFOR**-MG, Formiga, v. 10, n. 2, p. 100 - 125, jul/dez. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 568.021**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ministro-estende-hc-presos-divida.pdf>. Acesso 09 ago. 2020a.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 575.495**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC-575.495%20VOTO.PDF>. Acesso 09 ago. 2020b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícia. **Juízes de execução penal devem seguir recomendações do CNJ para evitar disseminação de coronavírus nas prisões**. 18 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439697>. Acesso 09 ago. 2020.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Política de saúde no cárcere fluminense: impactos da pandemia de Covid-19. **JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES,** Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **GMF do TJPB institui Comitê de acompanhamento das medidas de enfrentamento à Covid-19**. 15 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/noticia/gmf-do-tjpb-institui-comite-de-acompanhamento-das-medidas-de-enfrentamento-a-covid-19>. Acesso 09 ago. 2020.

_____. **Produção de máscaras por apenadas da PB, com apoio do TJPB, repercute na Rádio Justiça**. 21 ju. 2020b. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/noticia/producao-de-mascaras-por-apenadas-da-pb-com-apoio-do-tjpb-repercute-na-radio-justica>. Acesso 09 ago. 2020.

MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ASPECTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DE SUA EVOLUÇÃO E DA INSERÇÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA PELA FONTE SOLAR

WANDERSON CARVALHO SILVA[1]
GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO[2]

RESUMO

O presente trabalho visa abordar a questão da evolução da matriz energética brasileira ao longo de todas as Constituições da história brasileira, desde a primeira até a atual Constituição Federal de 1988, sob a ótica dos aspectos econômicos e jurídicos que permeiam a busca pela segurança energética. Na descrição histórico-constitucional do tema "matriz energética" é enfatizado, principalmente, o período desenvolvimentista e a conjuntura encontrada atualmente, mais baseada na procura por uma diversificação dessa matriz, focada nas energias limpas e renováveis. O trabalho também aborda o potencial brasileiro na área de energia em comparação com o mundo, a sua capacidade de geração de energia por fontes limpas, e a direção que agora, sob a influência das tendências globais, irá tomar, com ênfase voltada a um desenvolvimento sustentável e com base nestas fontes renováveis. O texto se subdivide em três tópicos: inicia-se abordando a Constituição e Matriz Energética Brasileira, no primeiro tópico; no segundo, aborda-se a matriz energética atual do Brasil e de algumas partes do mundo; e por último, comenta-se sobre a inserção da energia solar no Brasil e sua relação com o Desenvolvimento Sustentável. Sobre este ponto, serão apresentados breves aspectos regulatórios, estudos sobre tendências de crescimento do setor de geração de energia solar fotovoltaica, e a viabilidade dessa matriz, especialmente na região Nordeste do país, que pode se tornar um destaque nesse setor devido às suas características naturais e pelo seu potencial de aproveitamento econômico.

Palavras-chave: Constituição. Matriz energética. Energias renováveis. Energia solar. Desenvolvimento Sustentável.

---

1 Mestrando em Direito pela Unipê-PB. Especialista em aplicações complementares às ciências militares pela Escola de Administração do Exército. Graduado em Direito pelo IESP-PB. E-mail: wandersoncarvalhosilva@hotmail.com

2 Doutor em Direito pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPB. Professor Titular do Centro Universitário de João Pessoa. Coordenador do Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável do UNIPE (PPGD/UNIPE). Professor Adjunto da UERN. Advogado. E-mail: glauberdelucena@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

De forma bem simples, pode-se entender como sendo energia tudo aquilo que é capaz de produzir luz, calor, trabalho mecânico, radiação, dentre outros fenômenos geradores de força e/ou movimentação em determinado corpo ou substância. É a essência básica de todas as coisas corpóreas, possibilitando a ocorrência dos processos de interação, de propagação e de transformação que ocorrem no universo.

Ultimamente, as temáticas da produção energética e do desenvolvimento sustentável adquiriram no meio acadêmico, político e social muito relevo e interesse. São temas eminentemente transversais, que envolvem a economia, a política, a sociologia, a geografia, a ecologia, a engenharia, a história e, ainda, o direito. Esse fenômeno se deve, especialmente, à necessidade cada vez mais constante de se pesquisar e produzir sobre a potencialização das fontes energéticas já constantes, bem como de outras novas para poderem ser utilizadas pela civilização, sem desprestigiar o meio-ambiente, mantendo-se a sustentabilidade dos recursos naturais, econômicos e sociais dos povos.

Ao longo do tempo, o avanço tecnológico vem transformando o modo de vida no sentido de adequá-lo aos rumos da busca do desenvolvimento sustentável. Os principais fatores que compõe esse contexto são: a busca pelo equacionamento dos interesses da sociedade em ter energia suficiente para ser utilizada no seu cotidiano, já tão transformado pelas novas tecnologias e o anseio pelo barateamento dessa energia, diante da necessidade de preservação do planeta, já que muitas dessas matrizes geradoras causam, de um ou outro modo, impactos consideráveis na natureza. Assim, ao contrário do que ocorria até antes do segundo pós-guerra, passou-se a discutir o desenvolvimento além dos aspectos econômicos, emergindo nesse contexto a noção de sustentabilidade nas suas dimensões ambiental e social, o que se aplicou também ao setor de geração de energia.

Após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Conferência de Estocolmo/1972), que foi marco do Direito Ambiental Internacional, as questões acerca da preservação do meio ambiente ante a degradação ocasionada pela atividade econômica passaram a ser paulatinamente inseridas no direcionamento da evolução das tecnologias de forma a minimizar os impactos ambientais no planeta e tornar as atividades alinhadas à concepção de desenvolvimento sustentável.

A escassez e a finitude dos recursos energéticos mais tradicionais como o carvão e petróleo direcionaram o desenvolvimento do setor energético na procura de novas matrizes mais eficazes e menos poluentes. Nesse contexto, verificou-se a ampliação

da pesquisa e o avanço tecnológico na área das chamadas energias alternativas, dentre as quais se destacam as derivadas da fonte eólica, biomassa e solar.

Não só isso, os avanços tecnológicos dos últimos anos e a perspectiva de inovações para os próximos anos no setor de transportes (com os carros elétricos), como a robotização das indústrias e a difusão das atividades cotidianas realizadas utilizando-se o "mundo digital", tendem a elevar ainda mais a importância do desenvolvimento daquelas novas matrizes energéticas no país.

Diante dessa conjuntura, este pequeno arrazoado pretende trazer sua colaboração apresentando a relação entre as matrizes energéticas brasileiras e o desenvolvimento sustentável, abordando alguns de seus aspectos jurídicos e econômicos, em especial no tocante ao potencial brasileiro de produção de energia solar. O trabalho tem seu desenvolvimento dividido em três partes: no primeiro item, será abordado o histórico de como as Constituições brasileiras dispuseram sobre a questão energética; no segundo, serão expostos alguns comentários sobre as atuais matrizes energéticas no país, bem como algumas relações de como essas matrizes estão sendo desenvolvidas no mundo; e na última parte, serão traçadas algumas linhas sobre a fonte de energia renovável solar no Brasil e sua função como importante vetor para um desenvolvimento energético sustentável.

A função deste artigo não é trazer maior aprofundamento sobre a temática, mas sim, apresentar algumas considerações sobre esse assunto para despertar o interesse do leitor para a importância do estudo desse campo do Direito da Energia, em especial a de fonte solar, e suas consequências econômicas para o país.

2 CONSTITUIÇÃO E MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA

Tomando por base uma visualização histórica das Constituições brasileiras é possível verificar alguns traços marcantes da evolução da matriz energética do país, sempre atrelada a como se desenvolviam as atividades econômicas ao longo de cada período, bem como a forma de satisfação das necessidades sociais das cidades sob a ótica do modo de vida.

A nossa primeira constituição, chamada de Constituição Imperial de 1824, segundo leciona TAVARES (2011, p. 103), era inspirada na constituição francesa de 1814 e tinha viés eminentemente liberal ao elencar valores como, por exemplo, as liberdades econômicas. Porém, em relação à matéria energética, até em função do pouco desenvolvimento dessa seara na época, a Constituição de 1824, em nada se pronunciou diretamente.

A Constituição de 1891, a primeira do período republicano, tinha em sua redação original preceitos de cunho nitidamente liberal. Após a revisão constitucional processada em 1926, foram introduzidos dispositivos relacionados com a Ordem Econômica, indiciários de uma necessidade à época, e de intervenção do estado em casos muito específicos (TAVARES, 2011. p. 106). Mas mesmo o Brasil tendo sido um dos primeiros países a experimentar a energia elétrica ainda no fim do século XIX (1879)[3], e tendo essas modificações mais intervencionistas ocorrido na segunda década do século XX, aquela Constituição não trouxe dispositivos que tratassem expressamente da questão energética.

Somente com o advento da Constituição de 1934, pela primeira vez, a questão da Energia surgiu positivamente em um dispositivo constitucional. E essa menção inaugural surgiu na exegese do seu art. 5º, inciso XIX, alínea "j)", que previa:

> *Art 5º - Compete privativamente à União:*
> *XIX - legislar sobre:*
> *j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas,* ***energia hidrelétrica****, florestas, caça e pesca e a sua exploração; (grifo nosso)*

Cumpre-nos registrar o fato de que a energia mencionada naquele dispositivo foi especificamente a hidrelétrica, sendo outro ponto digno de registro o fato de que a Constituição de 1934, ao elencar a competência privativa da União para legislar sobre ele, o fez numa alínea que trazia um "rol" de matérias objetos de estudo do que conhecemos como Direito Ambiental.

Ainda sobre o tema, só que mais específico à energia hidráulica, no capítulo denominado "Da Ordem Econômica e Social", o primeiro dessa natureza na história das Constituições brasileiras, encontra-se o art. 119, que é mais significativo sob a ótica da regulação da matriz energética, ao assim dispor:

> *Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da* ***energia hidráulica****, ainda que de propriedade privada,* ***depende de autorização ou concessão federal****, na forma da lei.*
> *§ 1º - As* ***autorizações ou concessões*** *serão conferidas* ***exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil****, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.*
> *§ 2º -* ***O aproveitamento de energia hidráulica****,* ***de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão****.*

3 Registra-se que naquele ano, o Imperador D. Pedro II concedeu ao próprio Thomaz Alva Edison autorização para introduzir no país aparelhos e processos de sua invenção destinados à utilização da eletricidade na iluminação pública.

> *§ 4º - **A lei regulará** a **nacionalização progressiva** das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras **fontes de energia hidráulica**, julgadas básicas ou essenciais à **defesa econômica** ou **militar** do País. (grifos nossos)*

Ainda, embora não mencionasse uma regulação mais detalhada quantos aos combustíveis líquidos (na expressão da época, "combustíveis de motor de explosão"), a Constituição de 1934 tratou, ao menos, de regular a competência tributária dos Estados para a instituição de tributos incidentes sobre o consumo desse produto (art. 8º, inc. I, d)), sendo "imunes" os combustíveis que fossem produzidos no país (art. 17, inc. VIII).

A Constituição de 1937, derivada de uma imposição autoritária do então presidente Getúlio Vargas, foi inspirada na constituição da Polônia de 1935, razão pela qual ficou conhecida como "A Polaca".

Fruto da instalação de um regime autoritário no país, aquela Lei Maior adotou uma ampla possibilidade de intervenção também na economia, sendo esses reflexos perceptíveis na regulação da energia hidrelétrica, com uma forte concepção nacionalista.

Nesse sentido encontramos as disposições do art. 16 e 144 da Constituição de 1937:

> Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:
> XIV - os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração;
> *XV - a **unificação** e **estandardização** dos estabelecimentos e instalações elétricas, bem como **as medidas de segurança a serem adotadas nas indústrias de produção de energia elétrica**, o regime das linhas para correntes de alta tensão, quando as mesmas transponham os limites de um Estado*;
> Art. 144 - **A lei regulará a nacionalização progressiva** das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou **outras fontes de energia** assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação. (grifos nossos)

Tais disposições, dentre outras, denotam o cunho nacionalista do governo da época, que, para matéria energética, na redação original da Constituição, só permitia autorização da exploração para brasileiros ou empresas constituídas por acionistas brasileiros (§1º, do art. 143).

A Constituição de 1946, praticamente repetiu as disposições sobre a matéria de energia que estavam previstas na Constituição de 1934, continuando com o caráter

intervencionista e nacionalista, enfatizando a energia proveniente principalmente da fonte hidrelétrica, trazendo, em seu art. 153 e parágrafos, o seguinte:

> *Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de* ***energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal*** *na forma da lei.*
> *§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente* ***a brasileiros*** *ou* ***a sociedades organizadas no País****, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.*
> *§ 2º -* ***Não*** *dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de* ***energia hidráulica de potência reduzida****.*
> *§ 3º - Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo. (grifo nosso)*

Apesar da concepção democrática trazida pela Constituição de 1946, em completa oposição aos preceitos ditatoriais da Constituição anterior, ela permaneceu adepta ao movimento econômico nacionalista, principalmente naquelas atividades econômicas e serviços públicos considerados estratégicos aos interesses do país. Pensamento esse que iria permear nossa história constitucional até o fim do século XX.

A Constituição Federal de 1967, nascida no período dos governos militares, quanto aos princípios atinentes ao ordenamento econômico, seguiu a linha mestra da constituição anterior. TAVARES (2011, p. 115) faz alusão à maior amplitude de disposições dessa temática em relação a anterior, em razão de sua explicitação mais densa do seu texto.

A Carta de 1967 trouxe como finalidade da ordem econômica a realização da justiça social, buscando expressar como princípios dessa ordem o da harmonia e da solidariedade entre os fatores de produção e o desenvolvimento econômico. Esse realce ao desenvolvimento econômico marcou uma característica do período que ficou conhecido como "desenvolvimentista".

No campo da energia, o art. 8º, que tratou da competência da União, evidenciava, curiosamente, em decorrência dos avanços tecnológicos alcançados à época, já que fora editada 21 (vinte e um) anos após a anterior, que competia à União "*explorar diretamente, ou mediante autorização ou concessão, os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza*".

Explicitamente a própria Constituição, vislumbrava a possibilidade de outras fontes de energia elétrica que não só a derivada do aproveitamento do potencial

hidrelétrico, reservando à União a titularidade da exploração direta ou indireta, dos serviços e instalações energéticos de qualquer matriz possível.

Houve sem dúvida, naquela Constituição, uma visualização estratégica do setor energético, tendente a uma diversificação das matrizes, bem como a uma ampliação da infraestrutura de geração da energia. Corrobora com essa assertiva a previsão expressa, pela primeira vez no texto de uma Constituição brasileira, ao petróleo (até então as Constituições tratavam apenas a expressão "combustíveis" ou "combustíveis líquidos"), conforme constou do art. 162 da Constituição de 1967, que trazemos expresso:

> Art 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

Ficou claro o caráter estratégico do petróleo ao se constitucionalizar a previsão de sua exploração por meio da pesquisa e da lavra, e principalmente ao se estabelecer um monopólio sobre as atividades relacionadas com esse bem.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que trouxe profunda reforma em grande parte dos dispositivos da Constituição de 1967, no que tange às matrizes energéticas, evidenciou ainda mais o caminho (possível) da sua diversificação, ao prever, mencionando nominalmente de forma pioneira, outras fontes energéticas em seu texto. Veja-se:

> Art. 8º. Compete à União:
> XVII - legislar sôbre:
> *i) águas, telecomunicações, serviço postal e energia (**elétrica**, **térmica**, **nuclear** ou **qualquer outra**);*

Neste trabalho, que visa também traçar breves aspectos jurídicos-históricos no campo do moderno ramo do Direito da Energia, não poderíamos deixar de frisar que essa menção feita com a redação dada à alínea "i)" do inciso XVII do art. 8º é dotada de um simbolismo bastante expressivo.

É que, até então, nenhum outro texto constitucional havia feito menção às formas de geração de energia como foram expressamente citadas naquela redação. Assim, o legislador constitucional, reconhecendo que o avanço tecnológico poderia trazer a possibilidade de geração de energia por outra forma, foi cuidadoso, no sentido de reservar à União a regulação sobre novas fontes de energia.

Encerrando esta sintética análise acerca das previsões constitucionais das questões que envolvem energia e a formação da matriz energética nacional, passamos delinear tais aspectos na atual Constituição Federal.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), segundo OLIVEIRA (1993), foi derivada de um histórico processo legislativo que durou exatos 584 (quinhentos e oitenta e quatro) dias, desde a instalação da Assembléia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987 até sua promulgação em 5 de outubro de 1988.

Na visão de GRAU (2006, p. 173), é inquestionável que nossa atual Constituição se trata de uma constituição dirigente, e isso tem grande relevo nas disposições atinentes à Ordem Econômica. Com efeito, as disposições constitucionais que impactam nas atividades dos agentes econômicos como um todo, não estão restritas apenas aos dispositivos topograficamente expressos no Título VII da CFRB (Da Ordem Econômica e Financeira), mas encontram-se espraiadas ao longo do seu texto, denotando-se como uma verdadeira Constituição econômica formal.

Disposições localizadas em outros pontos da CFRB dedicados a tratar, por exemplo, do meio ambiente (art. 225), também contêm regras relevantes para o desenvolvimento da atividade econômica. Sobre o tema, a Lei Maior incrementou um forte condicionante na atividade econômica, que deve estar em harmonização com a preservação do meio ambiente, elevando tal preceito à qualidade de princípio constitucional (art. 170, inc. VI). Trata-se de uma verdadeira condição de conformação que os empreendimentos econômicos (sobretudo aqueles que possam causar significativa degradação) devem ter com a sustentabilidade e com o que é considerado "ecologicamente equilibrado".

A noção de desenvolvimento, já balizada em várias legislações internacionais, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua Lei Fundamental, que expressamente adotou a concepção do "sustentável", calcada não mais em um crescimento apenas econômico, mas de maneira qualificada, com a adição dos pilares de justiça social e preservação do meio ambiente por várias gerações.

Não obstante seu caráter dirigente, TAVARES (apud FERREIRA FILHO, 2011, p. 118) leciona que a CRFB/88 buscou realizar uma profunda mudança na concepção do poder de intervenção do Estado e, nesse sentido, estabeleceu um regime bem menos intervencionista que o anteriormente vigente, adotando uma economia capitalista de mercado e descentralizada.

Já no que tange às disposições específicas ao setor energético, em que pese não ter reservado um tópico especial à temática, a nova constituição manteve preocupação relevante com a diversificação da matriz energética nacional e com o desenvolvimento sustentável e tecnológico do mercado produtivo no campo da geração de energia.

Essa conclusão pode ser extraída da conjuração alguns dispositivos constitucionais, como os arts. 20 e seu §1º; 22, inc. IV; 176; 177, dentre outros.

A CFRB/88, em que pese não aludir em um dispositivo único as fontes de energia como fez a alínea "i)" do inciso XVII do art. 8º da Constituição de 1967 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969), foi mais detalhista ao cuidar especificamente delas, tratando com especial cuidado a energia de fonte nuclear, a derivada do petróleo, e a hidrelétrica, sem, no entanto, deixar de contemplar, ainda que em fórmulas genéricas, a energia proveniente de outras fontes que pudessem ser desenvolvidas e tornadas viáveis com o avanço da tecnologia, em especial as renováveis.

Nesse sentido é a exegese do §4º do art. 176, que assim dispõe:

> *§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de **energia renovável** de capacidade reduzida.*

Esse dispositivo tem caráter absolutamente vanguardeiro, uma vez que em nenhum outro texto constitucional foram mencionadas, nem de forma genérica, as energias renováveis, evidenciando o olhar prospectivo do legislador constituinte.

Essas energias são assim classificadas por terem a característica de sua fonte se renovar com o tempo, ou seja, não se esgota a fonte com o seu uso continuado. São exemplos das energias renováveis as derivadas das fontes eólica e solar. Do outro lado, são não renováveis as que se vislumbra o esgotamento de sua fonte com o uso contínuo, como os combustíveis fósseis.

Os avanços tecnológicos têm exercido um papel fundamental na transformação da matriz energética do país, a exemplo do que vem ocorrendo no mundo inteiro, visando principalmente o cumprimento de metas estabelecidas em acordos internacionais e a busca por menores custos, especialmente, nos setores produtivos como a indústria, o agronegócio, e o comércio.

Atento a essas oportunidades, o legislador constitucional, mormente após a edição da Emenda constitucional nº 85, de 2015, demonstrou que o Estado no seu papel de agente indutor da economia, priorizará a tecnologia e a inovação de modo a promover o bem-estar de todos e o progresso nacional, como se verifica no seu art. 218, citado aqui:

> *Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a **capacitação científica e tecnológica e a inovação**.*
> *§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá **tratamento prioritário** do Estado, tendo em vista o bem público e o **progresso da ciência, tecnologia e inovação**.*
> *§ 2º A pesquisa tecnológica **voltar-se-á preponderantemente** para a **solução dos problemas brasileiros** e para o **desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional**.*

Todo o arcabouço constitucional mencionado corrobora com a ideia de que o sistema mais aberto à inovação no campo energético, adotado na Constituição Federal de 1988, tem exercido um papel fundamental no direcionamento estratégico desse setor e do desenvolvimento sustentável do país.

3 MATRIZ ENERGÉTICA ATUAL NO BRASIL E NO MUNDO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Pode-se conceituar matriz energética como o conjunto de fontes de energia disponíveis para utilização nas atividades humanas em geral. Quando se refere a um país, por sua vez, entende-se que seja o conjunto de fontes de energia disponíveis para o seu uso nas diversas atividades econômicas e sociais de seu território.

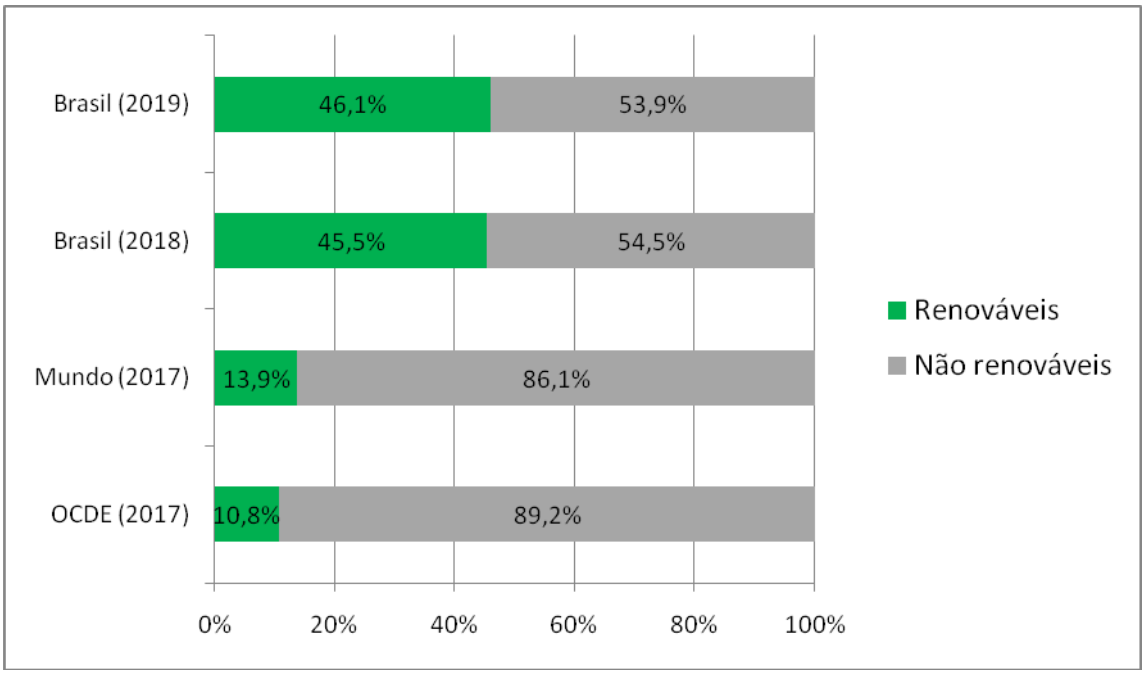
Nesse contexto, fala-se na geração e na utilização de energia em sentido amplo, englobando as diversas formas de energia. Ou seja, na utilização não só da energia elétrica, mas da energia mecânica, térmica, química, nuclear, dentre outras, de forma que é necessário fazer essa distinção entre as expressões "matriz energética" e "matriz elétrica", em razão da usual confusão que é normal no senso comum. No caso, a segunda é uma espécie do gênero da primeira expressão.

Interessante mencionar, como afirma ANTUNES (2011, p.985), que a lei que dispôs sobre a "Política Energética Nacional" (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997), ou seja, aquela que deveria tratar sobre os preceitos gerais das matrizes energéticas do país, está fundamentalmente voltada para o setor de petróleo, gás natural e seus derivados, pois esta fonte é responsável por grande parte do complexo que compõe a matriz energética nacional.

Ao passarmos a falar de "matriz elétrica", estamos falando do conjunto de fontes disponíveis apenas para a geração de energia elétrica para o país. Segundo GOLDEMBERG (2015, p. 37), a "Matriz Energética brasileira" contrasta com a "Matriz Energética mundial" por ter uma participação significativa de energias renováveis.

Essa afirmação é corroborada por dados extraídos do "Relatório Síntese do Balanço Energético Nacional (BEN) Edição 2020 – Ano base 2019", expedido pela Empresa de Pesquisa Energética (BRASIL, 2020, p. 14) e cujos números podem ser visualizados no gráfico abaixo:

Comparação - Matriz Energética Brasileira Vs. Matriz Energética Mundial



Fonte: Empresa de Pesquisa Energética (BEN 2020, p. 14).

O Brasil, como bem evidenciado no gráfico, tem quase a metade de sua matriz energética derivada energias de fontes renováveis (46,1%), enquanto a média mundial e a média dos países integrantes da OCDE apresentam, respectivamente, apenas 13,9%, e 10,8%.

Essa comparação demonstra uma posição de vantagem brasileira no cumprimento de suas obrigações internacionais quanto à redução da emissão de gases do efeito estufa (GEE), já que as fontes de energia não renováveis são as maiores responsáveis pela emissão desses gases e, por consequência, da elevação do aquecimento global.

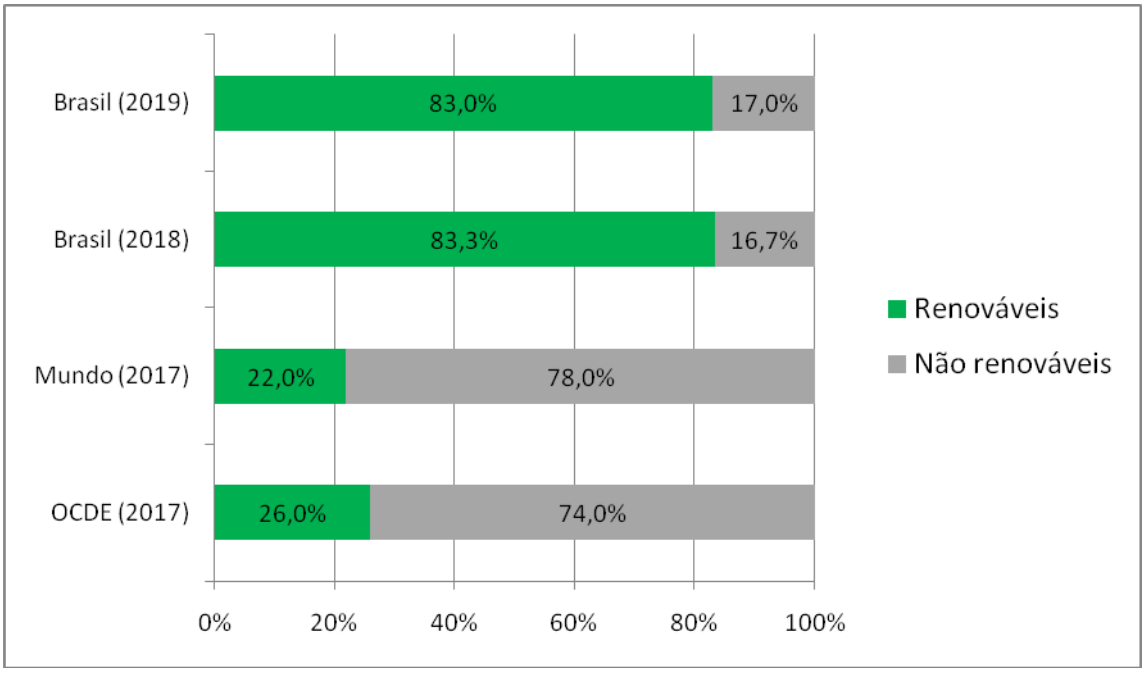
Os tratados e acordos internacionais sobre preservação do meio ambiente, especificamente acerca da questão da energia, em alinhamento com o atual estágio do conceito de sustentabilidade, têm focado suas disposições no incentivo às fontes de energia renováveis e na questão da eficiência energética (TAQUES e LOPES, 2016, p. 72).

A tendência mundial decorrente do avanço tecnológico alinhada à noção de sustentabilidade aponta para uma gradual "descarbonização" e ampliação da "eletrificação" das matrizes energéticas; cenário que coloca o Brasil em posição de destaque, já que sua matriz elétrica tem percentuais ainda mais expressivos de geração de energia elétrica derivada de fontes renováveis, quando comparados aos índices da média mundial. No ano de 2019, apesar de o país ter assumido uma postura mais liberalizante na atividade econômica e menos proibitiva em relação

à questão ambiental, a matriz elétrica parece não ter sido afetada, mormente em razão da disponibilidade de recursos naturais que permite que a ampliação e a diversificação da matriz energética brasileira continuem a se desenvolver a partir de energias predominantemente elétricas e derivadas de fontes renováveis como: a hidrelétrica (com ênfase nas Pequenas Centrais Hidrelétricas-PCH), a proveniente dos biocombustíveis, a eólica e a solar.

Quando tomamos por base os dados apenas da "Matriz Elétrica brasileira" em comparação com a média da "Matriz Elétrica mundial", os números do setor energético brasileiro, como antecipado, são ainda melhores (BRASIL, 2020, p. 36). O quadro abaixo demonstra esse comparativo:

Comparação - Matriz Elétrica Brasileira Vs. Matriz Elétrica Mundial



Fonte: Empresa de Pesquisa energética (BEN 2020, p. 36).

De acordo com o gráfico, em 2019, 83% (oitenta e três por cento) da matriz elétrica brasileira era proveniente de fontes renováveis, enquanto a média mundial apresentava apenas 22% (vinte e dois por cento) de sua energia elétrica derivada de fontes renováveis.

Esse número favorável ao Brasil é explicado principalmente pelo seu potencial hidrelétrico e pelos investimentos em infraestrutura no setor elétrico para atender o crescimento industrial a partir da década de 40 do século passado. É bem sabido que, em determinados momentos, esses investimentos não foram tão fortes, e a consequência disso foi o colapso no sistema elétrico, denominado popularmente "Crise do Apagão", em 2001-2002. Mas após esse período houve uma recuperação nos

investimentos nesse tipo de matriz energética, com a melhoria nas usinas geradoras e linhas de transmissão; além da sua diversificação em outras fontes geradoras de eletricidade, especialmente, as renováveis, como a solar.

Outro contraponto que se faz ao potencial hidrelétrico brasileiro é que ainda não foi explorada toda a sua potencialidade. Cerca de 2/3 desse potencial ainda não foi utilizado. É certo que grande parte dos recursos hídricos com esse potencial encontra-se nos biomas da Amazônia e do Cerrado, situação que é um relevante obstáculo a um eventual movimento de expansão da energia hidrelétrica no país (TAQUES e LOPES, 2016, p. 86), em face ao negativo impacto ambiental ocasionado pela construção de hidrelétricas. Mas há uma considerável capacidade que pode ser aproveitada, por meio da utilização de novas tecnologias, estudos e técnicas que sejam eficientes energeticamente e ambientalmente sustentáveis.

Assim, outras fontes de energias renováveis como a eólica e a solar têm atraído a atenção de muitos investidores no ramo da energia e do poder público. O incentivo à exploração de fontes renováveis aos poucos tem sido implementado no Brasil, já que o Poder Público, como agente econômico indutor, tem buscado direcionar uma maior atenção para o setor elétrico brasileiro, tanto por meio de investimento público quanto por meio da regulação. A criação do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), disposto Lei n. 10.438/02, é um importante exemplo desse fomento estatal, e a partir desta, outras legislações têm sido promulgadas pelos entes federativos brasileiros para incentivar a utilização de fontes renováveis de energia elétrica.

Seguindo essa opção estratégica, a equação da matriz energética brasileira tende a ficar ainda mais sustentável, pois há também um grande potencial para geração de energia elétrica pelas fontes eólica e, principalmente, solar na região Nordeste do país, devido as suas características climáticas e geográficas, possuindo um dos maiores valores em seus índices solarimétricos do mundo.

Segundo PEREIRA (2017, p. 46), "a região Nordeste apresenta o maior potencial solar, com valor médio do total diário da irradiação global horizontal de 5,49 kWh/m² e da componente direta normal de 5,05 kWh/m²". As regiões Sudeste e Centro-Oeste apresentam totais diários próximos para a irradiação global horizontal, em torno de 5,07 kWh/m2. Esses índices colocam o Brasil como um dos maiores potenciais de exploração da energia solar do mundo, o que tem atraído o interesse de vários investidores privados nesse tipo de fonte energética.

A seguir, passa-se a tratar um pouco mais sobre a energia solar no país e como essa fonte pode contribuir para o alcance do desenvolvimento sustentável.

4 INSERÇÃO DA ENERGIA SOLAR NO BRASIL E O SEU PAPEL CONTRIBUTIVO PARA O MEIO AMBIENTE

Nas últimas décadas, tem-se visto uma inserção paulatina de direcionamento das tecnologias para minimizar os impactos ambientais e tornar as atividades econômicas alinhadas ao conceito de desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, ganha relevo a geração de energia elétrica pela fonte solar em razão de sua característica renovável, de ser pouco poluidora, já que causa menos impactos degradantes ao ecossistema, e de buscar ser economicamente viável ou ter possibilidade de se tornar viável.

Como já afirmado, a inserção da energia solar na matriz elétrica brasileira tem como marco legislativo precursor a edição da MP n. 14/01, nascida em meio ao contexto das crises energéticas (apagões) de 2001 e 2002, depois convertida na Lei n. 10.438, de 26 de abril de 2002, que criou, dentre outras medidas, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), objetivando aumentar a participação das fontes alternativas na geração da energia elétrica produzida nacionalmente.

Esse programa, que inicialmente não contemplava a energia solar, foi a "mola propulsora" do desenvolvimento das energias alternativas, dando impulso, inicialmente, à expansão da energia eólica.

Somente com a edição da Resolução Normativa nº 482 de 17 de abril de 2012, da ANEEL, a energia solar teve uma possibilidade maior de se expandir e de realmente se transformar em uma alternativa energética viável.

Essa Resolução veio obtendo aperfeiçoamentos ao longo dos anos, e isso, juntamente com uma tendência de redução de preços no custo dos equipamentos utilizados na instalação dos sistemas de geração de energia por meio da fonte solar, proporcionou um crescimento da geração de energia solar, embora ainda não represente percentual significativo da matriz energética brasileira.

Segundo publicado no *BP Statistical Review of World Energy 2019*, (2019, p. 52) o Brasil obteve um crescimento percentual de 277,1% (duzentos e setenta e sete vírgula um por cento) em sua geração de energia solar somente do ano de 2017 para o ano de 2018, passando de 0,8 Terawatt/hora para 3,1 Terawatt/hora.

Para exemplificar o potencial de crescimento desse setor, basta citar o caso do Chile, que mesmo possuindo um território bem menor que o do Brasil, possui capacidade de geração de 5,1 Terawatt/hora de energia elétrica pela fonte solar.

Apesar do grande percentual de crescimento de 2017 para 2018, a geração de energia pela fonte solar no Brasil ainda tem um percentual muito aquém do seu

potencial. De acordo com a ANEEL/ABSOLAR a energia solar responde por apenas 1,3% da matriz elétrica brasileira.

No próximo decênio, segundo o Plano Decenal de Expansão de Energia 2027, confeccionado pelo Ministério de Minas e Energia (MME) e pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), planeja-se o incremento na geração de energia de 7,5 GW com a implantação de usinas planejadas principalmente no semiárido nordestino (BRASIL, 2018, p. 219). Essa região, segundo a estimativa mencionada, deve receber 80% do montante dessa expansão em 10 (dez) anos, isso em razão das já comentadas condições naturais propícias para a exploração dessa fonte energética.

Um fator que impacta na expansão da geração energia pela fonte solar é o econômico. De fato, o grande óbice a um crescimento maior desse tipo de energia são os custos. Daí porque são extremamente relevantes iniciativas indutoras, como a promoção de leilões destinados à venda de energia elétrica produzida por usinas solares, e a efetivação de ações como a inauguração da 1ª usina solar flutuante no reservatório da hidrelétrica de Sobradinho na Bahia[4], realizada em 05 de agosto de 2019, que atualmente é o maior projeto de geração de energia dessa natureza e pode abrir a oportunidade para projetos similares em outros reservatórios de usinas hidrelétricas, os quais são extremamente favoráveis em razão da não ocupação de áreas em solo e da possibilidade utilização da rede de transmissão já existente.

Outro fator que, caso seja favorecido com políticas públicas de incentivo e aproveitamento do potencial, é o desenvolvimento de uma indústria nacional de produção de células fotovoltaicas, já que estas são fabricadas com a utilização do silício como matéria-prima e o Brasil detém uma das maiores reservas desse material. Isso diminuiria os custos com a aquisição das placas solares utilizadas na geração dessa energia, que atualmente são importadas principalmente da China.

A tributação também é um fator econômico decisivo para que a energia solar tenha sua proliferação. O Poder Público poderia fazer desonerações fiscais para as empresas ou domicílios que instalassem essa fonte energética até que os custos para sua geração ficassem mais competitivos. Também é importante a concessão de financiamento por agências de fomento, bancos públicos e privados para que haja a facilitação da aquisição por indústrias e pequenos consumidores.

4 Fonte: Agência Brasil (EBC). "Governo inaugura usina solar flutuante no reservatório de Sobradinho". Acesso em 12/08/2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-08/governo-inaugura-usina-solar-flutuante-no-reservatorio-de-sobradinho

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O setor energético de um país, por ser um dos fatores determinantes para o desenvolvimento das suas atividades econômicas e sociais, costuma ser protegido e regulado por suas normas. De fato, a preocupação com a segurança energética e a diversificação da matriz nacional, especialmente a matriz elétrica, veio sendo paulatinamente estruturada, especialmente em nível constitucional.

Essa estruturação também foi acompanhada por uma reforma na legislação infraconstitucional, não de forma natural, mas em decorrência das crises do setor elétrico dos anos de 2001; e 2002. Com isso, políticas públicas como o PROINFA, acabaram por ser de grande valia na busca pela segurança energética calcada nas fontes alternativas, limpas e renováveis.

Em que pese o Brasil ter uma posição de destaque no setor energético mundial, mormente ter um dos maiores potenciais hidrelétricos do mundo e ter vocação natural para exploração da geração de energia por fontes renováveis, o país ainda carece de investimentos no setor de pesquisa e tecnologia. Um exemplo é o setor de energia solar. Países com potenciais muito menores; apresentam percentuais em suas matrizes muito maiores em geração de energia solar e também de outras renováveis do que o Brasil. Ainda assim, o setor energético tem capacidade de expansão e de colocar o país em posição de destaque a nível mundial.

A energia solar é a que apresenta o maior percentual de crescimento do país, especialmente depois da Resolução Normativa nº 482/12 da ANEEL, que incentivou a mini e a microgeração distribuída com viabilidade econômica.

No entanto, essa perspectiva depende das atuações tanto do Estado, no papel de agente indutor, quanto dos agentes econômicos atuantes no mercado, por meio do investimento.

O que ainda é um óbice para uma maior expansão da energia solar são os custos dos equipamentos do sistema de geração. A boa notícia é que esses preços estão aos poucos sendo reduzidos e o governo brasileiro segue uma tendência de priorizar o setor energético, erigindo-o a setor estratégico.

Por fim, cabe destacar que, embora se trate de medidas esparsas e sem uma sistemática de integração e união de esforços, vários entes da federação já vem editando legislações que visam fomentar a geração de energia pela fonte solar e por outras fontes renováveis, especialmente na facilitação à concessão de financiamentos e benefícios tributários; a exemplo do município de Campo Grande-MS, que instituiu, por meio da Lei nº 6.468, de 19 de junho de 2020[5], sua Política

5 Lei nº 6.468, de 19 de junho de 2020. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=397352. Acesso em 16/08/2020.

Municipal de Estímulo e Incentivo ao Aproveitamento da Energia Solar. Outro exemplo positivo é o município de Petrolina[6], em Pernambuco, que, com base em lei vigente desde o ano de 2014, possibilitará a concessão de descontos no IPTU para residências e empresas que optem pelo uso de fontes de energia alternativas.

No âmbito federal, como parte dos esforços de mitigar os impactos causados pela pandemia do "COVID-19", mormente os sentidos no comércio exterior em face à alta do Dólar estadunidense, o Ministério da Economia do Brasil, por meio do Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior, editou a Resolução nº 69, de 16 de julho de 2020[7], que alterou para 0% (zero por cento) as alíquotas do Imposto de Importação (II) incidente sobre diversos Bens de Capital, dentre eles equipamentos utilizados na geração de energia solar fotovoltaica.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

COELHO, Marcos de Amorim ; TERRA, Lygia. **Geografia do Brasil – Espaço natural, territorial e socioeconômico brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Moderna, 2002.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, mar. 1824.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro, fev. 1891.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro, jul. 1934.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro, nov. 1937.

6 "Petrolina dará descontos de até 80% no IPTU para quem usar energia solar". Disponível em: https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/economia/2020/03/petrolina-dara-descontos-de-ate-80-no-iptu-para-quem-usar-energia-sol.html. Acesso em: 16/08/2020.

7 Resolução nº 69, de 16 de julho de 2020, do **Ministério da Economia/Câmara de Comércio Exterior/Comitê-Executivo de Gestão.** Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-69-de-16-de-julho-de-202026758078 5?inheritRedirect=true&redirect=%2Fweb%2Fguest%2Fsearch%3FqSearch%3DAltera%2520para%2520zero%2520por%2520cento%2520as%2520al%25C3%25ADquotas%2520do%2520Imposto. Acesso em 16/08/2020.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, set. 1946.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Brasília, jan. 1967.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Brasília, out. 1969.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, out. 1988.

BRASIL. Agência Nacional de energia Elétrica (ANEEL). Resolução normativa nº 482, de 17 de abril de 2012. Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf. Acesso em 10 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética (EPE). **Plano Decenal de Expansão de Energia 2027**. Brasília: MME,EPE, 2018. Disponível em:https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Documents/PDE%202027_aprovado_OFICIAL.pdf. Acesso em 14 de agosto de 2020.

FEITOSA, Maria Luiza de A. M. ; PEREIRA, Maria Marconiete F. (Org.). **Direito Econômico da Energia e do Desenvolvimento – Ensaios interdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

GOLDEMBERG, José. **Energia e Sustentabilidade**. Rev. Cult. e Ext. USP, São Paulo, n. 14. p. 33-43, nov. 2015. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rce/article/view/108256. Acesso em 11 de junho de 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

PEREIRA, Enio et al. **Atlas Brasileiro de Energia Solar**. 2. ed. São José dos Campos: INPE, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, R. M. **Energia Solar no Brasil: dos incentivos aos desafios**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/SENADO, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 166). Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td166. Acesso em: 23 de setembro de 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TAQUES, F. H.; LOPES, M.C. **O Desafio da Energia Sustentável no Brasil**. Revista Cadernos de Economia, Chapecó. v. 20, n. 36, p. 71-96, 2016. Disponível em https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rce/article/viewFile/4478/2500. Acesso em 11 JUN 2019.

BP ENERGY ECONOMICS. **BP Statistical Review of World Energy**. London, UK, 68th edition, June, 2019.

DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: UM ENTENDIMENTO DA IMPORTÂNCIA DE UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

DUTY OF ENVIRONMENTAL PROTECTION: AN UNDERSTANDING OF THE IMPORTANCE OF A HEALTHY ENVIRONMENT

LAURA LÚCIA MENDES DE ALMEIDA[1]

RESUMO

Este artigo se trata de um estudo sobre o dever fundamental da proteção ambiental, abordando seus aspectos constitucionais e o reconhecimento da sua real importância para as futuras gerações. Tem como objetivo principal apresentar o que define o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, diante da realidade de apresentar o direito-dever de proteção ambiental como obrigação social. Como metodologia de pesquisa bibliográfica, o estudo em questão analisa doutrinas e legislações que tratam sobre o tema proposto. O estudo será concluído com a demonstração da essencialidade da proteção do mínimo existencial ecológico para a manutenção da vida, sendo estes pressupostos de um Estado Sustentável.

Palavras-chave: Dever fundamental. Proteção ambiental. Direito Constitucional. Ambiente. Sustentabilidade.

ABSTRACT

This article deals with the study of the fundamental duty of environmental protection, addressing its constitutional aspects and its recognition of the real importance for future generations. Its main objective is to present what defines article 225 of the 1988 Federal Constitution, given the reality of presenting the right-duty of environmental protection as a social obligation. As a bibliographic research methodology, the study in question analyzes doctrines and legislation that deal with the proposed theme. The study will conclude with the demonstration of the essentiality of protecting the existential ecological minimum for the maintenance of life, these being the assumptions of a Sustainable State.

Keywords: Fundamental duty. Environmental Protection. Constitutional right. Environment. Sustainability.

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT13. Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ. Pós-Graduanda em Dir. Registral Imobiliário ênfase Dir. Notarial pela Verbo Jurídico. E-mail: lauramendesalmeida90@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem falado em proteção ambiental, mas pouco se sabe que este é um direito-dever fundamental determinado em nossa Constituição Federal de 1988, inerente a todos os cidadãos e não só ao Poder Público, como muitos pensam. É preciso entender que, dentro da visão solidária da Carta Magna, a problemática da preservação do meio ambiente também está abrangida.

No mundo em que estamos vivendo a preocupação com o futuro da vida humana tornou-se algo indispensável, e, diante desta importância, o meio ambiente deixou de ser visto como algo individual ou de preocupação apenas do Estado, devendo tanger à coletividade, transferindo para todos a tutela constitucional desse bem. Não obstante a tutela constitucional e legal, há ainda um arcabouço de princípios que visa defender o meio ambiente.

O problema proposto na presente pesquisa é justamente analisarmos o porquê de só se cobrar um meio ambiente saudável, se sua manutenção é algo inerente e obrigatório a todo e qualquer cidadão.

Principalmente quando verificamos as áreas de floresta ou pantanal, o cuidado com esse bem se torna mais latente e sim, de extrema necessidade para a sobrevivência do ser humano.

Como objetivo geral, temos a análise do meio ambiente como bem constitucional a ser protegido, sendo sua preservação dever fundamental para o bem da coletividade, trazendo seu estudo a partir do artigo 225 da Constituição Federal e aliado ao que a ONU tem como fim a partir dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Em primeira abordagem, faz-se necessário toda uma explanação sobre o meio ambiente, seus aspectos, seus componentes e os riscos de sua degradação para a população mundial, mantendo o foco no cenário brasileiro.

Posteriormente, é imperioso traçar a relação entre direito e dever como relação constitucional. Muito se fala em viver num meio ambiente limpo, mas pouco se faz para isso, e é justamente essa relação entre falar/fazer que iremos tratar em tópico específico.

Finalizando com o ponto principal desta pesquisa, trabalhou-se em tópico único essa abordagem do DEVER da preservação do meio ambiente e do porquê de este ser bem tutelado constitucionalmente transformando-se em dever fundamental de proteção. Fazendo, ainda, uma abordagem com o que traz o Objetivo 15 da ONU.

O trabalho vem sendo justificado pelo avanço das necessidades do homem, que vem consumindo os recursos naturais de forma desenfreada e sem a menor

preocupação se terá para o amanhã, que não está longe de chegar, ou se as gerações futuras terão o mínimo possível para sua sobrevivência.

Dessa forma, buscará contribuir com as doutrinas dos deveres fundamentais sob a ótica de sua potencialidade como instrumento de tutela de valores constitucional-ambientais.

Nesses termos, utilizando como metodologia a pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, a partir da leitura e identificação de normas legais sobre o tema, busca-se, enfim, definir e apresentar ao leitor que a efetiva proteção ao meio ambiente é um DEVER.

2 MEIO AMBIENTE E SEUS ASPECTOS

O meio ambiente integra tanto a natureza original quanto artificial, sendo o solo, a água, o ar, a flora, o patrimônio histórico, paisagístico e turístico. Ou seja, representa o meio físico, biológico e químico.

A definição legal de meio ambiente está insculpida no art. 3º, I da Lei 6938/81, que indica que meio ambiente é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Ocorre muitas vezes que alguns estados brasileiros criam legislações próprias com a definição de meio ambiente. Não se faz recomendado, porém, que cada uma delas traga uma conceituação, já que a competência legiferante é da União.

Apesar de ser um conceito legal, o que vemos na realidade é que não há total consenso sobre a definição efetiva de meio ambiente, haja vista este só abranger seu aspecto biológico, deixando de lado seu viés social, e é certo que o meio ambiente abarca aspectos naturais, culturais e artificiais.

Já é uníssona a concordância acerca da existência do meio ambiente do trabalho, inclusive com reconhecimento pelo STF, que o caracteriza como aquele em que as empresas cumprem normas de segurança e medicina do trabalho.

Como nos ensina AMORIM (2015, p. 147), o meio ambiente é um direito fundamental em si mesmo e condicionante do gozo e fruição de uma série de outros direitos fundamentais a ele relacionados, principalmente o direito à vida e à saúde. O reconhecimento da necessidade de sua proteção, da sua conexão estreita com a dignidade da pessoa humana e da importância da manutenção de sua qualidade e diversidade para a dignidade da pessoa humana e seu pleno desenvolvimento também foi resultado de um processo de evolução da consciência da sociedade – a exemplo do que acontecera com a proteção internacional dos direitos humanos.

Dividir o meio ambiente em aspectos serve para facilitar sua tutela e saber se seus usuários estão fazendo bom ou mau uso do mesmo, além de poder determinar qual o bem diretamente agredido.

Tomemos por base o que nos ensina FIORILLO (2019) e façamos uma breve análise de seus quatro aspectos, já citados acima – meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente do trabalho e meio ambiente cultural.

O meio ambiente natural é aquele definido pelos elementos naturais em seu sentido literal, como o solo, os mares, os rios, a flora e a fauna, bens estes que estão protegidos conforme vemos no artigo 225, §1º, I, III, VII da CF:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> I - Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (PLANALTO, 1988)

Como vimos em seu *caput*, todos têm o dever de preservar e restaurar esses elementos. Eles são a base de nossa existência e das futuras gerações.

FIORILLO (2019) aborda o meio ambiente artificial como sendo aquele que é compreendido pelo espaço urbano construído, constituído pelo conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).

Sua previsão constitucional está não somente no artigo 225, como também, p.ex. no artigo 182, além da Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade.

Sendo o meio ambiente artificial, ainda, o espaço físico onde a pessoa humana reside e circula, o seu equilíbrio importa na sadia qualidade de vida de seus habitantes. Ou seja, o exercício ou respeito da função social da cidade garante a eficácia imediata do princípio da dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente do trabalho é constituído a partir do local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais e cujo equilíbrio está totalmente ligado ao respeito às normas de salubridade e saúde do obreiro.

Recebe tutela constitucional no seu artigo 7º, XXIII, ao determinar que é direito do trabalhador um ambiente livre de riscos inerentes ao trabalho, respeitando as normas de saúde, higiene e segurança.

A terminologia "meio ambiente do trabalho" colocada pela Carta Magna, evidencia que o objetivo maior é a tutela ambiental trabalhista, não encontrando limites de caráter empregatício, mas visando a promoção da columidade e salubridade do trabalhador, sendo irrelevante a atividade, o lugar ou a pessoa que exerça o labor.

Finalizando com o meio ambiente cultural, que, segundo FIORILLO, é aquele que traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania.

De acordo com as mudanças que vêm ocorrendo nos últimos anos, principalmente a partir da metade do século passado, chegando a serem assustadores os efeitos cumulativos da poluição como agentes nocivos à vida humana.

Os recursos existentes na natureza não foram suficientes para acompanhar os avanços e suprir as necessidades do homem, as quais sempre foram e serão maiores. Isso tudo provocou a preocupação daqueles que, de alguma maneira, são afetados pela diminuição e/ou falta desses recursos.

É fato, portanto, que sempre enfrentaremos o obstáculo da existência em grande quantidade e da destinação dos resíduos e dos poluentes, razão pela qual, quanto maior for a quantidade que produzirmos, maior será o tamanho do nosso problema.

Além da quantidade em si, convém destacar, relativamente aos poluentes, a sua natureza química, a sua concentração e a sua persistência. Os poluentes mais persistentes, a saber, os nãos degradáveis, aqueles que não podem ser decompostos pelos processos comuns da natureza, deveriam então ser a todo custo evitados, já que permanecem indefinidamente entre nós, no solo, no ar, na água, etc.

O que podemos extrair quanto ao entendimento acerca do meio ambiente é sua identificação como realidade vital, biológica e indispensável à sobrevivência humana;. Em outras palavras, proteger o ambiente é salvaguardar a integridade dos pressupostos que integram o contexto vivencial dos seres humanos.

Não é difícil estabelecer uma relação causal entre a conduta poluidora e o dano ambiental. Este é caracterizado por uma lesão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que possui natureza coletiva, não sendo possível a restauração total do ecossistema degradado.

Podemos, portanto, definir o Dano Ambiental como sendo o prejuízo causado ao meio ambiente por uma ação ou omissão humana, que afeta de modo negativo o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e saudável.

A partir desses entendimentos acima expostos o que vemos é que nossa realidade está diretamente atrelada ao meio ambiente e dessa relação advém o dever e/ou a necessidade de sua proteção. Só assim garantiremos os recursos necessários para sobrevivência no hoje e no amanhã.

É nítido que a crise que estamos enfrentando atualmente a nível ambiental não está diretamente ligada ao simples crescimento econômico da população de uma região ou país, mas vem sendo decorrente de anos de degradação.

Diante de toda a evolução da sociedade, vamos analisar como as constituições anteriores trataram sobre o tema MEIO AMBIENTE, até termos a proteção constitucional atual.

3 O MEIO AMBIENTE E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O ordenamento jurídico brasileiro, tem constante evolução no tema MEIO AMBIENTE, mas, somente com a Constituição de 1988 é que se efetivou esse dever de proteção ambiental.

De acordo com a historicidade, as constituições anteriores destinavam-se apenas a uma tutela de forma patrimonial dos bens ambientais, sem qualquer preocupação com o conceito de "meio ambiente saudável", definição esta essencial à qualidade de vida.

Buscando demonstrar o quanto nossa Constituição atual traz de importante sobre essa proteção ambiental, expõe-se a seguir os pontos principais das anteriores:

1. Constituição de 1824: Buscou apenas tratar sobre temas relativos à organização do estado. Foi silente quanto às normas de natureza;
2. Constituição de 1891: tal como a anterior, nada tratou sobre matéria ambiental;
3. Constituição de 1934: apesar de ainda ser pouco, foi a primeira a começar a tutelar a natureza;
4. Constituição de 1937: segue a mesma linha de sua antecessora, sendo que nesta os recursos naturais foram tratados em dois momentos. No primeiro deles, artigo 16, inciso XIV, ficou determinada a competência legislativa privativa da União para dispor sobre "minas, metalurgia, água, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração".

5. Constituição de 1946: tratou sob a tutela de monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de beleza. Além de manter a competência da União para legislar sobre.
6. Constituição de 1967: traz em seu bojo o artigo 172 que atribuiu apenas à União o poder de legislar e de proteção dos bens naturais e públicos.
7. Emenda Constitucional nº 01 de 1969: tratou da questão ambiental de forma semelhante, mas parece ter tido preocupação com os recursos naturais. Trouxe pela primeira vez a utilização do termo "ecológico";
8. Constituição de 1988: inovação em matéria ambiental, foi a primeira a trazer de modo especifico e global, com capítulo único, regras e garantias sobre o meio ambiente. Destacando-se o artigo 5º, LXXIII; artigo 225; artigo 186, II, entre outros.

Foi clara a intenção do constituinte brasileiro em albergar de vez a tendência mundial do comprometimento de todos com a preservação ambiental, combatendo os mais diversos tipos de poluição e de degradação, elevando o meio ambiente à categoria de Direito Fundamental apesar de não constar diretamente do rol de bens fundamentais do artigo 5º da Constituição de 1988.

Diante dos desafios de balancear a proteção ambiental com o desenvolvimento econômico, sabidamente o legislador de 88 fez com que constasse no texto um largo sistema de proteção ambiental, que se mantem na responsabilidade civil, administrativa e criminal.

A Constituição vigente reconheceu o meio ambiente como um direito difuso. Esses são considerados direitos que atingem toda a coletividade, ou seja, valorizam o ser humano enquanto gênero, não se restringindo ao indivíduo ou a determinado grupo social.

É possível observar que a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um grande avanço normativo sobre a tutela ambiental e manifestou o reconhecimento da importância do tema e da necessidade de repensar a postura cidadã.

Embora o texto constitucional regulamente a proteção ambiental como um direito-dever fundamental, é importante que este mandamento se efetive por meio da conscientização ecológica da população.

Ao constatar que natureza de cláusula pétrea do artigo 225 da Constituição de 1988 é entendermos o seu aspecto de ser sim um direito de todos, mas antes de qualquer argumentação neste sentido, é dever de todo cidadão, ante a sua garantia para a dignidade da pessoa humana.

Seguindo esse entendimento, para que haja essa dignidade humana, no sentido de respirar ar puro ou beber água potável, sendo estes exemplos de necessidades do

homem, necessário se faz a garantia do equilíbrio ambiental e, para isso, o cidadão deve, sim, cumprir com seu dever de manutenção do mínimo existencial.

Pelo que se infere, nota-se a importância dada pela CF/88 ao meio ambiente, a qual inclusive foi chamada de "Constituição Verde", sendo aclamada por comunidades internacionais pelo seu destaque ao tema.

Diante disso, a mentalidade do dever de proteção precisa ser amadurecida pelo cidadão já que, se não tivermos um meio ambiente equilibrado e saudável, possivelmente, uma hora ou outra, os recursos naturais serão extintos e não haverá meios de sobrevivência para as gerações presentes e futuras.

4 DIREITO-DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

O conteúdo apresentado no artigo 225 da CF abrange a imposição ao Estado e à coletividade de um dever fundamental de defesa e proteção ambiental. Nos tópicos seguintes iremos tratar da relação entre direito e dever FUNDAMENTAL de proteção ambiental.

Na definição constitucional de meio ambiente ecologicamente equilibrado, surge um direito que pertence à todos; um direito transindividual cuja natureza jurídica é de um bem de uso comum do povo, sendo este essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, impondo a responsabilidade por sua manutenção tanto ao Poder Público quanto ao cidadão.

4.1 O DEVER FUNDAMENTAL

Faz-se mister trazer à nossa pesquisa, breves entendimentos sobre os Deveres Fundamentais, para que assim torne-se mais fácil compreender o porquê da obrigação constitucional e civil da proteção ambiental.

A noção de dever nos apresenta algo próprio de ética, moral e deve ser boa e justa. Já que o homem é dotado de ética pela própria natureza, essa ideia deve vir encruada em sua racionalidade.

Os deveres fundamentais devem ser entendidos como sendo autônomos dentro do direito constitucional que tem conexão direta com os direitos fundamentais em virtude do princípio da unidade da Constituição, mas que é transcendente, visto que há deveres que não possuem direitos correspondentes.

O equilíbrio constitucional depende de relações diretas e indiretas entre direitos e deveres. Isso porque as Constituições, e assim também a CF/88, para

serem duradouras e tidas como boas, devem ser voltadas para a cidadania e para a ideia de solidariedade, que são preceitos basilares da própria história constitucional dos países ocidentais.

Somente na Constituição vigente é que essa noção de solidariedade surgiu de forma mais acertada, principalmente pelo dever de proteção ao meio ambiente no seu artigo 225, que "impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo", bem como o dever de proteção ao patrimônio comum da humanidade, mencionado no artigo 216, no qual o "Poder Público, com a colaboração da sociedade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro".

Os deveres fundamentais, em outras palavras, são aqueles que auxiliam na vida em comunidade, auxiliando em sua organização, e que, por si só, devem ser respeitados e cumpridos.

Os deveres fundamentais constituem valores que ultrapassam os interesses da pessoa humana. A dimensão destes objetiva ofertar benefícios à toda comunidade e o dever fundamental de proteção ambiental contribui para a formação de Estado de Direito Ambiental.

É possível afirmar que os deveres fundamentais são igualmente *erga omnes*; e resultado da exteriorização da consciência ambientalista adquirida pelo reconhecimento daquele direito fundamental, em que são coobrigados, ou seja, sujeitos ativos do dever, indistintamente, o Poder Público, os indivíduos e a coletividade.

Não há como mencionarmos os deveres fundamentais, sem trazer à baila a teoria de NABAIS (2009, *apud* Brandão e Augustin), o qual define os principais traços dos deveres fundamentais, a saber:

> (...) a *imputação de situação passiva* (no sentido de sujeitar seu destinatário a um fazer ou não fazer); a *subjetividade* (no sentido de ser imputado à pessoa de seus destinatários pela Constituição); a *individualidade* (no sentido de serem imputados a indivíduos dotados de dignidade como pessoa, o que engloba tanto pessoas físicas quanto jurídicas), a *universalidade perene* (no sentido de ser imputável, isonomicamente e sem discriminação, a todos os indivíduos/pessoas dotados de dignidade).(BRANDÃO, 2018)

Fazendo uma interpretação destes pontos podemos defluir que o ponto principal entre eles é a coletividade, ou seja, os deveres fundamentais têm por maior objetivo a proteção própria da sociedade em si, e não do Estado.

Cumpre entender que, somente na Constituição de 1988, foi regulamentado o dever fundamental atrelado à noção de solidariedade e essa relação está totalmente direcionada à proteção ambiental.

A defesa do meio que o homem habita passou a ser obrigação dos indivíduos para garantir a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado reconhecido constitucionalmente. Desta forma, o indivíduo, em sua condição de cidadão, tornou-se não apenas destinatário desse direito, mas também sujeito ativo do dever fundamental de proteção.

4.2 O DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Muito se escuta falar em direitos, e em vias de muito de ouvir falar principalmente em "*tenho direito a proteção ambiental*", mas o que se esquece é o que se faz para manter ou ter esse meio ambiente saudável.

Começando a pensar em dever de proteção ambiental, o qual está diretamente ligado a categoria de deveres fundamentais não autônomos, trazendo a ideia de direitos para as presentes e futuras gerações.

O dever fundamental de proteção do meio ambiente, assim como os demais, encontra esteio no princípio da solidariedade. A solidariedade assenta-se hoje como princípio geral de direito, para além de ser princípio de Direito Ambiental. A urgência na conservação dos bens naturais trata-se de uma realidade que justifica e requer a elevação deste valor

A proteção do bem ambiental tem sido abordada como princípio, como direito subjetivo (fundamental) ou, ainda, como dever.

Delegar a outros, e aqui recortamos para o Poder Público, a função exclusiva do cuidado é ser negligente com as gerações presentes e futuras. A nossa Constituição, além de ser cidadã, é uma constituição verde; trazer o respeito ao cidadão atrela consigo o dever da proteção da matéria ambiental.

FIORILLO (2019, p. 120) torna a nos ensinar:

> O art. 225, § 3º, da Constituição Federal previu a tríplice responsabilidade do poluidor (tanto pessoa física como jurídica) do meio ambiente: a sanção penal, por conta da chamada responsabilidade penal (ou responsabilidade criminal), a sanção administrativa, em decorrência da denominada responsabilidade administrativa, e a sanção que, didaticamente poderíamos denominar civil, em razão da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente.

A racionalidade humana deve se voltar para proteção jurídica do meio ambiente, justamente pela sua relevância na manutenção da vida. A elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental representa a possibilidade de tutela jurídica deste bem diante dos interesses, sejam sociais ou econômicos, da preservação da natureza e, por conseguinte, da própria vida humana.

Deveria haver uma junção entre os antigos modos de vida e a conduta esperada pelo cidadão consciente com a questão ambiental. Uma reformulação dos conceitos de qualidade de vida.

A CF/88 atribuiu *status* de direito-dever fundamental à proteção ambiental, tornando assim fácil a construção do Estado Ambiental de Direito. Diante disso, a proteção do ambiente, passa a integrar a estrutura normativa constitucional, como garantia, inclusive, do princípio da dignidade da pessoa humana.

No momento de designar um capítulo único para a proteção ambiental, a Carta Magna de 88 traz uma preocupação não apenas com o mundo atual, como também com um meio ambiente habitável e saudável para as gerações futuras. Dividindo as responsabilidades entre poder público e coletividade, apresenta justamente essa ideia de dever de todos à proteção e garantia do princípio da equidade intergeracional.

O Poder Público, apesar de alcançar a efetividade dessas medidas, exerceria um trabalho muito mais eficaz se agisse em parceria com a comunidade. Como o próprio caput do artigo 225 da Constituição Federal menciona, cabe também à coletividade tal participação, na proteção do meio ambiente.

Ora, se o meio ambiente é um bem comum do povo, nada mais justo que a coletividade seja aquela a conservar também pelo que é seu. Esse dispositivo reconhece que sobre o meio ambiente incide o interesse de todos, concedendo interesse social ao bem ambiental.

Destarte, sem um meio equilibrado ecologicamente, sem qualidade de vida e sem biodiversidade não se pode vislumbrar uma vida digna. Desta forma, o cuidado e a obrigação de cuidado são de toda a sociedade, isto é, as pessoas têm o dever de preservar o ambiente planetário, no entanto, é essencial para a consolidação da tutela ambiental o reconhecimento pelo homem de que além de reclamar direitos, possui a obrigação social de prestar deveres.

Só partindo desse entendimento é que o indivíduo poderá começar a ter a consciência do quão importante é sua participação ativa no cumprimento deste dever de preservação, cuja finalidade é promover a melhoria de qualidade de vida atual e futura.

Essa degradação do meio ambiente não tem barreiras. Poluição do ar, contaminação das águas, aquecimento global, são alguns exemplos dos inúmeros problemas causados por essa degradação ambiental. A complexidade das relações

ambientais torna imperativo que toda ação humana que possa romper com o necessário equilíbrio da vida seja responsabilizada por isso.

Há de se levar em conta que esses deveres de proteção ambiental precisam ser cobrados, sobretudo dos agentes econômicos, no sentindo de que a Constituição estende seus tentáculos também a todos os cidadãos, para que assim se chegue à tão esperada sustentabilidade ecológica. Os cidadãos, representando os interesses da comunidade, acabam por representar o interesse do próprio Estado, já que este tem como finalidade proteger e assegurar a própria pessoa.

O Poder Público tem o nítido e lógico dever de proteger os bens públicos, mas seria um trabalho mais eficaz se pudesse contar com a parceria da comunidade, já que o próprio artigo de lei menciona que cabe também à coletividade essa participação.

Como já mencionado acima, a ideia de Dever Fundamental está diretamente ligada ao Princípio da Solidariedade o que imputa diretamente ao cidadão deveres de cuidado com a comunidade à qual pertence, seja em âmbito estatal ou, ainda, numa visão mais ampla, no âmbito mundial.

Criando a mentalidade de solidariedade e de cuidado com os recursos naturais, desenvolvemos indivíduos mais preocupados com o hoje e com o amanhã. Deve-se desenvolver a preocupação MORAL com a presentes e, mais ainda, com as futuras gerações. De mais a mais, deve imputar-se às gerações atuais uma obrigação, um dever, de assegurar a qualidade de vida no planeta para as gerações vindouras.

Dentro desse contexto, MORAES (2010) nos ensina que o artigo 225 deve ser interpretado em conjunto com o artigo 1º, III que vislumbra como princípio norteador da República o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como aliado ao artigo 3º, II que traz a previsão do desenvolvimento nacional.

Aliando esses conceitos, temos a garantia de proteção ambiental para a consecução dos objetivos de um Estado de Meio de Ambiente Saudável.

Entende-se que o dever de proteção do meio ambiente é um dever que pode sofrer alterações em função de circunstâncias várias. Assim é que, diante, por exemplo, de um cenário de alto grau de degradação ambiental, o dever de proteção será mais acentuado, será imposto com mais rigor e urgência. Também pode variar de intensidade, conforme o potencial da atividade lesiva a ser considerada, donde se conclui a possibilidade de cumprimento deste dever de muitas formas.

É esse dever fundamental, cujo destinatário primeiro é o cidadão, que precisa ser cumprido precípua e indistintamente, uma vez que se deseja conferir ao meio ambiente equilibrado uma tutela jurídica de fato efetiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente a necessidade mundial de olhar com carinho para o meio ambiente, pois a degradação ao longo dos anos foi muito grande, não só num determinado ponto do globo terrestre, mas em todos os cantos, isso porque os elementos da natureza agem interligados, como clima, mar e solo.

Temos que entender que o meio ambiente sadio não irá trazer benefícios apenas em sede de individualismo, mas que será benéfico a toda comunidade; que todos usufruirão.

Queimadas, poluição dos rios, mares e lagos, matança de animais, ambientes insalubres, depredação de patrimônios são apenas exemplos de como o meio ambiente está sendo tratado hoje em dia, sem que ninguém atente para sua preservação.

Todos querem ter uma história para contar a seus filhos e netos, mas com a escassez de recursos naturais e culturais isso não será possível.

O cidadão precisa criar a consciência que quaisquer ajudas mínimas, seja com coleta seletiva, o simples ato de não jogar lixo na rua, já são fatores que podem trazer modificações e cumprirão com esse DEVER de proteção ambiental.

Criar a ideia de sustentabilidade não só para empresas, como também para qualquer indivíduo, faz parte da incumbência que tem o poder público de zelar pelo meio ambiente. A apresentação de campanhas, notícias, legislações e outros instrumentos cabem àqueles que, em sua origem, já têm esse dever de cuidado e preservação.

Isso indica que a promoção da citada sustentabilidade é um direito/dever de todos e de cada um, dos cidadãos, das empresas e do governo. Porém, para tornar possível que cientistas-cidadãos e as pequenas e médias empresas cumpram o dever fundamental de proteção ambiental na seara energética, é preciso que o Estado disponibilize primeiramente os meios através dos quais essas pessoas poderão efetivamente ajudar.

Os objetivos deste trabalho foram alcançados, haja vista ter sido demonstrado a REAL importância da proteção do meio ambiente, tão maculado, e os efeitos se sua degradação persistir. A crise ambiental está revelada e não há mais espaço para crer em uma inesgotabilidade dos recursos ambientais ou em uma resiliência infinita de seus sistemas.

O constitucionalismo moderno não mais põe em dúvida a força normativa da Constituição e o fato de que os direitos fundamentais correspondem a deveres, igualmente fundamentais. Assim, o art. 225 da CF/1988 engloba, de forma híbrida, um direito-dever fundamental vinculado à proteção ambiental e à manutenção

do equilíbrio ecológico, reconhecidamente essenciais à sadia qualidade de vida humana.

Para tal, estudou-se o conceito e a estrutura do dever fundamental, bem como a importância do seu reconhecimento no plano jurídico, concluindo que na Constituição Brasileira há o dever fundamental de proteger o meio, não só para as presentes, mas também para as futuras gerações.

A concretização deste direito-dever é só o primeiro passo para a consecução do fim comum de preservação e equilíbrio do planeta.

As empresas mais ricas e países mais desenvolvidos gastam verdadeiras fortunas com buscas espaciais a fim de localizar outro planeta com condições minimamente semelhantes às da Terra, mas porque não gastar essas montas de dinheiro em nosso planeta Terra, em sua preservação? Parece ser mais fácil localizar desculpas do que realmente buscar fazer algo pelo nosso planeta.

Se cada um fizer um pouco, este pouco tornar-se-á um muito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado** / 4ª ed – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo ; MÉTODO, 2013

AMORIM, João Alberto Alves. **Direito das águas: o regime jurídico da água doce no direito internacional e no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, André da Fonseca; AUGUSTIN, Sérgio. **O dever fundamental de proteção do meio ambiente e as consequências jurídicas de seu reconhecimento.** Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 8, n. 2, 2018 (p. 39-55). Disponível em: http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/6556/3497. Acesso em 28 de jul. de 2019

BRASIL, Paula Emília Moura Aragão de Souza. **A Proteção do Meio Ambiente como Dever Fundamental.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. 2016.

BRASIL. **LEI No 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001. Estatuto da Cidade**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 30 de jul. 2019

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de jul. 2019

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

DACROCE, Gilberto Luiz. **Aspectos Constitucionais da Defesa e Proteção do Ambiente no Brasil.** Dissertação (Dissertação em Ambiente e Desenvolvimento). UNIVATES. Lajeado. 2009

DI CIERO MIRANDA, J.; ROCHA DIAS, E. **Proteção ambiental: mais que dever, critério hermenêutico**. (Portuguese). Revista Jurídica Cesumar: Mestrado, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 295, 2016. Disponível em: < http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n2p295-322 >. Acesso em: 30 jul. 2019.

DIAS, Lucas Seolin; MARQUES, Maurício Dias. **Meio ambiente e a importância dos princípios ambientais.** Periódico Eletrônico Fórum Ambiental da Alta Paulista, [S.l.], v. 7, n. 5, nov. 2011. ISSN 1980-0827. Disponível em: <http://amigosdanatureza.org.br/publicacoes/index.php/forum_ambiental/article/view/152>. Acesso em: 06 Ago. 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco **Curso de direito ambiental brasileiro** / Celso Antonio Pacheco Fiorillo. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FRANÇA, Stephanie K. Guilhon. **Dever fundamental: pressuposto para a consolidação da tutela do meio ambiente**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3202, 7 abr. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21462. Acesso em: 21 ago. 2019.

LEMOS, Elianne Christine et al. **A ação civil pública na proteção ambiental: análise de efetividade, procedimento e eficácia na proteção do direito transindividual a um meio ambiente equilibrado**. Revista Agrogeoambiental, [S.l.], jul. 2013. ISSN 2316-1817. Disponível em: https://agrogeoambiental.ifsuldeminas.edu.br/index.php/Agrogeoambiental/article/view/564. Acesso em: 30 de jul. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / 14ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2010.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues. **O direito ambienta nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea**. 2014. Rev. Âmbito Jurídico. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-direito-ambiental-nas-constituicoes-do-brasil-um-breve-relato-de-sua-construcao-historica-e-a-tese-do-artigo-225-cf-88-como-clausula-petrea/. Acesso em 29 de jul. de 2019

MANEIA, A.; CUZZUOL, V. **A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL**. (Portuguese). Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental, [s. l.], v. 7, n. 7, p. 1316, 2012. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/reget/article/view/5642/3596. Acesso em: 30 jul. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 26ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010

RUSCHEL, Caroline Vieira. **Parceria Ambiental: O dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para concretização do Estado de Direito Ambiental.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2007.

SANTOS, T.; CÁRCAMO, A. M.; VARELA, I. **Proteção do Meio Ambiente no MERCOSUL+2: uma análise à luz do Direito Ambiental o desenvolvimento**. (Portuguese). Cadernos Argentina Brasil, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 1, 2016. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/neiba/article/view/27829/20394. Acesso em: 30 jul. 2019.

SARAIVA, Bruno Cozza; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **O direito fundamental ao meio ambiente, o estado e a justiça ambiental**. Delos - Desarrollo Local Sostenible, v. 6, n. 17, p. 1-11, 2013. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/delos/17/direito-ambiental.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

REGULAÇÃO JURÍDICA DE NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS DIGITAIS: A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES NO CONTEXTO DA CRESCENTE UBERIZAÇÃO DA ECONOMIA COLABORATIVA

PAULO VITOR BRAGA SOUTO[1]
GUSTAVO RABAY GUERRA[2]

RESUMO

O presente estudo trata da difusão de novas tecnologias, aqui representada pela propagação de aplicativos que estão ao alcance de grande parcela da população e sua influência no mercado de trabalho. As relações de trabalho da pós-modernidade têm como características em comum, dentre outras, a informalidade, as baixas remunerações e a inexistência de segurança jurídica. As consequências destas novas características são drásticas e perigosas, uma vez que geram a precarização das relações de trabalho e a diminuição da arrecadação de tributos. Dentro desse contexto, o artigo enfatiza a relação jurídica entre os trabalhadores e o aplicativo Uber, bem como a necessidade de aperfeiçoamento dessa regulamentação jurídica e seus fatores impeditivos. Conclui-se que os avanços tecnológicos são inevitáveis, que o mercado de trabalho já está sendo revolucionado por meio destes avanços e que a regulamentação jurídica se torna cada vez mais essencial. Para elaboração do presente artigo, utilizou-se o método dedutivo, bem como a vertente metodológica qualitativa, por meio de pesquisa documental direta no que tange a análise de documentos, artigos, livros, teses de mestrado e legislações específicas.

Palavras-chave: Mercado de Trabalho. Novas tecnologias. Aplicativos de mobilidade urbana. Uber. Regulamentação Jurídica.

1 Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa – Unipê. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professor de Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Prática Jurídica na Faculdade Pitágoras João Pessoa. Professor de Processo Civil e História do Direito na Faculdade Estácio João Pessoa.

2 Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto IV da Universidade Federal da Paraíba. Sócio do Rabay, Palitot e Cunha Lima Advogados. Fundador da Compliance Academy. Idealizador da Legal Mind e Time Thinkers.

1 INTRODUÇÃO

A evolução humana e as descobertas realizadas pelo homem há tempos modificam o meio social, a própria convivência do homem e o modo de viver da população, tendo estas mudanças atingindo novos patamares de forma mais acelerada recentemente em razão das constantes inovações tecnológicas.

A vida conectada do século XXI, principalmente pela difusão da internet, vem permitindo que determinados hábitos rotineiros – como trabalhar, locomover-se, falar com outras pessoas, comprar, viajar, agendar consultas médicas, assistir filmes, ouvir músicas – passem por mudanças em um ritmo cada vez mais acelerado, tornando ultrapassadas determinadas situações até pouco tempo comuns.

A razão destas transformações não se resume apenas às novidades tecnológicas em si, mas principalmente pela concretização da possibilidade de que estas inovações cheguem de forma efetiva aos consumidores finais, isto é, a grande parcela da população, o que vem ocorrendo, em grande parte, pela popularização de *smartphones* e os programas e aplicativos neles inseridos.

Dentro desse contexto de tantas modificações, as relações de trabalho constituem um dos campos mais impactados, com implicações diretas no convívio entre empregados e empregadores e, ainda, na crescente desnecessidade de utilização de mão-de-obra, a qual vem sendo substituída por meios automatizados ou pela inteligência artificial, o que torna a presente temática tão relevante.

De modo ainda mais específico, é possível citar o caso Uber como o exemplo mais prático e cotidiano destas mudanças, razão pela qual se torna pujante a necessidade de um estudo sobre as consequências dessas novas relações no meio social e a possibilidade de regulação por parte do Estado, desta parcela do mercado em franca ascensão, sendo este o objetivo central do presente artigo.

Assim, para se alcançar o objetivo proposto e para uma melhor sistematização, o artigo será dividido em três seções, sendo a primeira destinada à análise do mercado de trabalho do século XXI e às influências das novas tecnologias,; a segunda voltada para a observação das consequências práticas da difusão dos aplicativos e das inovações no meio laboral, para, ao final, verificar se é viável a regulamentação jurídica dos aplicativos e do caso dos motoristas do aplicativo Uber.

No aspecto metodológico, será empregado o método dedutivo, uma vez que o presente artigo enfocará nas premissas gerais, que consistirão na avaliação da dignidade, do trabalho decente e do pleno emprego. Também foi utilizada a pesquisa bibliográfica, por meio da análise da legislação pertinente ao tema, bem como, obras analíticas para o deslinde da problemática aqui exposta.

No tocante a vertente metodológica, a mesma será a qualitativa, por meio da pesquisa documental direta, no que tange a análise de documentos e legislações específicas.

2 AS RELAÇÕES DE TRABALHO NA PÓS-MODERNIDADE

A pós-modernidade é o tempo hodierno em que vivemos, cujo conceito fora fomentado por diversos pensadores e representa um período em que há uma crise de ideologias nas sociedades ocidentais no final do século XX. Contudo, também podemos denominar a época atual como sendo a época da modernidade líquida, expressão criada pelo sociólogo Zygmunt Bauman e que defende a ideia de que, nos tempos atuais, nada fora feito para durar, sendo tudo líquido (BAUMAN, 2001, p.7).

Partindo desta premissa e do pensamento de Bauman, que, efetivamente reflete o mundo de hoje, são notórias as transformações existentes nas relações laborais na pós-modernidade, momento em que se verifica uma inquietante tentativa de flexibilizar e relativizar tais relações.

Ocorre que essa tendência vai de encontro a diversos valores estabelecidos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais podemos citar a valorização social do trabalho (BRASIL, 1988), que surge em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, "o trabalho prestado em condições de dignidade é valor indispensável para o processo de emancipação e de constituição da identidade social e coletiva do trabalhador" (DELGADO, 2012, p. 59), sendo este o ponto de partida para realizarmos o presente estudo.

2.1 O MERCADO DE TRABALHO DO SÉCULO XXI E A INFLUÊNCIA DAS NOVAS TECNOLOGIAS

O direito do trabalho moderno, não por coincidência, fora um ramo do direito concebido em função de uma revolução tecnológica da época, qual seja, a revolução industrial e surgiu como fruto de uma necessidade de regulamentação das relações de trabalho, como meio de se chegar a uma harmonização social, estabelecendo normas mínimas de proteção ao trabalhador a fim de evitar abusos por parte dos tomadores de serviços (ROMAR, 2013, p. 27), medida esta que vem sendo cada vez mais necessária nos dias atuais.

A realidade é que estas novas relações laborais no mundo pós-moderno e no século XXI, de forma mais enfática, podem ser estudadas sob duas óticas totalmente

distintas, as quais são pontuadas pelo sociólogo Ricardo Antunes. Antunes expõe um paradoxo surpreendente, consubstanciado na existência de influência dos meios digitais e tecnológicos em uma parte destas relações laborais, essa de forma mais direta;; ao passo que, na outra ponta do setor produtivo, para que as novas tecnologias possam surgir e serem implementadas, faz-se necessário a atuação de diversos trabalhadores em situações precárias, instáveis e que contrapõem a suposta finitude do trabalho apregoada por muitos (ANTUNES, 2018, p. 20-26).

Em que pese a relevância deste paradoxo demonstrado, o presente artigo, por questões de objetividade, terá como foco exclusivamente a análise de parte do mercado de trabalho que sofre a influencia direta das novas tecnologias e não o mercado de trabalho que surge em razão destas tecnologias e se denomina novo proletariado de serviços na era digital.

A automação de diversos setores da indústria automotiva, aeroespacial, siderúrgica, de alimentos, de bebidas, do agronegócio, já não é algo novo e existe há tempos. Todavia, outros setores da economia, mais próximos do consumidor final, como transportes, saúde, varejo e entregas, de forma mais recente, também passam por processos de automatização, o que vem ampliando a substituição do trabalho humano pelas máquinas e pelos computadores, tendência essa exemplificada pela loja de conveniência conceito Zaitt, que é totalmente automatizada e não conta com nenhum funcionário humano (OLIVEIRA, 2018).

Ocorre que a automação não é a única tecnologia que vem modificar as relações de trabalho nos dias atuais, vez que a inteligência artificial atua diretamente em setores cotidianos, como telemarketing, educação e saúde, no momento em que o trabalho humano é substituído por atendentes virtuais, que realizam atendimentos complexos e completos, por computadores que fazem análise de planilhas, indexação de horários, de agendamentos de consultas e diversas outras atividades rotineiras, até então, exclusivas de empregados tidos como convencionais.

Outros diversos meios digitais que auxiliam nessa acelerada mudança de paradigma das relações sociais e laborais podem ser mensurados pela popularização de *smartphones* e o desenvolvimento de incontáveis aplicativos que neles se inserem, os quais estão transformando por completo estas relações, uma vez que alcançam uma grande parcela da população e tem sempre o mesmo escopo: facilitar a vida e as necessidades diárias das pessoas.

A realidade é que "a implantação de inovações tecnológicas permitiu o desenvolvimento de uma cibercultura, identificada pela virtualização e interligação das relações sociais, trazendo impacto direto nas relações sociais e de consumo" (GAIA, 2019, p. 213.), caminho este que é irreversível.

Nas relações laborais em especial, já vem se popularizando a menção à nova denominação de "mercado de trabalho por aplicativo" que remonta às pessoas que laboram por meio de aplicativos ou para aplicativos, e cujas características são peculiares em consequência deste tipo de trabalho, sendo as mais vastas e possíveis, o que será melhor detalhado a seguir.

2.2 A INFORMALIDADE E DEMAIS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DIFUSÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS PARA AS RELAÇÕES LABORAIS

Diferente do que muitos entendem e defendem, não vislumbramos que o trabalho humano deixará de existir e que as novas tecnologias irão se sobrepor ao homem sem permitir que este tenha oportunidades, primeiramente porque a atuação humana sempre será necessária, seja em menor ou maior grau, e praticamente todas as tecnologias ainda precisam ser operacionalizadas por humanos.

Em um segundo momento, é evidente que o sistema capitalista necessita se manter através do consumo, consumo este que somente pode ser realizado pelo homem e, para que este possa consumir, são necessários recursos financeiros, os quais somente podem ser obtidos através do trabalho, razão pela qual não há que se falar na substituição completa do homem por máquinas.

Contudo, no atual contexto socioeconômico, não é possível negar que as mudanças nas relações laborais ocorrem diuturnamente e uma das tendências que existem é a de que as relações mercantis, ao sofrerem o processo de virtualização – o que já foi exemplificado no subtópico anterior – impactem inexoravelmente nas relações de trabalho, que, a médio e longo prazo, terão diversos (mas não todos) postos de trabalho eliminados em diversas atividades econômicas (GAIA, 2019, p. 2013), fazendo com que haja uma restrição de oportunidades.

Em sentido diametralmente oposto, Manuel Castells, analisa esta nova conjuntura social e das relações laborais, fruto de uma sociedade em rede e da ampliação das tecnologias de informação, elucidando que países como Estados Unidos e Japão alcançaram seus menores índices de desemprego no final do século XX em meio a processos impressionantes de reinstrumentação tecnológica, o que demonstraria que o desemprego não, necessariamente, estaria relacionado a difusão tecnológica (CASTELLS, 2016, p. 315-316).

Inobstante o posicionamento de Castells, temos que não é possível comparar as mudanças ocorridas no final do século XX – com o aumento dos empregos juntamente com o aumento das difusões tecnológicas – com o que vem ocorrendo nos últimos anos no mundo e no Brasil, vez que, como já mencionado, a difusão das

novas tecnologias em grande escala, alcançando os consumidores finais, somente ocorreu recentemente.

Esse alcance é fruto de uma série de fatores, como a mudança nas relações negociais, a ampliação do uso das redes de dados e da internet e, principalmente, a difusão das economias de compartilhamento, que consistem numa modalidade negocial onde aqueles que participam estão em pé de igualdade (GAIA, 2019, p. 215), e se caracterizam pela diversificação e dinamicidade associadas à ênfase no aluguel em detrimento da propriedade, o que, por si só, diferencia a relação de emprego clássica, onde uma das partes necessariamente é hipossuficiente.

De forma pragmática, temos que estas novas relações de trabalho do século XXI, em especial no mercado de trabalho por aplicativos, possuem uma séria de características em comum, que são a informalidade, as baixas remunerações, a inexistência de segurança jurídica e a falta de regulamentação; características estas que redundam, inevitavelmente, na precarização das relações de trabalho.

Coincidência ou não, as mesmas características acima elencadas também são observadas nos ideais neoliberais que defendem a flexibilização de direitos sob o escopo de estimular a economia que, no Brasil, está colapsada há anos e sem perspectiva de criação de novos postos de trabalho. Esse cenário faz crescer exponencialmente o mercado informal de trabalho, sendo este o reflexo exato das novas modalidades de relações de trabalho do século XXI e que é exemplificado por dados do IBGE (MARTINS, 2019), os quais demonstram o recorde de trabalhadores sem carteira assinada.

Sob outra ótica, temos que essa informalidade e a ausência de regulamentação dessas relações acarretam outra drástica consequência, que é a ausência de arrecadação de tributos e encargos previdenciários e trabalhistas, consequência esta que afeta não apenas a parcela de trabalhadores que fica ainda mais marginalizada, por não ter salários-mínimos, férias, 13º ou amparo da previdência social, mas também o próprio Estado que, cada vez mais, tem suas receitas comprometidas e necessita se valer de reformas para tentar compensar a defasagem surgida.

Dentro desse contexto e desta convergência dos tempos atuais, são inúmeros os exemplos de trabalhadores que prestam serviços para aplicativos de maneira totalmente informal e sem qualquer respaldo ou regulamentação jurídica, a exemplo dos motoristas do Uber, do Blablacar, do Cabify, dos entregadores do Rappi, do Ifood, do Uber Eats, dos locatários do AirBnb, dos desenvolvedores de aplicativos da Apple e do Google, entre inúmeros outros.

Por uma questão de objetividade, o presente artigo se restringirá a abordar da relação mais habitual dentre essas, qual seja, a de motoristas do aplicativo Uber.

Contudo as conclusões obtidas em relação à presente análise podem ser estendidas aos demais exemplos mencionados.

3 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO CASO DE MOTORISTAS DO APLICATIVO UBER

3.1 O APLICATIVO UBER EM SUA ESSÊNCIA

O Uber é uma empresa de tecnologia, presente em mais de 700 cidades e 63 países e que se baseia em uma economia de compartilhamento, tendo como objetivo ligar pessoas por meio da mobilidade e que trabalha para moldar o futuro com a tecnologia de carros semiautônomos e com o transporte aéreo urbano, ajudando as pessoas a pedir entrega de comida de forma rápida e econômica, facilitando o acesso à assistência médica, criando novas soluções para o transporte de cargas e possibilitando que as empresas simplifiquem as viagens de colaboradores (UBER, 2019).

Dentre as informações que o próprio aplicativo fornece em seu site, temos que a empresa se denomina como uma empresa de tecnologia que apresenta soluções, mas não presta serviços efetivamente e se socorre de terceiros para ajudar a concretizar as suas propostas, o que representa a chamada economia compartilhada, tanto é que, no próprio site, a empresa esclarece que não é uma empresa de transporte, não é um aplicativo de taxi, não é serviço de carona paga e, principalmente, que não emprega nenhum motorista e nem é dona de nenhum carro (UBER, 2019).

Em contrapartida, apesar das características apontadas em seu site, a referida empresa aufere lucros e possui um valor de mercado de mais de 80 (oitenta) bilhões de dólares, sua plataforma atende milhões de usuários e gera renda para outros inúmeros milhões de prestadores de serviços, razão pela qual a regulamentação da sua atuação se faz mais do que necessária (POZZI, 2019).

3.2 A NECESSIDADE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO APLICATIVO UBER E OS OBSTÁCULOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

A inovação tecnológica é inevitável. A regulamentação destas inovações é escolha dos legisladores. No Brasil, a regulamentação do Uber é uma das situações que mais gerou, e ainda gera, controvérsias no mundo jurídico.

Em linha gerais, a regulamentação desta ferramenta tecnológica é de imperiosa necessidade, por uma série de fatores: concorrência com outros meios de transporte; regulamentação da arrecadação tributária; proteção dos trabalhadores face abusos; entre diversas outras razões.

A questão é: como concretizar essa regulamentação, sem que haja um desvirtuamento da atividade praticada, assegurando a manutenção da sua essência e da competitividade no mercado, proporcionando ao consumidor final a excelência dos serviços ofertados?

No tocante aos aspectos trabalhistas e aos reflexos desta regulamentação, apesar da inexistir legislação específica e das possíveis divergências, temos que o entendimento já está sendo consolidado pelos tribunais pátrios.

Em um primeiro momento, restou reconhecida a existência da relação de emprego entre o motorista do aplicativo e a plataforma digital que permite a prestação de serviços, uma vez que alguns julgadores vislumbraram a presença de todas as características deste tipo de relação.

Posteriormente, o entendimento foi reformulado pelos tribunais superiores e, atualmente, vem prevalecendo o posicionamento de que os motoristas do aplicativo Uber e a empresa não possuem relação de emprego, sendo o obreiro um tipo de trabalhador autônomo:

> EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. A BOA-FÉ COMO ELEMENTO ESSENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. Para caracterizar relação de emprego faz-se necessária a configuração de todos os elementos fático-jurídicos desse instituto, quais sejam: que a prestação de serviço seja realizada por uma pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, subordinação jurídica e não eventualidade, conforme disposto nos arts. 2º e 3º da CLT. Ausente um desses requisitos, não há como reconhecer o vínculo empregatício entre o autor e a primeira reclamada neste feito. Aqui há que se invocar outro elemento essencial a qualquer relação jurídica que se estabeleça entre pessoas ou entidades, que tem sido sempre desenhado nos arraiais do Direito do Trabalho sob a mistificação de tratar-se de um direito de natureza protetiva: a boa-fé. Enquanto a Justiça do Trabalho, e seus operadores mais proeminentes - juízes, procuradores e advogados -, teimarem em desconhecer a importância do elemento ético-jurídico da boa-fé como um dos basilares da relação trabalhista, ela permanecerá abarrotada de processos e apenas supondo estar a distribuir renda e a fazer justiça social. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011434-14.2017.5.03.0185 (RO); Disponibilização: 08/03/2018; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Joao Bosco Pinto Lara).
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO

> DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO UBER. RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. *SHARING ECONOMY*. NATUREZA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.
> 1. A competência *ratione materiae*, via de regra, é questão anterior a qualquer juízo sobre outras espécies de competência e, sendo determinada em função da natureza jurídica da pretensão, decorre diretamente do pedido e da causa de pedir deduzidos em juízo. 2. Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil. 3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. 4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual. (STJ; CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 164.544 - MG (2019/0079952-0) Disponibilização: 04/09/2019; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Ministro Moura Ribeiro).
> (STJ, 2019)

Após o advento da reforma trabalhista, fora criado um novo tipo de contrato de trabalho que também prescinde de subordinação efetiva e de habitualidade: o contrato de trabalho intermitente.

Esta nova modalidade de contrato de trabalho, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Art. 443, § 3º CLT, é aquela na qual o labor é prestado de forma não contínua, ocorrendo "alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em hora, dias ou meses" (BRASIL, 1943).

As semelhanças entre as duas modalidades de relação de trabalho são claras, e, diante desta recente mudança legislativa, é de se indagar: motorista de aplicativo Uber também não pode ser considerado empregado na modalidade de trabalho intermitente?

Apesar da similitude do tipo da prestação de serviço, na atual sistemática do Uber, temos que os posicionamentos mais recentes, no sentido de não se reconhecer a relação de emprego, se afiguram mais acertados, vez que os motoristas vinculados a

referida plataforma tecnológica não podem ser considerados empregados, pois estão ausentes as características da relação de emprego, notadamente a subordinação e a habitualidade.

Apesar deste entendimento que caminha para ser consolidado na seara trabalhista, é inegável que o tema ainda necessita ser mais bem regulamentado em outras searas para que sejam prevenidos abusos, para que direitos básicos sejam resguardados e para evitar uma exploração demasiada dos trabalhadores que possa redundar em mais um grupo de pessoas desamparadas que tenha que se valer da proteção estatal quando não puderem mais trabalhar ou quando o mercado estiver saturado.

Nesse ponto, destacamos a posição de Juliana Tavares Coelho e Maria Aurea Cecato (2017, p. 269-270), para quem há existência de subordinação em diferentes matizes, aspirando-se aí uma nova tarifação doutrinária, qual seja, a de parassubordinação:

> (...) em certa medida a direção do trabalho do motorista pelo Uber. Com efeito, é o software que define o preço do serviço e chega até mesmo a receber o pagamento, sem que haja qualquer interferência do "parceiro", há definições do padrão de atendimento, o motorista apenas pode ser acionado por intermédio da plataforma digital, sendo expressamente proibido pegar passageiros fora do aplicativo. Não bastasse isso, o Uber ainda conta com um sistema disciplinar embasado na avaliação dos passageiros após a prestação dos serviços. Dessa forma, resta perceptível que a relação entre o Uber e seus motoristas tem traços que deixam margem à interpretação de que eles de fato são autônomos, e em outro extremo, empregados. Não é ocioso destacar que a forma como é desenvolvida a prestação de serviços parece se aproximar bastante do conceito doutrinário de parassubordinação, que também é objeto de debates acalorados no âmbito trabalhista.

De tal modo, apesar de se considerar, *prima facie*, inexistente qualquer vínculo de emprego no modelo de negócios sob exame, persiste, ainda, na doutrina e na jurisprudência, elevado grau de insegurança quanto aos limites legais do trabalho em plataformas digitais que conectam empresas estruturadas - na maioria das vezes, multinacionais - e colaboradores que assumem diversos riscos para desenvolver atividade econômica complexa, sem a partilha adequada com os "tomadores" de serviço[3].

3 Exemplo bastante pertinente dessa permanente tensão é a recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho que reconheceu a relação de emprego entre um motoboy entregador e a empresa iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A., conforme voto da desembargadora Maria Cecília Alves Pinto, relatora do processo 0010761-96.2019.5.03.0008 (RORSum). No acordão, fala-se objetivamente em "uberização das relações de emprego", com a confirmação de que se tratava de relação de trabalho nos termos do dos artigos 2º e 3º da

3.3 AS REGULAMENTAÇÕES JÁ EXISTENTES E A LEI 13.640/2018

Ao longo dos anos, de 2014, quando o Uber chegou ao Brasil, até o advento da Lei 13.640/2018, diversas leis estaduais e municipais tentaram regulamentar o transporte de passageiros por meio de aplicativos, o que fez com que surgissem diversas legislações, com as mais variadas vertentes proibindo ou permitindo esse tipo de transporte.

Em comum, seja qual fosse a previsão e a finalidade das leis, existia o fato de que havia interesse de categorias de trabalhadores e empresas por trás, com o intuito de obterem benefícios – taxistas tentando impedir a regulamentação do Uber ou motoristas de aplicativo defendendo que o trabalho por eles desempenhado fosse regulamentado sem que fossem colocados empecilhos.

Outra coincidência é o fato de que todas as leis editadas passaram a ser questionadas quanto a sua constitucionalidade, seja por violarem a livre iniciativa, seja por permitirem uma concorrência desleal, discussões estas que se arrastam quase até a atualidade no Supremo Tribunal Federal.

A Lei 13.640/2018 fora editada com o objetivo de minimizar as incontáveis controvérsias acerca da matéria, tendo a referida lei estabelecido que será de responsabilidade exclusiva dos Municípios e do Distrito Federal regulamentar o serviço privado individual de transporte remunerado de passageiros, mediante regras e diretrizes impostas por lei federal, dentre as quais podemos citar: a necessidade de se cobrar tributos pela prestação dos serviços (ISS e taxas); a necessidade de que o motorista seja inscrito com contribuinte individual do INSS; a necessidade de que conste na Carteira Nacional de Habilitação, na categoria B ou superior, que o motorista exerce atividade remunerada; entre várias outras disposições (BRASIL, 2018).

A nova legislação ainda estabeleceu que não é mais possível a existência de legislações que impeçam a atividade de transporte privado de passageiros por meio de aplicativos, todavia, caso haja regulamentação pelos Municípios e o Distrito Federal – que não é obrigatória – e o transporte seja desempenhado em contrariedade as normas estabelecidas, restará configurado o transporte ilegal de passageiros.

CLT, e a aplicação do primado da verdade real e da primazia da realidade sobre a forma. A relatora destacou, ainda, a existência de fraude, conforme o artigo 9º da CLT, e reconheceu o vínculo de emprego no caso. Foi determinante para a Corte, o fato de que empresa transferia parte do controle sobre os serviços prestados pelos entregadores para os chamados operadores logísticos, sem, contudo, delegá-lo de forma integral e completa, o que se extrai do próprio manual do entregador e da política de privacidade, que, ressalvadas cláusulas especiais tais como condições de pagamento, aplicam-se aos entregadores diretamente cadastrados no aplicativo, bem como aos vinculados por meio de operadores logísticos. Portanto, a desembargadora concluiu que "houve mera transferência parcial do controle exercido pela iFood sobre o trabalho do autor". Para ela, o fato de ter sido o motoboy quem, efetivamente, assumia o risco da forma de trabalho, sem autonomia, evidenciava "mera transferência ilícita dos riscos do negócio, em evidente ofensa ao princípio da alteridade".

Apesar da nítida evolução e da melhoria quanto a regulamentação da matéria, é certo que a Lei 13.640/2018 não esgota o assunto e que a possibilidade de diferentes entes públicos regularem a mesma matéria pode acarretar o surgimento de novas discussões, já que continua permitindo-se a existência regulamentações discrepantes, em face à permissividade presente em vários pontos da legislação.

3.4 DOS RISCOS DAS REGULAMENTAÇÕES ESPARSAS E EVENTUAIS DISPUTAS INTERPRETATIVAS DAS CORTES

A regulamentação jurídica, por mais essencial que seja, não pode divergir em pontos-chaves e deve guardar sua essência, sob pena de se tornar carente de efetividade, afinal, é imprudente permitir que a totalidade de municípios do Brasil – número que ultrapassa 5000 – legisle sobre normas e regulamentos diversos acerca de como a atividade dos aplicativos de transporte individual de passageiros deve ser.

A realidade, de forma extremamente pragmática, é que as empresas de tecnologia como o Uber ou prestadoras destes tipos de serviços têm potencial para operar esses aplicativos em todo território nacional, não sendo lógico que diferentes municípios estabeleçam tributos diversos, nem que hajam exigências acerca da circulação dos veículos diversas, tampouco regras diversas para os passageiros, tarifas diferenciadas, entre inúmeras outras possibilidades.

Caso estas situações se concretizem, o que é muito provável, face a pluralidade de ideias, de entendimentos e de interesses, corre-se o risco de inviabilizar o funcionamento do serviço, chegando até mesmo a descaracterizar sua essência e ocasionar prejuízos aos maiores interessados, que são os consumidores e a população em geral.

Dentro de todo este contexto, resta evidenciado que não só é possível a regulação jurídica de aplicativos como o Uber, como se faz imperiosa esta necessidade pelos diversos fatores elencados no presente artigo. Todavia, a solução mais acertada, com escopo de se evitar a existência de legislações discrepantes, é que a regulamentação seja exercida por um único ente público, qual seja, a União Federal, que é pessoa jurídica de Direito Público que, por força constitucional, possui a competência para legislar sobre transito e transporte.

O debate acerca da existência de vínculo de emprego em modelos de negócios como o Uber e outros aplicativos de transporte individual de passageiros, além de aplicativos de entregas de produtos (vg Rappi, Loggi, James, entre outros) parece distante de um ponto final.

Com efeito, essa indefinição que permeia a regulação de novas tecnologias é um fenômeno mundial, como exemplifica o Código Laboral da Califórnia (Estados Unidos da América, aprovado em setembro de 2019 e que veio consagrar o entendimento esposado pela Suprema Corte daquele Estado no célebre caso Dynamex, de abril de 2018) (CARELLI, 2019).

No citado precedente, houve sensível evolução na prevenção e combate à fraude na utilização de trabalho autônomo ("independent contractors") para esconder relações de emprego convencionais, substituindo o teste até então utilizado pelo sistema legal para caracterizar a existência de vínculo de emprego (o "Borello Test"), pelo chamado *"ABC Test"*, segundo o qual motoristas de aplicativos de transporte individual de passageiros podem facilmente ser enquadrados como empregados. Isso porque o "*Labor Code*" traz em seu art. 621 o referido teste, que se trata de uma verificação ("check") de presunção de emprego formal, baseada na premissa de que "qualquer indivíduo que fornece trabalho ou serviços em troca de remuneração tem o status de empregado e não de trabalhador autônomo, a menos que a empresa contratante demonstre todas as seguintes condições":

(A) A pessoa está livre do controle e direção da entidade contratante em relação à execução do trabalho, tanto em relação ao disposto no contrato quanto de fato;
(B) A pessoa executa trabalho que está fora do curso normal dos negócios da entidade contratante.
(C) A pessoa habitualmente atua em atividade comercial, ocupação ou negócio estabelecido e independente da mesma natureza que o trabalho a ser executado.

Portanto, ao contrário do Brasil em que a caracterização do vínculo de emprego se dá a partir de elementos constitutivos da categoria jurídica, no *Labor Code* californiano se inverte o "ônus" da caracterização de vínculo, por assim dizer, para estipular exceções ao que se pode presumir como modalidade de trabalho, pelo simples fato de ser oneroso (CARELLI, 2019).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo proposto sobre o mercado de trabalho por aplicativos e a sua possibilidade de regulamentação jurídica, notadamente no caso da plataforma digital

Uber, fez uma análise das relações de trabalho da pós-modernidade, constatando as acentuadas mudanças sofridas por tais relações no século XXI.

A principal razão destas transformações é a tecnologia que se expande em todos segmentos da indústria, do comércio e da prestação de serviços, influenciando a vida cotidiana do homem em vários aspectos, seja para produção de um equipamento de alta complexidade, seja para marcação de uma consulta médica ou mesmo para pedir um transporte.

Diante destas mudanças de paradigmas, temos uma completa revolução do mercado de trabalho, o qual passa a ter como característica principal a informalidade, além das baixas remunerações, da inexistência de segurança jurídica e da falta de regulamentação; características estas que redundam, inevitavelmente, na precarização das relações de trabalho.

De forma ainda mais específica, temos o Uber como o maior exemplo dessa revolução digital que impacta as relações laborais e sociais e que, apesar de auferir lucros, de ter um valor de mercado estratosférico, de atender milhões de usuários e gerar renda para outros milhares de usuários, se intitula apenas com uma empresa de tecnologia, que não é uma empresa de transporte, que não é um aplicativo de taxi, que não é serviço de carona paga e, principalmente, que não emprega nenhum motorista e nem é dona de nenhum carro.

Dentro desse contexto, surge a discussão acerca da possibilidade de regulamentação deste tipo de serviço, a qual passa a ser uma urgente necessidade, não apenas no que diz respeito aos aspectos trabalhistas, mas também com relação aos demais pontos, culminando na promulgação da Lei 13.640/2018, que tentou pôr fim às diversas discussões sobre o tema da legalidade ou não do transporte de passageiros individual por particulares através de aplicativos.

A análise realizada constata ainda que, apesar da nítida evolução quanto a regulamentação da matéria, a Lei 13.640/2018 não esgotou o assunto e ainda criou a possibilidade de que diferentes entes públicos regulem a mesma matéria, podendo diferentes municípios estabelecerem regras e exigências diversas sobre a atuação dos aplicativos, o que, por consequência, gera inseguranças e o potencial risco de inviabilizar o funcionamento do serviço, ocasionando prejuízos para a população, que é a maior beneficiária dessas novas tecnologias.

Diante dessas circunstâncias peculiares sobre um tema tão relevante, temos que a regulamentação existente é ineficiente e inadequada em certos aspectos e necessita ser aperfeiçoada, com o intuito de se evitar a criação novas legislações discrepantes, devendo a União Federal exercer seu direito constitucional de legislar privativamente sobre trânsito e transporte.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital.** São Paulo: Boitempo, 2018.

BOUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. **Lei 13.640/2018.** Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13640.htm. Acesso em: 09 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 164.544 - MG (2019/0079952-0)** – Brasília. Relator: Moura Ribeiro, 04 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao /Noticias/Motorista-de-aplicativo-e-trabalhador-autonomo--e-acao-contra-empresa-compete-a-Justica-comum.aspx . Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso ordinário PJe 0011434-14.2017.5.03.0185** – Minas Gerais. Relator: Joao Bosco Pinto Lara, 08 de março de 2018. Disponível em: https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-uber. Acesso em 11 set. 2019.

CARELLI, Rodrigo de Larcerda. É aprovada na Califórnia lei que considera empregados os trabalhadores de aplicativos. Jota. São Paulo, 20 set. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-aprovada-na-california-lei-que-considera-empregados-os-trabalhadores-de-aplicativos-20092019. Acesso em 11 dez. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** 17. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2016.

COELHO, Juliana Tavares; e CECATO, Maria Aurea Baroni. A uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro. **Cadernos de Dereito Actual,** Santiago de Compostela, n. 7 [extraordinário], p. 257-271, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **Constituição da República e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2012.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do Trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NUNES, Antônio José Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo.** Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

MARTINS, Gabriel. **Desemprego cai para 11,8% em julho, mas trabalho sem carteira bate recorde.** 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/ desemprego-cai-para-118-em-julho-mas-trabalho-sem-carteira-bate-recorde-23915298. Acesso em 08 de setembro de 2019.

OLIVEIRA, Amanda. **Brasileiros montam loja do futuro: sem atendente e que faz delivery de tudo.** 2018. Disponível em: https://revistapegn.globo.com/Banco-de-ideias/Varejo/noticia/2018/08/brasileiros-montam-loja-do-futuro-sem-atendente-e-que-faz-delivery-de-tudo.html. Acesso em 17 jul. 2019.

POZZI, Sandro. **Uber estreia na Bolsa com valor de mercado de 82,4 bilhões de dólares.** 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/09/economia/ 1557399108_045920.html. Acesso em 08 set. 2019.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

UBER, Brasil. **Criamos oportunidades ao colocar o mundo em movimento.** Disponível em: https://www.uber.com/br/pt-br/about/. Acesso em 07 set. 2019.

UBER, Brasil. **Fatos e Dados sobre a Uber**. Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/. Acesso em 07 set. 2019.

REPERCUSSÕES BIOÉTICAS DO USO DE ANIMAIS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS

ALFREDO RANGEL RIBEIRO[1]
RUSKAIA ABRANTES DE PINA[2]

RESUMO

O cenário de exploração cruel de animais cresceu a ponto de pôr em xeque o pensamento antropocêntrico, que, aos poucos, foi sendo substituído pela ideia de que é necessário reconhecer, também a estes seres, a titularidade do direito à vida digna, iniciando questionamentos acerca da sua utilização, inclusive em experiências científicas e acadêmicas. Os parâmetros para pacificar a questão são fornecidos pelos princípios da Bioética, atrelados ao pensamento filosófico intermediário, cujos reflexos podem ser encontrados na legislação brasileira, de onde se extrai que nem o antropocentrismo puro tampouco o abolicionismo radical vêm sendo entendidos como as melhores alternativas para tratar a questão. Atualmente, prevalece o entendimento intermediário, segundo o qual o uso de animais em pesquisas é limitado pela vedação aos maus-tratos e pela obrigação de zelar pelo bem-estar destes seres, pois apenas assim poderá haver a integração e a proteção do homem e do ecossistema.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Bioética. Animais não Humanos. Antropocentrismo. Experimentação Animal.

ABSTRACT

The scenario of cruel exploitation of animals grew to the point of putting anthropocentric thinking in check, which, little by little, was being replaced by the idea that it is necessary to recognize, also to these beings, the ownership of the right to a dignified life, initiating questions about of its use even in scientific and academic experiments. The parameters to pacify the issue are provided by the principles of Bioethics, linked to the intermediate philosophical thought whose reflexes can be found in Brazilian legislation, from which it is extracted that neither pure anthropocentrism nor radical abolitionism have been understood as the best

1 Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto III do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Titular do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê). Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento Sustentável do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê). Advogado. Endereço eletrônicio: arangel@hotmail.com

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento Sustentável do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela PUC-GO. Pedagoga pela Universidade Estadual de Goiás (UEG). Professora de Direito Processual Civil. Gestora jurídica governamental. Endereço eletrônicio: ruskaiaabrantes@gmail.com

alternatives to treat the issue and that, currently, intermediate understanding prevails, according to which the use of animals in research is limited by the prohibition of ill-treatment and by the obligation to care for the well-being of these beings, since only in this way can there be the integration and protection of man and the ecosystem.

Keywords: Human rights. Bioethics. Non-human animals. Anthropocentrism. Animal Experimentation.

1 INTRODUÇÃO

A controversa questão da utilização de animais em experiências cientificas não é nova, posto que, historicamente, tais seres foram considerados instrumentos hábeis a servir às necessidades humanas. Neste espírito antropocêntrico, o pensamento de que seria normal e aceitável a prática de meios cruéis em benefício do conhecimento consolidou-se a ponto de justificar e difundir o uso de cobaias no meio acadêmico e científico.

Posicionamentos antagônicos sobre essas práticas trouxeram à tona várias correntes, que variam desde aquelas que admitem a experimentação animal contanto que não haja maus-tratos nem o emprego de meios cruéis, até os abolicionistas, que não admitem a experimentação animal. A fim de demonstrar os argumentos que embasam os diferentes posicionamentos e os reflexos dos princípios da bioética sobre o tema, a presente pesquisa, de natureza bibliográfica e documental, debruçar-se-á sobre a doutrina, a legislação brasileira, instrumentos de direito internacional e jurisprudência.

No intuito de apresentar a evolução do pensamento que rege o tema, no primeiro capítulo, buscamos demonstrar que, a partir de meados do século XX, emergiu no meio filosófico e nos instrumento de direito internacional o reconhecimento da necessidade de tutelar todos os seres que integram a vida na terra, culminando na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, segundo a qual o "respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante". Assim, os reflexos da ideia de dignidade e proteção à vida, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração de Estocolmo em 1972, passaram a alcançar também os animais não humanos, embasando as teorias abolicionistas que, desde então, vêm ganhando força em detrimento do antropocentrismo e do utilitarismo animal.

A pesquisa bibliográfica apresentada no segundo capítulo volta-se ao estudo histórico da experimentação animal e demonstra as consequências desta prática

que perdura desde a era aristotélica até o momento atual. Deste contexto, extrai-se que os experimentos científicos realizados com animais, como a prática de vivissecção e outras técnicas, sempre foram usadas no meio científico e acadêmico, reconhecendo que, apesar de toda a controvérsia que norteia o tema, não há como negar os importantes avanços que se deram a partir da profusão destes métodos de investigação.

Definindo bioética como a ciência da vida que estuda os problemas e implicações morais despertados pelas pesquisas científicas em biologia e medicina, o terceiro capítulo apresenta os princípios que regem a matéria, seu objeto e as limitações por ela impostas na busca de conferir condições necessárias e dignas para uma administração responsável da vida animal e ambiental.

Por fim, com base no estudo das teorias sobre o direito animal, o princípio da bioética e de pesquisa legislativa e jurisprudencial, buscou-se demonstrar que o pensamento vigente converge para a adoção da teoria antropocêntrica mitigada por influências ecocêntricas, reconhecendo-se aos animais não humanos a titularidade de direitos à vida digna e à preservação de seu bem-estar, não prescindindo, no entanto, a utilização destes seres em pesquisas científicas e acadêmicas.

2 A EVOLUÇÃO DO *STATUS* DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS: DO ANTROPOCENTRISMO AO ABOLICIONISMO

A harmonização da celeuma resultante da utilização dos animais não humanos em experimentos e pesquisas está longe de ocorrer. Qualquer discussão sobre o tema perpassa necessariamente sobre a análise do reconhecimento dos animais não humanos enquanto titulares de direitos e qual seria qual a exata medida destes direitos. As análises do tema à luz da evolução do pensamento filosófico e jurídico apontam que, de um lado, encontram-se os defensores da tese que os animais são instrumentos para a satisfação dos interesses humanos. Do outro, aqueles que entendem se tratar de seres sencientes, dotados de sentimentos e razão e que, portanto, assumem a condição de titulares de direitos fundamentais, dentre eles a vida digna e a igualdade. Dentre as correntes filosóficas que versam sobre o direito animal, temos a visão antropocêntrica cuja denominação provém etimologicamente do grego (*anthropos*, homem) e do latim (*centrum*, centro), que reconhece o homem como centro do universo, apto a se utilizar dos demais seres da terra para a promoção de seu bem-estar (LEVAI, 2011).

Com raiz na tradição judaico-cristã, o antropocentrismo remonta da criação da terra, quando a escritura sagrada afirmou que Deus criou os animais com a finalidade subsidiar a vida humana na terra. Segundo Gênesis (10:31) "no princípio Deus criou o céu e a terra e, também o homem a sua imagem e semelhança, concedendo-lhe a prerrogativa de dominar sobre todo animal que se move sobre a terra" (BÍBLIA, 2008).

Na Grécia antiga, o pensamento sofista contribuiu para o fortalecimento do antropocentrismo ao proclamar a superioridade humana sobre tudo que existe. O interesse dos grandes filósofos clássicos à época se voltou prioritariamente ao homem que, considerado como centro do Universo, era tido como medida de todas as coisas e único detentor da razão (LEVAI,2011).

O pensamento jurídico que emergiu na Roma antiga, difundido em todo mundo ocidental, conferiu aos seres não humanos, o *satus de res* (coisa) atribuindo-lhes o mesmo regime dos bens inanimados, relegando-os à condição de objeto de direitos, a exemplo da propriedade e demais direitos reais. Ainda hoje, tal concepção segue influenciando a maioria dos diplomas civis no mundo, inclusive o atual Código Civil brasileiro.

Aristóteles justificava a supremacia do homem sobre os demais seres que integram a natureza em razão da racionalidade, atributo exclusivamente humano, que o torna diferente dos outros animais. O filósofo argumentava que: "o uso dos escravos e dos animais é mais ou menos o mesmo e tiram-se deles os mesmos serviços para as necessidades da vida" (ARISTÓTELES, 2007, p.15).

Immanuel Kant entendia que as ações do homem deveriam ser voltadas ao seu próprio fim e que os demais seres possuem valor relativo, negando que os seres humanos tenham deveres diretos para com os animais, pois os deveres morais são dirigidos apenas aos seres racionais e autoconscientes (KANT, 2007).

Noutro viés, o curso da história demonstra que, a partir do século XVIII, emergiram alguns opositores ao pensamento aristotélico. A vida animal passa a ter respaldo no pensamento de alguns filósofos precursores do utilitarismo, com o britânico Jeremy Bentham, seguido de Peter Singer. Por esta visão, a dor do animal não é inferior à do homem e ambos possuem o mesmo valor e mesma relevância moral, reconhecendo aos homens a obrigação de não imprimir sofrimento desnecessário aos demais animais, afirmando que "a questão não é eles pensam? ou eles falam?, a questão é: eles sofrem?"(BENTHAM, 1979).

Singer aprimorou o utilitarismo e movimentou o mundo ao expor, em 1975, na obra *Animal Liberation*, a forma como os animais eram tratados em laboratórios. Segundo o filósofo australiano, o "princípio da igual consideração de interesses" constitui o preceito moral básico do conteúdo de ética e deve se estender a todos os

seres e igualmente buscados de forma a afastar o especismo discriminatório entre quaisquer espécies (SINGER, 2010).

O sentimento mundial que gradualmente surgiu no século XIX decorreu da constatação de que os recursos da natureza não são inesgotáveis, promovendo assim o início da alteração dos padrões que dirigiam a relação entre o homem e os demais elementos que se integram sistemicamente à natureza. Este posicionamento paulatinamente acarretou o abrandamento da perspectiva ecocentrista pura e favoreceu o aparecimento de novas perspectivas e campos de reflexões, dentre elas a corrente do antropocentrismo mitigado ou reformado. Esta corrente intermediária busca o equilíbrio entre os interesses humanos das atuais e futuras gerações e o respeito e a consideração por outras formas de vida, sem perder de vista o bem-estar dos animais (BENJAMIN, 2011).

A crescente preocupação mundial com o ecossistema e a preservação da vida na Terra refletiu-se no espírito da Declaração de Estocolmo de 1972, que trouxe em seu conteúdo reflexos da corrente ecocêntrica (ou biocêntrica) ao reconhecer que a tutela do homem isoladamente não seria suficiente à manutenção da vida na Terra, sendo necessária a sua interação com os demais elementos da natureza. Apesar de ainda manter o homem como destinatário principal, ao reconhecer a tutela ao meio ambiente, a Declaração viabilizou um olhar mais atento à necessidade de proteção dos elementos que integram sistemicamente todo o ecossistema (ONU, 1972).

Tal concepção harmoniza-se à perspectiva filosófica denominada "Ecologia Profunda" (*Deep Ecology*), do filósofo e ambientalista norueguês Arne Naess, cuja obra, publicada em 1972, considera que todos os elementos vivos da natureza devem ser respeitados, sendo imprescindível resguardar e promover o equilíbrio da biosfera. Em uma visão holística de mundo, o ambientalista dividiu as correntes ambientais em movimentos superficiais ou rasos, que contêm características antropocêntricas e egocêntricas, e, movimentos profundos, de caráter ecocêntrico e não antropocêntricos (NAES,1984).

A força dos movimentos não antropocêntricos motivou, em 1978 a proclamação a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Com enfoque voltado especificamente aos animais não humanos, a declaração tem como pilares o "reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais", e que isto "constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo" (ONU, 1978).

O documento, do qual o Brasil é signatário, constituiu importante mudança paradigmática na medida em que atribui valor à vida de todos os seres e sugestiona mudanças na conduta humana, a fim de resguardar a dignidade e o respeito aos demais animais (RODRIGUES, 2006).

Esta nova concepção se baseia na constatação de que a justiça social só é alcançada mediante o reconhecimento de igual dignidade a todos os seres em razão da capacidade de serem titulares de direitos (*capabilities),* que, na tese de Marta Nussbaum:

> [...] temos que enfrentar as questões da justiça envolvida em nosso tratamento dos animais não-humanos. Inúmeras vezes, as dores e os ultrajes sofridos pelos animais nas mãos dos humanos foram reconhecidos como uma questão ética; mas poucas vezes esse fato foi considerado como questão de justiça social. [...] é evidente, mais uma vez que esse problema requererá mudança teórica. (NUSSBAUM, 2013, p. 03).

Esta compreensão considera os animais não humanos como seres *sencientes* e que, portanto, possuem aptidão para titularizar e postular direitos anteriormente reconhecidos apenas às pessoas. Entre os direitos que essa nova perspectiva lhes confere destacam-se a nutrição, a liberdade, o direito de não sentir dor, de não serem cruelmente tratados nem confinados, direito de integração com o ecossistema,; todos considerados condições básicas para uma sobrevivência digna (NUSSBAUM, 2013).

O abolicionismo animal, idealizado por pelo filósofo americano Tom Regan, sustenta que todos os seres têm direito à vida e possuem direitos morais, independentemente da espécie a que pertençam. Tais direitos decorrem do princípio da igualdade que tem por características a universalidade, generalidade e imparcialidade e, portanto, alcança os não humanos. Em suas concepções, Regan deixa consignado que:

> Ser a favor dos animais, não é ser contra a humanidade. Exigir que outros tratem os animais de forma justa, conforme seus direitos postulam, não é exigir algo além ou aquém ao devido a qualquer ser humano. O movimento pelos direitos animais é parte integrante do movimento pelos direitos humanos e não oposto. Todas as tentativas de qualificá-los como anti ou contra humanos é meramente retórica (REGAN, 2004,p.133).

Logo, denota-se que, em maior ou menor grau, o antropocentrismo puro vem sendo mitigado e as teorias que tratam do tema, ainda que apresentem alguma diferença de nível ou grau de proteção, convergem no sentido de que os animais não humanos são seres sencientes e titulares de direitos em razão da sua própria existência e, enquanto dotados de emoção e sentimento, o atributo da dignidade de vida, dantes conferido exclusivamente a espécime humana, doravante alcança todas as demais.

3 BREVE HISTÓRICO DO USO DE ANIMAIS EM PESQUISAS

A reflexão teórica acerca da evolução do direito dos animais aparentemente direciona no sentido do abolicionismo animal. No entanto, no mundo fenomênico, a celeuma não é tão simples, mormente quando trata de questões inerentes à produção de proteína animal para alimentação humana e às pesquisas científicas; áreas em que o desenvolvimento tecnológico ainda não desenvolveu alternativas materialmente viáveis que viabilizem dispensar a utilização de dos animais não humanos.

A experimentação animal, de caráter científico- pedagógica, consiste principalmente em pesquisas laboratoriais que vão desde os estudos acadêmicos nas universidades até os testes com drogas, cosméticos, produtos de limpeza, higiene e práticas médicas como o treinamento cirúrgico, transplante de órgãos, experimentos na área de psicologia, testes de toxicidade alcoólica e tabaco, dissecação, dentre outros.

Esta prática vem sendo difundida desde os anos 50 a.C., quando Hipócrates, fundador da anatomia comparada, relacionou o aspecto de órgãos humanos doentes com o de animais e, com finalidade claramente didática, dissecou mais de 50 espécies de animais. Seus sucessores, Alcmaeon (500 a.C.), Herophilus (330-250 a.C.) e Erasistratus (305-240 a.C.), anatomistas, realizavam vivissecções animais com o objetivo de observar estruturas e formular hipóteses sobre seu funcionamento. Com objetivos experimentais acerca do sistema circulatório, em Roma, Galeno (129-210 d.C.) foi o primeiro a realizar vivissecção, ato de dissecar um animal vivo com o propósito de realizar estudos de natureza anatomofisiológica (GOLDIM,1997).

A partir do século XVII, René Descartes, expoente da corrente antropocêntrica pura, afirmou que animais não tinham alma tampouco possibilidade de sentirem dor, ampliando assim a diferença entre eles e o homem, reduzindo-os a meros instrumentos e objetos de experiências científicas. Já em 1638, o médico britânico William Harvey (1578-1657) realizou estudos experimentais em mais de oitenta espécies de animais sobre a fisiologia da circulação, publicando a importante obra *Exercitatio anatômica de motu cordis et sanguinis in animalibus* que aborda o movimento do coração e do sangue nos animais (CHALFUN; OLIVEIRA,2009).

O estudo experimental com animais também deu azo à interessante descoberta de John Hunte, em 1728, que desvendou a circulação colateral nos casos de aneurisma, permitindo a ligadura da artéria logo acima do saco aneurismático. Suas pesquisas permitiram também a descoberta dos canais lacrimais e a utilização da sonda nasogástrica para alimentação enteral (GOLDIM, 1997).

Sobre glicogênese hepática e a função exócrina pancreática na digestão, o fisiologista francês Claude Bernard usou o cachorro de estimação da sua filha para dar aula aos seus alunos, ao argumento de que:

> Nós temos o direito de fazer experimentos animais e vivissecção? Eu penso que temos este direito, total e absolutamente. Seria estranho se reconhecêssemos o direito de usar os animais para serviços caseiros, para comida e proibir o seu uso para a instrução em uma das ciências mais úteis para a humanidade. Nenhuma hesitação é possível; a ciência da vida pode ser estabelecida somente através de experimentos, e nós podemos salvar seres vivos da morte somente após sacrificar outros. Experimentos devem ser feitos tanto no homem quanto nos animais. Penso que os médicos já fazem muitos experimentos perigosos no homem, antes de estudá-los cuidadosamente nos animais. Eu não admito que seja moral testar remédios mais ou menos perigosos ou ativos em pacientes em hospitais, sem primeiro experimentá-los em cães; eu provarei, a seguir, que os resultados obtidos em animais podem ser todos conclusivos para o homem quando nós sabemos como experimentar adequadamente (BERNARD, 1965, p.318).

Já na década de 1960, após uma casualidade observada quando da realização do implante de um artefato de titânio na perna de um coelho, o biólogo sueco Per-Ingvar Branemark descobriu a osteointegração, que revolucionou a ortopedia, odontologia e a cirurgia crânio-maxilo-facial. O desenvolvimento de técnicas de troca de válvulas cardíacas (cateterismo) empregando endopróteses vasculares, por sua vez, só foi possível em razão de pesquisas em suínos (VAENA, 2013).

Na contemporaneidade, pesquisas da Fundação Osvaldo Cruz (FIOCRUZ), apontam que, atualmente, o número de animais utilizados em pesquisa nos Estados Unidos da América (EUA) flutua entre sete e setenta milhões por ano, tendo-se apurado, já em 1993, que o Departamento de Defesa norte-americano tenha gastado em torno de US$180.000.000,00 em experimentação animal. Dentre as pesquisas que se valem de animais, encontram-se as realizadas nos laboratórios das Universidades para a formação profissional e acadêmica, também aquelas realizadas pela indústria química na formulação e produção de cosméticos e medicamentos, experiências comportamentais e até com álcool e tabaco (BATALHA, 2017).

Os adeptos das teorias ecocêntricas e abolicionistas argumentam que os avanços na medicina e na ciência não justificam e nem autorizam a submissão dos animais não humanos aos maus-tratos e aos meios cruéis, como os choques elétricos, privação de comida e de sono, além de envenenamento e outras práticas experimentais cruéis. Desta forma, direcionam críticas severas às práticas científicas, acadêmicas e mercadológicas que se utilizam de cobaias animais.

Entretanto o posicionamento mais razoável nos parece ser aquele que busca entender se aquelas atividades se encontram dentro do limite do ético e se existem outras formas de obter resultados científicos e acadêmicos satisfatórios sem a realização de atos cruéis contra animais.

Neste sentido, surge a bioética que, em consonância com os primados dos direitos humanos *lato sensu* vem determinar que toda intervenção científica deve se sujeitar a preceitos éticos fundamentais a fim de resguardar a aplicação da justiça a todos os seres (DALLARI, 1998).

4 BIOÉTICA E O DIREITO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

De origem grega, o termo *Bio* significa vida, sendo utilizado em palavras que tenham alguma relação com os seres vivos. Também derivada do vocábulo grego *ethos*, a palavra ética é um termo genérico que abrange várias formas de se entender e analisar a vida moral enquanto conjunto de valores, costumes e convenções sociais sobre o comportamento comum de um grupo de indivíduos em determinado tempo e espaço (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Literalmente traduzida como a ética da vida, a bioética é compreendida doutrinariamente como: "o estudo sistemático de caráter multidisciplinar, da conduta humana na área das ciências da vida e da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais" (CLOTET, 1993, *on line*).

O estudo da bioética foi fomentado pelo progresso científico e tecnológico ocorrido em meados do século XX e se converteu em um dos fatores mais importantes do desenvolvimento da sociedade contemporânea, sendo reconhecido como um meio de obter melhores condições de vida dos povos e das nações, além de subordinar o crescimento econômico aos valores superiores relacionados à vida e à dignidade dos seres vivos, já que os avanços tecnológicos criaram novas possibilidades de interferência na vida humana e animal, com inúmeros riscos e irreversíveis prejuízos aos seres e à natureza (DALLARI, 1998).

Sendo assim, considerando que a evolução científica recaiu sobre temas polêmicos relacionados à vida (aborto, eutanásia, reprodução assistida, terapia gênica, clonagem, pesquisa com células-tronco, e outros), e que ela passou a ser reconhecida como um direito humano fundamental, emergiu a necessidade de reflexão sobre os impactos dessas inovações sobre os seres vivos, à luz da ética (DALLARI, 1998).

Esta necessidade levou a ONU a proclamar, no ano de 1975, a Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício

da Humanidade, com o objetivo de evitar consequências negativas dos progressos científicos e tecnológicos. Assim, em seu artigo 6º a Declaração prescreveu que: "todos os Estados adotarão medidas eficientes, inclusive de ordem legislativa, para impedir e evitar que os avanços científicos sejam utilizados em detrimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais da pessoa humana" (ONU, 1975).

Esta inquietude ética em relação aos progressos científicos e tecnológicos relacionados à vida, sobretudo a humana, também fez com que em 1993 fosse criado o Comitê Internacional de Bioética (CIB), cuja finalidade foi tratar de questões relacionadas à evolução das pesquisas cientificas e à garantia de respeito aos princípios da dignidade e da liberdade da pessoa humana (ONU, 1978).

Estes mesmos "dilemas e controvérsias que a ciência e a tecnologia apresentam à espécie humana e ao meio ambiente" deram origem à Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de outubro de 2005, que tratou das "questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais." O documento considera "que os seres humanos são parte integrante da biosfera, com um papel importante na proteção um do outro e das demais formas de vida, em particular dos animais" (ONU, 2005).

A bioética, então, começa a ter maior abrangência e, nos dizeres de Clotet:

> Com o termo Bioética tenta-se focalizar a reflexão ética no fenômeno da vida. Constata-se que existem formas diversas de vida e modos diferentes de consideração dos aspectos éticos com elas relacionados. Multiplicaram-se as áreas diferenciadas da Bioética e os modos de serem abordadas. A ética ambiental, os deveres para com os animais, a ética do desenvolvimento e a ética da vida humana relacionada com o uso adequado e o abuso das diversas biotecnologias aplicadas à medicina são exemplos dessa diversificação (CLOTET, 1997, *on line*).

Essa extensa abrangência revela que a preocupação da bioética se relaciona com o mesmo objeto dos direitos humanos, qual seja, a vida digna em quaisquer de suas formas e, portanto, aplica-se indistintamente a todos os titulares de direito. Nesta perspectiva, são princípios consagrados da bioética, a saber: autonomia; beneficência; não-maleficência e justiça, dos quais decorrem as normas de proteção aos direitos humanos consagrados nos instrumentos de direito internacional, sendo lícito afirmar que a bioética consiste em um instrumento hábil para a efetivação dos direitos humanos em sua interpretação mais ampla, alcançando também os animais não humanos.

5 OS TRÊS ERRES, A LEI AROUCA E A CONJUGAÇÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS E A BIOÉTICA

Em vista do contexto delineado que compreende o direito dos animais não humanos, a importância da pesquisa científica e os primados da bioética, resta verificar de que forma o tema é atualmente enfrentado no cenário normativo e jurídico brasileiro, bem como sobre quais fundamentos se sustentam, considerando a evidente constatação de que os experimentos científico-acadêmicos continuam sendo realizados tanto em laboratórios quanto nas universidades.

Na busca de harmonizar a questão e trazer à luz um entendimento justo e menos controverso, em 1954, a *Universities Federation for Animal Welfare* (UFAW) nomeou o zoólogo e psicólogo William Russell e o microbiologista Rex Burch, para que juntos realizassem o estudo sistemático de técnicas laboratoriais, estudo este que obteve como resultado a chamada teoria dos Três Erres (3Rs), a saber: *repasce, reduce, refine*, que constituiu a base para a maioria das normas regulamentadoras da questão no Brasil e no mundo (RUSSELL; BURCH, 1959).

O *replace*, ou substituição, consiste na utilização de métodos que evitem ou substituam o uso de animais em pesquisas, dentre os quais estão a cultura de tecidos; técnicas *in vitro* e simulações por computador (RUSSELL; BURCH, 1959).

Na Universidade Federal de Uberlândia, em Minas Gerais, para o teste de corrosão de córnea por produtos farmacêuticos em contato com os olhos já se adota como método alternativo o uso de córnea de bovinos abatidos em frigoríficos, ao invés de coelhos e camundongos (SPOLAOR, 2018).

O *reduce*, ou redução, refere-se à adoção de métodos que minimizem o número de animais utilizados por estudo, possibilitando aos investigadores obter níveis comparáveis de informações a partir de um número menor de animais, seja por meio de estratégias, como a partilha de dados e recursos entre os distintos grupos de pesquisa e organizações, ou por meio da utilização de tecnologias, tais como imagens, para permitir estudos longitudinais nos mesmos animais (RUSSELL; BURCH, 1959). Na citada universidade mineira, em 2008, antes de se adotar este princípio, estima-se que eram utilizados cerca de sessenta animais por experimento. Atualmente, são utilizados aproximadamente vinte animais.

Já o *refine*, ou refinamento, pode ser obtido mediante o uso de abordagens que evitem ou minimizem a dor real ou potencial, a angústia e outros efeitos adversos experimentados a qualquer momento da vida dos animais envolvidos e que melhorem seu bem-estar, evitando danos associados à forma de criação, transporte e moradia. Sugere o uso de técnicas não invasivas, como o manejo de anestésicos e analgésicos

adequados para minimizar a dor ou o estresse sempre que possível, com intuito de preservar o físico e garantir os direitos dos mesmos (RUSSELL; BURCH, 1959).

A teoria dos 3R's, ao conferir direitos aos animais não humanos, não se filia à corrente antropocêntrica pura, mas também não adota os critérios do abolicionismo de Regan nem do utilitarismo de Singer. Os 3R's constituem um padrão intermediário entre os extremos, podendo ser entendidos como decorrente do antropocentrismo reformado ou, ainda, como uma abordagem jurídica antropocêntrica-ecológica que busca integrar valores humanos e ecológicos como duas facetas da mesma identidade jurídico-constitucional. Esta abordagem demonstra ser o "melhor caminho jurídico para a proteção ecológica, mesclando, em alguns momentos, fundamentos de matriz antropocêntrica e ecocêntrica" (SARLET,2017.p. 51).

Em consonância com o caráter antropocêntrico mitigado, ao tratar do sistema de produção animal; na Inglaterra, o relatório do Comitê Brambell, de 1965, difundiu a ideia de bem-estar animal, cujo teor consiste no respeito às chamadas cinco liberdades: os animais devem estar livres de fome e de sede; livres de desconforto; livres de dor, de maus-tratos e de doenças; livres para expressar seu comportamento natural e livres de medo, estresse e tristeza (BRAMBELL, 1965).

O que se percebe é que a fixação de parâmetros éticos quanto aos animais não humanos deve ser conduzida pelas diretrizes do bem-estar animal, pelos princípios da Teoria dos 3Rs e também pela já mencionada Declaração Universal dos Direitos do Animais, cujo artigo 8º afirma que: "a experimentação animal, que implica em sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas"(ONU, 1978).

Estes instrumentos repercutiram na formação da legislação vigente no Brasil, cujo espírito, já consagrado no art. 225, III da Constituição Federal, é o de promoção da tutela dos animais de forma genérica, estabelecendo o dever de: "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade" (BRASIL, 1988).

Convergindo com o pensamento constitucional, o art.32 da Lei n.º 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) tipificou o abuso e maus-tratos a animais como crime e estabeleceu penas que também alcançam: "quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos" (BRASIL, 1988).

Porém, o marco do uso científico de animais no Brasil foi a Lei nº. 11.974/08 (Lei Arouca) que considerou como pesquisa científica aquelas "relacionadas com ciência básica, ciência aplicada, desenvolvimento tecnológico, produção e controle

da qualidade de drogas, medicamentos, alimentos, imunobiológicos, instrumentos, ou quaisquer outros testados em animais[...]" (BRASIL, 1988).

A Lei supracitada implementou o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA), ligado ao Ministério da Ciência e Tecnologia, cuja função é expedir e fazer cumprir normas relativas à utilização humanitária de animais com finalidade de ensino e pesquisa cientifica, bem como a criação de Comissões de Ética Institucionais ao Uso de Animais (CEUA) com a finalidade de controlar as atividades de ensino e pesquisa que estejam ocorrendo nas Universidades. A competência do conselho é prevista no artigo 6º da Lei Arouca, que assim dispõe:

> I- formular e zelar pelo cumprimento das normas relativas à utilização humanitária de animais com finalidade de ensino e pesquisa científica;
> II- credenciar instituições para criação ou utilização de animais em ensino e pesquisa científica;
> III- monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam a utilização de animais em ensino e pesquisa;
> IV- estabelecer e rever, periodicamente, as normas para uso e cuidados com animais para ensino e pesquisa, em consonância com as convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário;
> V- estabelecer e rever, periodicamente, normas técnicas para instalação e funcionamento de centros de criação, de biotérios e de laboratórios de experimentação animal, bem como sobre as condições de trabalho em tais instalações;
> VI- estabelecer e rever, periodicamente, normas para credenciamento de instituições que criem ou utilizem animais para ensino e pesquisa (BRASIL, 1988, *online*).

O dispositivo acima transcrito demonstra que legislação Brasileira não veda a utilização de animais em pesquisas, limitando-se apenas a estabelecer hipóteses e critérios para tanto, bem como instituiu órgãos e instrumentos para fiscalização e aplicação de sanções aos infratores da lei.

Pelos ditames da norma, são criminalizadas as condutas que causem sofrimento aos animais não humanos. Porém, não há vedação à prática de experimentação animal para fins científicos e pedagógicos. Este pensamento é exteriorizado nas decisões do judiciário brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 925.553-RJ entendeu ser legítima a prática de vivissecção, principalmente com finalidade acadêmica em cursos universitários.

> DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIVISSECÇÃO. LEGALIDADE DA

> PRÁTICA. MAUS TRATOS DE ANIMAIS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.
> [...]
> 3.Não se pode impor à instituição de ensino métodos alternativos, incumbindo somente à UFRRJ definir sua grade curricular, observadas as diretrizes e bases da educação superior, de modo a melhor transmitir aos alunos profundo conhecimento das disciplinas, inexistindo óbice legal à utilização de animais para fins didáticos ou científicos, em todo o território nacional, desde que observadas as leis de regência, que vedam a prática de infligir aos animais, desnecessariamente, elevado grau de agressão, dor e angústia.
> 6.Agravo retido não conhecido e apelação desprovida. (Supremo Tribunal Federal. Agravo retido em Recurso extraordinário nº 925.553)

O conteúdo da decisão traduz os reflexos do pensamento antropocêntrico de que os animais são instrumentos a serem utilizados em favor dos humanos, sendo necessários inclusive para a formação acadêmica, demonstrando que o entendimento que prevalece na corte constitucional brasileira é reflexo tanto da Teoria dos 3Rs quanto da Teoria do bem-estar animal. No mesmo sentido é a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, na Apelação Civil nº 5000773-69.2014.4.04.7000/PR:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIVISSECÇÃO. DEPARTAMENTO DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ.
> 1.Todos os seres que são capazes de sentir dor e sofrer devem ter seus interesses considerados e defendidos pelos animais humanos, isto é, nós. Os animais não humanos sencientes possuem, em face do Estado e do particular, direito a não serem submetidos a qualquer forma de experimentação científica ou didática (vivissecção). De outra banda, tendo em vista a liberdade de investigação científica e o direito fundamental à saúde e à melhoria da qualidade de vida, admitem-se alguns experimentos científicos com animais não humanos sencientes, garantindo que não sejam submetidos a sofrimento e observadas todas as boas práticas de manejo próprias de cada espécie.
> 2.Assim, há que ser feita a ponderação, de forma a não comprometer a saúde humana, caso fossem vedados experimentos com organismos vivos, pois tal técnica é necessária à obtenção de habilidades, pelos futuros médicos, indispensáveis para o exercício da missão de curar outros humanos. Aliás, muito provavelmente a ciência e a medicina não teriam sido desenvolvidas ao ponto que estão hoje, se não fossem utilizados organismos vivos para certas práticas do ensino nas faculdades, que demandam acompanhamento de realidades que somente podem ser verificadas com organismos vivos.
> 3.A utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa está devidamente regulamentada pela Lei nº 11.794/2008 (Lei Arouca), que estabelece os critérios éticos a serem observados nos

> procedimentos didáticos científicos com animais vivos, bem como determina que qualquer instituição legalmente estabelecida, no Brasil, que utilize animais para ensino e/ou pesquisa deve ser credenciada junto ao Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal - CONCEA.
> 4.Estando as práticas da Universidade de acordo com a legislação, é de se desprover o recurso de apelação (Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Civil nº 5000773-69.2014.4.04.7000/PR).

Ao reconhecer a legitimidade da utilização de animais como cobaias para fins didáticos ou científicos, desde que não lhe acarrete agressão, dor e angústia, o sistema normativo e o Poder judiciário brasileiro demonstram que as ideias do antropocentrismo repercutem fortemente quando se trata da primazia da proteção da vida humana.

No mundo fenomênico atual, esta afirmativa é corroborada pelo momento histórico em que emergem no planeta as mazelas decorrentes da pandemia do vírus SARS-CoV-2, que demanda o desenvolvimento de medidas globais urgentes para a tutela da vida humana, fazendo-se necessária a imediata intervenção científica para barrar os efeitos nefastos da COVID- 19. Na busca de alternativas para combater o vírus, na China, os ratos estão sendo usados como cobaias em experimentos e, na Universidade de Harvard, o vírus foi inoculado em macacos *rhesus* adultos e, dentre as conclusões que refletem na proteção do homem, há sinais que os primatas infectados se tornaram imunes ao vírus (CHANDRASHEKAR,2020).

Ocorre que, mesmo que a tutela da vida humana e a imperiosa necessidade de estancamento deste vírus, ou qualquer outra finalidade, demandem pesquisas com animais não humanos, a experimentação científica não pode se afastar dos princípios da bioética e do conceito de justiça social, de modo a permitir um consenso entre a proteção da vida humana, dos animais e a ética em pesquisa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desequilíbrio ambiental causado pelo homem decorrente do uso desregrado dos recursos da natureza, dentre eles os animais não humanos, e a constatação de que o alcance do conceito de vida digna, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, só seria obtido mediante a integração entre o homem e o ecossistema, acarretaram uma mudança de paradigma no pensamento mundial que motivou o surgimento de inúmeras correntes protetoras destes seres, que vão desde o antropocentrismo mitigado até o abolicionismo animal.

De uma banda, reconhece-se a grande contribuição que a experimentação científico-pedagógica com animais trouxe ao mundo das ciências; de outra, urge a necessidade de tutela destes seres e, na busca de balizar os interesses, surgem as teorias acerca do direito animal e a ciência da bioética. Estas constituem elementos imprescindíveis à harmonização dos valores em conflitos, a saber, a vida humana e a vida animal, considerando a impossibilidade de existência de uma sem a outra, por constituírem parte de um mesmo todo,: o ecossistema.

Das correntes que tratam do direito animal, em que pese aos robustos movimentos abolicionistas no sentido de que os animais, por serem titulares do direito à vida digna, devem ser excluídos da experimentação animal, no Brasil, a legislação e as decisões judiciais apresentam forte tendência à adoção antropocentrismo mitigado, ao reconhecer que inúmeras descobertas que hoje beneficiam o homem e os animais foram provenientes da experimentação animal, sendo estes seres imprescindíveis à ciência, desde que não sejam submetidos a tratamento cruel e desumano e que se atente ao seu bem-estar.

Por sua vez, a Bioética, enquanto ciência que trata da ética da vida, ao estabelecer parâmetros para a utilização de seres vivos em pesquisas técnicas e científicas, estende seu alcance não apenas à existência humana, mas inclui em seu conteúdo os animais não humanos, atualmente reconhecidos como seres sencientes e titulares do direito a uma vida digna.

Os princípios da Bioética que versam sobre a proteção animal, em vários pontos, convergem com as teorias mais recentes do direito animal, mas não com a abolicionista pura, pois procura o equilíbrio entre as pesquisas e a dignidade dos animais não humanos.

A par do estudo realizado, restou evidenciado que permanecem as ideias de subserviência e instrumentalização animal, mas que os extremismos verificados no passado não possuem mais respaldo, sendo inclusive objeto de tipificação penal.

Tanto as correntes que buscam o reconhecimento dos animais não humanos como titulares de direito à vida digna quanto os princípios da bioética demonstram avanço no processo de evolução do ser humano em sua tendência dominadora e, neste contexto, a bioética assume importância primordial ao propor formas de balizamento dos interesses cujos reflexos atingem a todos os seres vivos, tanto desta quanto das futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **A Política.** Coleção Fundamentos de Filosofia, Editora: Martin Claret, 2007, disponível em: http://lelivros.love/book/baixar-livro-a-politica-aristoteles-em-pdf-epub-e-mobi/ Acesso em 05 de fev. 2020.

BATALHA, Elisa. **Uso de animais em pesquisa abrange desafios éticos e compromisso com novas tecnologias.** Revista Radis, 2017**.** Disponível em:https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fyEJWuYvMPgJ:https://portal.fiocruz.br/noticia/uso-de-animais-em-pesquisa-abrange-desafios-eticos-e-compromisso-com-novas-tecnologias+&cd=10&hl=pt-BR&ct= clnk&gl =br. Acesso em: 07 de fev. de 2020.

BEAUCHAMP TL, Childress JF. **Princípios de ética biomédica.** Edição Brasileira. Revista Edições Loyola, São Paulo, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman. **A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso.** 2011. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12016. acesso em 20 de fev. de 2020

BENTHAM,Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação, 1789. Coleção Os Pensadores. 2ª. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BERNARD, Caude. **Introduction a l'étude de la** médecine expérimentale. Preface de François Dagonet. Paris: Flammarion, 1965.

BÍBLIA, A. T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada Católica**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

BRAMBELL, F. W. R. **Report of the technical committee to enquire into the welfare of animals kept under intensive husbandry systems**. London: Her Majesty´s Stationary Office, 1965.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

_____, Planalto. **Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Lei de crimes ambientais.**

_____, Planalto. **Lei nº. 11.974, de 08 de outubro de 2008 – Lei Arouca.**

_____, Supremo Tribunal Federal. **Agravo retido em RE nº 925.553.** Disponível em: //WWW.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?is=310871978&tipoApp=. pdf.Acesso em: 02 de fev. de 2010

_____, Tribunal Regional da 4ª Região do Paraná. **Apelação Cível nº.** 50007736920144047000–PR. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil. com.br / jurisprudencia /429383871/apelacao-civel-ac-5000773692014 4047 000-pr-5000773-6920144047000/inteiro-teor-429383882. Acesso em: 02 de fev. de 2020.

CHALFUN, Mery; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Experimentação animal: por um ratamento ético e pelo biodireito**. **Encontro Nacional do CONPEDI**, v. 18, 2009. Disponível em: http://www.revistabioetica. cfm. org. br/index.php/ revista_bioetica/article/view/196. Acesso em: 05 de fev. de 2020

CHANDRASHEKAR, Abishek et al. **SARS-CoV-2infection protects against rechallenge in rhesus macaques.**Science, 2020. Disponível em: https://www. harvard.edu/searches?searchtext=covid%20monkeys#gsc.tab=0&gsc.q=covid%20 monkeys&gsc.page=1. Acesso em: 05 de jun. de 2020

CLOTET, Joaquim. Por que **Bioética. Revista Bioética**, v. 1, n.1, 1993. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica /article/view/474. Acesso em 10 de fev, 2020

_____. **Bioética como ética aplicada e genética. Revista Bioética**, v. 5, n. 2, 1997. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index. php/revista_bioetica/ article/view/381. Acesso em 10 de fev, 2020

DALLARI, Dalmo de Abreu**. Bioética e direitos humanos.** In:Iniciação à Bioética. Brasília**:** Conselho Federal de Medicina, 1998. Disponível em: http:// www. portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica /ParteIIIdireitoshumanos. htm. Acesso em: 05 de fev. de 2020

GOLDIM, José Roberto; RAYMUNDO, Mocellin Marcia. **Aspectos históricos da pesquisa com animais. Revista Pesquisa em Saúde e os Direitos dos Animais**, 2. ed. Porto Alegre: HCPA, 1997. Disponível em: https://www.ufrgs.br/bioetica/ animprin.htm. acesso em 10. fev, de 2020

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução de Paulo Quintela, 70ª ed., Editora: Lisboa, 2007.

LEVAI, L. F. Ética ambiental biocêntrica: **pensamento compassivo e respeito à vida.** Jus Humanum: revista eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais, v. 1, n. 1 (2011). Disponível em: http://revistapos.cruzeirodosul.edu.br/index.php/jus_humanum/article/view/26/16. Acesso em: 04 de fev. de 2020.

NÆSS, Arne and **Sessions,George**. **Basic Principles of Deep Ecology**, The Anarchist Library, 1984

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espéci**e. São Paulo, Editora: WMF Martins Fontes, 2013.

ONU - ORGANIZAÇAO DAS NAÇÕES UNIDAS **Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente Human**o. Estocolmo, 1972. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/ Acesso em: 13 fev. 2020.

_____ORGANIZAÇAO DAS NAÇÕES UNIDAS**. Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidad**e, 1975. Disponível em:https://nacoesunidas.org/. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____ORGANIZAÇAO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos direitos dos Animais,** 1978. Disponível em:https://nacoesunidas.org/. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____ORGANIZAÇAO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Disponível em: https://nacoesunidas.org/agencia/unesco/. Acesso em: 13 fev. 2020.

REGAN, T. **The case for animal rights.** Los Angeles: University of California Press, 2004.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O direito e os animais:** uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2.ed. Curitiba, Editora: Juruá, 2012.

RUSSELL, William Moy Stratton; BURCH, Rex Leonard. **The Principles of Human Experimental Technique.** Methuen,1959. Disponível em: https//caat.jhsph.edu/

principles/the-principles-of-humane-experimental-technique Acesso em: 05 de fev. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfang, FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Constituição. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** 5. Ed,ver,atual.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SINGER, P.A. **Libertação Animal**. Tradução de Marly Wincker e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SPOLAOR, Natália **A utilização de animais nas pesquisas científicas da** Universidade Federal de Uberlândia – UFU, 2018. Disponível em: http://www.comunica.ufu.br/noticia/2018/09/utilizacao-de-animais-nas-pesquisas-cientificas-da-ufu. Acesso em 03 de mar. de 2020.

VAENA, Michel Luciano HT et al. **Aspectos históricos da cirurgia experimental animal e sua importância no desenvolvimento da Cirurgia.Revista Brazilian Journal of Veterinary Medicine**, v. 35, n. supl. 1, 2013. Disponível em http://rbmv.org/index.php/BJVM/article/download/641/504/. Acesso em 20 fev. de 2020.

VITIMOLOGIA CORPORATIVA: UMA VIA PARA JUSTIFICAR A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS?

CORPORATE VICTIMOLOGY: A WAY TO JUSTIFY THE CORPORATE CRIMINAL LIABILITY?

JOSÉ ANTONIO FERREIRA DA ROCHA SILVA[1]
MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA[2]

RESUMO

Com o crescimento dos processos industriais, o número, o *status* e o papel das pessoas jurídicas aumentaram. Como consequência, o sistema de justiça formatou ferramentas de controle social que mitigassem comportamentos corporativos danosos. Vendo, ainda, que a atividade de empresa pode lesionar os bens mais caros à comunidade, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi proposta em oposição ao entendimento clássico de que *societas delinquere non potest*. Dentre as teses partidárias desse modelo de reprovação, a vitimologia corporativa se apresenta como um campo do estudo criminológico capaz de reforçar o compromisso dos Estados em formular estratégias de controle social corporativo mais sofisticadas, a partir da ideia de que a vítima deve ser o centro da legitimação do sistema de justiça criminal. Sem desconhecer sua importância científica, este artigo examina se de fato a vitimologia pode embasar a responsabilidade penal de empresas, confrontando suas ponderações com a teoria da pena (segundo Luís Greco). O raciocínio é: para se alegar o emprego de reprimenda criminal, primeiro é mister conferir se os parâmetros da teoria da pena restam atendidos; do contrário, não há sentido falar em pena dirigida à pessoa jurídica. O método de pesquisa utilizado é a revisão bibliográfica, com a análise de livros e publicações periódicas científicas, bem como a pesquisa do tipo documental, com levantamento de algumas normas e decisões judiciais relacionadas à matéria. Após o estudo, foi confirmado que a vitimologia corporativa não é apta para justificar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Vitimologia Corporativa. Pena.

1 Mestrando pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). E-mail: jantoniorocha@outlook.com. https://orcid.org/0000-0002-6258-8765.

2 Doutora em Direito Público pela UFPE. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professora Titular da graduação em Direito Tributário e de Administrativo do UNIPÊ. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Email: maria.fernandes@unipe.edu.br

ABSTRACT

With the growth of industrial processes, the number, status and role of corporates increased and, as a consequence, the justice system formatted social control tools that mitigated harmful corporate behaviors. Seeing, furthermore, that the activity of a company can damage the most expensive goods of a community, the corporate criminal liability was proposed in opposition to the classic understanding that societas delinquere non potest. Among the partisan theses of corporate criminal liability, corporate victimology presents itself as a field of criminological study capable of reinforcing the commitment of states to formulate more sophisticated corporate social control strategies, based on the idea that the victim should be the center of the legitimation of the criminal justice system. Without ignoring its scientific importance, this article examines whether victimology can actually underpin the criminal liability of companies, confronting their considerations to the theory of punishment (according to Luís Greco). In order to claim the use of criminal reprimand, first is necessary to check whether the parameters of the theory of the penalty remain met, otherwise there is no point in talking about punishment directed at corporates. The research method used is the bibliographic review, with the analysis of books and periodic scientific publications, as well as documentary research, with the survey of some norms and judicial decisions related to the matter. After the study, it was confirmed that corporate victimology is not able to justify the criminal liability of legal entities.

Keywords: Corporate Criminal Liability. Corporate Victimology. Criminal Penalty.

1 INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de esmiuçar todos os pressupostos favoráveis e desfavoráveis a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica (RPPJ) – um dos mais longevos e polêmicos debates das Ciências Criminais –, o presente artigo analisa os fundamentos científicos de um de seus argumentos simpatizantes: a vitimologia corporativa.

Esse novo campo do estudo criminológico reconhece a vítima como o centro da legitimação do sistema de justiça e, especificamente na criminalidade de empresa, intenta reforçar o compromisso do Estado no incremento de estratégias mais sofisticadas de controle social, com vistas ao protagonismo das vítimas em relação ao comportamento corporativo danoso. Nessa ótica, observando que a atividade de empresa pode lesionar os bens mais caros à comunidade, a vitimologia propõe a superação do entendimento clássico da *societas delinquere non potest*, haja vista que um juízo de reprovação penal em desfavor de pessoas jurídicas asseguraria mais garantias às vítimas do que outros âmbitos do Direito, como o Administrativo e o Cível.

No entanto, o emprego da sanção de caráter criminal – seja ou não limada por interesses das vítimas – não pode desrespeitar pressupostos da teoria da pena, sem os quais o anseio por novas técnicas de controle social corporativo implicaria na descaracterização do sistema criminal. Por isso, o presente artigo se propõe a avaliar se a proposta criminológica guarda conformidade com a teoria dogmática mencionada, perquirindo se lhe há elementos científicos suficientes para respaldar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

O estudo funda-se, majoritariamente, nas lições de Saad-Diniz e de Luís Greco, e está dividido em três tópicos, além desta introdução e da conclusão. O primeiro tece o panorama da responsabilidade penal da pessoa jurídica; o segundo apresenta a vitimologia corporativa de acordo com as lições de Eduardo Saad-Diniz; e o terceiro trata da teoria da pena à luz das reflexões de Luís Greco.

O método de pesquisa utilizado foi_a revisão bibliográfica, com a análise de livros e publicações periódicas científicas, bem como a pesquisa do tipo documental, com levantamento de algumas normas e decisões judiciais relacionadas à matéria.

2 PANORAMA DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

A noção de responsabilidade não é exclusiva da Ciência do Direito. Trabalhada igualmente pelos campos da ética, da religião e da moral, adquire sentidos próprios em cada um desses espaços, embora resguarde sempre um aspecto essencial: "a responsabilidade é um mecanismo de resposta ou reação a uma violação da lei ou do contrato, à determinada falha ou desvio de conduta humana ou uma consequência por uma lesão perpetrada" (WALD; GIANCOLI, 2012).

Quanto à etimologia, Gonçalves (2012) salienta que a raiz do vocábulo advém dos termos latinos *spondeo* e *respondere*; o primeiro designa o vínculo do devedor nos contratos verbais e o segundo encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado[3].

No plano jurídico, a responsabilidade surge a partir da violação de um dever, pois cuida de uma repercussão obrigacional derivada (sucessiva), respaldada no princípio fundamental da proibição de ofender direito alheio (*neminem laedere*) (WALD; GIANCOLI, 2012). O responsável, por ter violado um dever jurídico, incorre nas consequências previstas pelo ordenamento, podendo, inclusive, ser compelido a restaurar o *status quo ante* (GONÇALVES, 2012).

3 Já de acordo com o sítio Origem da Palavra, "Responsabilidade" vem do latim *responsus*, particípio passado de *respondere*, "responder, prometer em troca", de RE-, "de volta, para trás", mais SPONDERE, "garantir, prometer". A desinência "-dade" é um sufixo formador de substantivos abstratos derivados de adjetivos, nada tem a ver com "habilidade". Consulta: https://origemdapalavra.com.br/?s=responsabilidade. Acesso em: 17 de março de 2020.

Não deve ser confundida com a obrigação, pois esta denota o vínculo jurídico inicial que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. A obrigação é sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Duas categorias de responsabilidade se destacam: a civil e a penal. Os romanos (até a *Lex Aquilia*) não as distinguiam, haja vista que tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano. Hodiernamente, em que pese não existir diferença ontológica entre elas, são diferenciadas de acordo com a natureza da norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente e a consequente obrigação de reparar. Trata-se, segundo a doutrina, de uma diferença na intensidade da repercussão da sanção imposta pela violação do dever jurídico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

A responsabilidade penal atina para a possibilidade de sujeição do agente ativo de uma conduta típica aos ditames legais do sistema criminal de determinado ordenamento. Sua estrutura tem por referência um indivíduo que pratica um comportamento proibido por uma norma penal, cuja prática poderia ser evitada (ESTELLITA, 2017, p.37) e, como resposta à ação/omissão do agente, o Estado (detentor do *jus puniendi)* recorre, usualmente, ao encarceramento desse sujeito.

Feuerbach e Savigny defendiam ser impossível associar a pessoa jurídica à estrutura da responsabilidade penal, posto a inaptidão "natural" de ação e a carência de capacidade de culpabilidade desses entes (BITENCOURT, 2008, p. 231). Nessa linha de pensamento, doutrina sustentava que as corporações, sem alma para educar nem corpo para punir[4], não poderiam praticar delitos, tampouco seriam passíveis de punições criminais, rechaçando a RPPJ por meio do aforismo latino *societas delinquere non potest*.

A recusa era igualmente influenciada pelas teorias sobre as pessoas jurídicas, como no argumento de Savigny de que elas constituem criação artificial da lei (teoria da ficção), sem vontade própria ou consciência, uma "realidade" puramente conceitual; que existia apenas para disciplina dos interesses, em última instância, de homens e mulheres "reais" (COELHO, 2012).

Havia também arguição de substrato histórico em desfavor da RPPJ. No Antigo Regime, período que antecedeu a Revolução Francesa, as sanções criminais eram, em regra, desproporcionais e cruéis. Os ideais libertários da revolução atentaram para a necessidade de um sistema penal mais humano (BITENCOURT, 2008, p. 36), lastreado na valorização do homem e do livre-arbítrio humano. Nesse sentido,

4 "*La personne morale n'ayant pas d'âme à éduquer, ni corps à punir, ne pouvait devenir sujet actif de l'infraction*" (DELMAS-MARTY; MINGXUAN, 1997, p. 172). É o que também se extrai da expressão inglesa "*no soul to damn, no body to kick*" (COFFEE, 1981, p. 386/459)

foi atrelada à responsabilidade penal a ideia de que o homem é um ser normal, mas que se valeu do livre-arbítrio para cometer um crime. Dito de outro modo, o delinquente é alguém que poderia orientar seu comportamento de acordo com a lei, contudo escolheu a criminalidade. Essas teses faziam frente à RPPJ, uma vez que as corporações não possuem livre-arbítrio. Somente os integrantes das sociedades praticavam delitos e, como consequência, apenas estes poderiam/deveriam sofrer reprimendas.

Gize-se que a compreensão antagônica à RPPJ teve maior vigor nos países de *civil law*, pois, nos de *common law,* cujos sistemas de justiça são fundamentados em precedentes legais, vige outra lógica de responsabilidade criminal[5]. De acordo com Delmas-Marty e Mingxuan (1997, p. 171), desde meados do século XIX, os juízes ingleses estabeleceram que as corporações eram responsáveis pelas infrações cometidas pelos seus empregados no exercício de função.

O ordenamento brasileiro, de *civil law*, afastava a responsabilidade penal empresarial, observando que os atos dos agentes morais não constituiriam "ação" em sentido jurídico-penal, tampouco seria possível sancioná-los da mesma maneira que as pessoas naturais. No entanto, essa posição foi afrontada pelo crescimento da criminalidade econômica[6] e a identificação do uso de pessoas jurídicas para a prática de ilícitos.

Com o crescimento exponencial dos processos industriais, o número, o status e o papel das pessoas jurídicas aumentaram, trazendo a reboque o debate sobre a necessidade de novas medidas político-criminais. Shecaira (2011, p. 25) leciona que, a partir da Revolução Industrial, nasceram teses a respeito da criminalidade dos centros agregadores de mão de obra, visto que a empresa havia se tornado um dos nódulos essenciais do modo de ser das comunidades das atuais sociedades pós-industriais.

As corporações, antes compreendidas apenas como um lugar por onde a criminalidade se desencadeava, passaram a ser o *topos* de onde a criminalidade, especialmente a econômica, poderia advir (SHECAIRA, 2011, p. 25). Por essa razão, emergiram novas teorias nos círculos do direito penal internacional, arrimadas no juízo de que, para compreender a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não se deveriam tomar como critério as estruturas clássicas da dogmática criminal,

5 A adoção da RPPJ não é unanime em todas as regiões de *common law*, pois, por exemplo, nem todos os estados norte-americanos a adotam (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 431).

6 Estellita define: "a criminalidade econômica, entendida como fenômeno da prática de crimes conectados de alguma forma ao exercício da atividade econômica, pode-se distinguir entre práticas associadas à atividade econômica organizada em empresa (crimes financeiros, por exemplo) ou práticas alheias a esse contexto (crimes tributários praticados pelo contribuinte individual, por exemplo). As primeiras são as mais frequentes e podem ainda ser subdivididas em criminalidade na empresa, criminalidade de empresa e empresa ilícita. A subdivisão serve a melhor identificação das dificuldades para a imputação penal de práticas delitivas em cada um dos âmbitos" (2017, p. 34).

devendo-se, na verdade, ter em vista a indispensabilidade da proteção à ordem econômica e social, em uma percepção utilitária sobre a proteção aos bens jurídicos (MINGXUAN *et al,* 1997, p. 173).

Nessa senda, independente da natureza, sendo ou não meras ficções, dizia-se ser evidente que as pessoas jurídicas concentravam potencial necessário para lesar – ou ao menos pôr em risco – os bens jurídicos mais caros à sociedade, restando, por conseguinte, imperiosa a intervenção do Direito Penal. A responsabilidade penal das pessoas coletivas seria, então, a manifestação mais viva da tendência de considerar a personalidade jurídica não mais como uma realidade da técnica jurídica, mas como uma realidade física[7] e orgânica (WESTER-OUISSE, 2009, p. 63)[8].

No Brasil, para defender a responsabilidade penal da empresa, a doutrina formulou interpretações à Constituição Brasileira de 1988; com base nos artigos 173, § 5º[9], e 225, § 3º[10], em relação aos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como nas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. Ademais, a Lei n° 9.605/98, além de sanções administrativas, cominou punições criminais às pessoas coletivas em razão de atividades lesivas ao meio ambiente.

Para Milaré (2016, p. 301), existiria uma tendência do Direito Penal moderno de superar o caráter meramente individual da responsabilidade penal, sobretudo em relação aos delitos ambientais. Semelhantemente, tribunais brasileiros, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça[11], propuseram que a RPPJ estaria respaldada na manifesta dinamicidade da Ciência Jurídica, orientada à proteção do meio ambiente "equilibrado".

Santos (2008, p. 436), no entanto, assegura que não há permissivos explícitos à RPPJ na Constituição de 1988, mas sim falha de interpretação semântica de parte

---

7 Jenifer Hil (2003, p. 7) argumenta: "*Criminal liability for corporations has long been recognised, and would appear to be a logical consequence of accepting the corporation as a "legal person". Legal personification of the corporation was originally used as a technique to accord autonomy to corporations — the legal person was, in the 19th century, "a fiery fighter for political and economic freedoms against government regulation". If legal personification entailed the ability to possess inherent rights, it also carried with it the capacity to bear duties. Indeed, it has been argued that the debate on corporate personality for the purposes of determining rights of corporations is now obsolete and the new challenge and focus of debate for contemporary industrialised societies is to ensure corporate responsibility and accountability*".

8 É o que se pode extrair da tradução (livre) do seguinte trecho: « *La responsabilité pénale des personnes morales est la manifestation la plus vive de la tendance actuelle à considérer la personnalité morale, non plus comme une réalité de la technique juridique, mais comme une réalité physique, organique. Il s'agit là d'une dérive qui prend tout son sens dans la crise économique actuelle car les mêmes confusions notionnelles en sont à l'origine* ». (WESTER-OUISSE, 2009, p. 63)

9 Artigo 173, § 5º, CF/1988 – A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

10 Artigo 225, § 3º, CF/1988 – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

11 Recurso Especial nº 564.960/SC, rel. Min. Gilson Dipp, D. J. de 13/06/2005.

da doutrina. A seu ver – entre outros argumentos –, a "responsabilidade" citada no artigo 173, §5°, CF/1988, não se dirige aos campos criminais, e sim apenas ao administrativo e ou cível. Outrossim, no artigo 225, as palavras "condutas" e "atividades", de significados distintos, são empregadas no texto constitucional para tecer correlações diferentes: "condutas" liga-se a "pessoas físicas", as quais podem incorrer, indistintamente, em sanções penais e/ou administrativas; lado outro, "atividades" se refere a "pessoas jurídicas", que, diante das próprias limitações orgânicas, quando provocam lesões ao meio ambiente, somente se sujeitarão a sanções de ordem administrativa.

São inúmeras alegações partidárias e oposicionistas a essa forma de responsabilidade penal. Aliás, segundo Estellita (2008, p. 205), Bernd Schünemann classificou o tema como o mais instigante de toda dogmática. Assim, sendo impossível o elenco de todas as argumentações doutrinárias neste espaço, este ensaio se limitará, no tópico seguinte, ao estudo de uma das propostas simpatizantes à reprovação criminal das empresas, a vitimologia corporativa.

3 VITIMOLOGIA CORPORATIVA SEGUNDO SAAD-DINIZ

Este campo de pesquisa da criminologia foi originalmente desenvolvido por William Laufer e se dedica ao estudo das relações entre culpabilidade corporativa, dano e processos de vitimização (SAAD-DINIZ, 2020, p. 3). Almeja "encontrar pontos de integração entre ofensor e vítima, conhecer as causas da violência corporativa, como concebê-la e mensurá-la" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 148) para reforçar o compromisso dos Estados no incremento de estratégias de controle social mais sofisticadas[12].

A vitimologia corporativa entende que vivemos o protagonismo das empresas na dinâmica da vida social moderna, mas que o efeito intimidatório do Estado em desfavor das corporações (*corporate deterrence*) é inexpressivo. Por isso, pretende contribuir para a formulação de estratégias mais efetivas voltadas à redução do impacto dos comportamentos corporativos socialmente danosos (SAAD-DINIZ, 2019, p. 101).

Saad-Diniz (2019, p. 135) arrazoa que a vitimologia fornece elementos mais substanciais e mais legítimos à reprovação penal em desfavor de pessoas coletivas, com proposituras menos obsessivas pelo controle social formal e melhor desenhadas

12 São exemplos legislativos dessa abordagem criminológica o Decreto 9.571/2018, que estabeleceu as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, e a Resolução 14/2019, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, na qual se qualificam os crimes ocorridos em Mariana e na Bacia do Rio Doce como violações a direitos humanos de excepcional gravidade (SAAD-DINIZ, 2020, p. 4).

para "responder às questões de como punir, que tipo de punição, em que intensidade, e que tipo de restauração a que tipo de vítima pensada" [13].

No entanto, não fica claro por que a solução dos conflitos corporativos se dará precipuamente pela via do Direito Penal, como também não há detalhamento das impropriedades dos outros ramos do Direito para o exercício do controle social corporativo[14]. Sem falar que, mesmo na opinião de defensores da RPPJ, a imposição de uma pena só deve ter por objetivo a relevância pública, jamais objetivos pessoais (como conduzir o agente à reflexão moral do mal causado) ou objetivos privados (a exemplo do interesse da vítima na indenização ou em ver condenado aquele que cometeu contra si um delito) (SHECAIRA, 2011, p. 82)[15].

Sadd-Diniz (2020, p.3) declara, em diferentes textos, se impressionar com a resistência para a imputação de responsabilidade penal às empresas e alega haver descompromisso doutrinário a esse respeito[16]. Não sem razão, questiona por que um assaltante merece maior reprovação ética de seu comportamento do que uma multinacional que sonega ou lava fortunas, devassa ecossistemas ou sustenta a escravidão moderna, concluindo que isso se deve à insuficiência dos modelos jurídicos tradicionais perante as modernas formas de corrupção corporativa. Salienta, inclusive, que "a ausência de paradoxo regulatório com a certeza da punição das pessoas jurídicas conduz as modelações abstratas de autorregulação para um deletério estado de desacoplamento estrutural" (SADD-DINIZ, 2018, p. 10).

Porém, o autor parece superestimar a função social do Direito Penal, ao presumir que a eliminação do controle social corporativo deste ramo jurídico refletiria perda do "significado de indignação moral" (SADD-DINIZ, 2019, p. 184), fazendo crer que, mais que uma estratégia de combate a ilícitos, a sociedade carece de soluções especificamente do sistema criminal. Em verdade, o Direito Penal é, ao menos na perspectiva do Estado, uma forma de gestão política de conflitos. Não é única, tampouco a mais importante (QUEIROZ, 2011). Além disso, a evolução

13 Para Silva Sánchez (2001, p. 55), "*El fenómeno de identificación con la víctima conduce también, en el planteamiento de algunos autores, a entender la propia institución de la pena como mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito (en la denominada viktimologische Straftheorie)*".

14 São interessantes as considerações de Mello ao observar que a sanção administrativa é por muitos tratada como se fosse medida punitiva de importância secundária (2005, p. 25).

15 Saad-Diniz (2019, p. 101) se vale dessas questões de um modo diferente. O professor promove crítica às ciências criminais, demonstrando que a vitimologia oportuniza a revisão de conceitos estruturante do crime e da pena.

16 "É claro que a solução não pode ser simplista. Desde os anos 70, com Marc Ancel ou Ralph Nader, é verdade que a responsabilidade penal das empresas foi por muito tempo alimentada pelo sentimento anticorporativo. Mas fosse assim, bastaria estender o alcance da responsabilidade penal empresarial e tudo se resolveria magicamente. As lições históricas sobre a matéria são muitas e há mais entraves e difculdades de implementação do que diagnósticos dos efeitos colaterais da responsabilização às empresas. A incapacitação das políticas públicas e da comunidade local provocadas em função dos desastres ambientais tem alcance maior do que os danos colaterais, daí a necessidade de outras categorias analíticas. No caso dos desastres ambientais em contextos vulneráveis, as mineradoras estão de tal forma imiscuídas nas interações sociais, que geram elevados índices de dependência comunitária". (SAAD-DINIZ, 2020, p. 3.)

social se dirige, justamente, à redução da sistemática criminal, conforme pensava Radbruch (*apud* Roxin 2008, p. 2), em trecho que reclama transcrição literal:

> Seria portanto melhor se os benefícios que se imputam ao direito penal pudessem ser obtidos de modo socialmente menos oneroso. Dever-se-ia, assim, enxergar o direito penal como uma instituição necessária em sociedades menos desenvolvidas, fundamentada historicamente, mas que é preciso superar. Ele teria um longo passado, porém não mais um grande futuro. Tais ideias não são opiniões isoladas de alguns dissidentes, mas possuem já uma longa tradição. Assim é que, por ex., na Itália, o Projeto Ferri (1921) não utilizou o conceito de pena, e Gustav Radbruch, um dos maiores penalistas alemães da primeira metade do século, pensava que a evolução do direito penal iria "deixar para trás o próprio direito penal", transformando-o num direito de ressocialização e tutela, que seria "melhor que o direito penal, mais inteligente e humano que o direito penal".

Outros autores ensaiaram justificativas para o acionamento do Direito Penal, quase sempre observando a importância do combate aos delitos ambientais ou econômicos. Shecaira (2011, p. 106) – sem falar diretamente da vitimologia, mas sim tratando de aspectos gerais da responsabilidade penal corporativa – grifa que a necessidade de uma pena de cunho processual criminal e não de uma medida no plano administrativo ou civil advém do aspecto mais aflitivo da reprimenda penal, que propõe reprovação ética mais efetiva do comportamento sancionado, refletida na própria imagem da pessoa jurídica[17]. Na doutrina internacional, Rodrigues (2019, p. 47) entende que o Estado precisa da intervenção penal para conseguir delimitar o perímetro dos comportamentos proibidos às empresas. E o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já aduziu que a exclusão da RPPJ implicaria afastar o Ministério Público da investigação do comportamento empresarial socialmente danoso (SHECAIRA, 2011, p. 93).

Embora eloquentes, tais deduções não são respaldadas por dados estatísticos que comprovem maior êxito das sanções criminais em relação a outros modelos punitivos, sem falar que, nada impede que o Ministério Público, titular da ação penal pública, possa ter franco acesso a qualquer investigação que envolva desvios de condutas (delitos) de pessoas físicas. Mas, ainda que estivessem respaldadas pela estatística, as proposições partidárias à RPPJ precisam atender parâmetros dogmáticos mínimos para, só depois, evidenciar como se comportaria uma teoria da

17 A arguição remete às teses clássicas (ou do *aliud*) que, de acordo com Silva Sánchez (2001, p. 124), "*distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediência ético-valorativamente neutro 302. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto*".

pena orientada às pessoas jurídicas. Com efeito, a vitimologia destacou elementos importantes para a formação de controles sociais contemporâneos, mas não expôs (pelo menos não em detalhes) se a responsabilidade penal de empresas guarda coerência com os valores democráticos de nosso Estado de Direito.

Nesse contexto, examina-se no tópico seguinte se a proposta da vitimologia respeita elementos dogmáticos do Direito Penal, sem os quais ele restaria descaracterizado. Julga-se que, para alegar o emprego da reprimenda criminal como resposta ao comportamento corporativo socialmente danoso, primeiro é preciso esclarecer se as pessoas jurídicas são passíveis de receber sanções criminais.

4 LUÍS GRECO E A TEORIA DA PENA

Greco (2019, p. 59) é taxativo quanto à incoerência científica da responsabilidade penal de empresa por força da impossibilidade de associação da culpabilidade às pessoas jurídicas. Segundo ele, as propostas de culpabilidade pensadas para atingir corporações são vazias e só não encontram barreiras em sistemas de *common law*, já que a *strict liability* admite a reprovação penal sem dolo ou culpa.

O jurista constata que a culpabilidade é algo que o próprio indivíduo traz para si, é personalíssima, não sendo possível tornar-se culpável que não por um comportamento do próprio indivíduo. As exceções nas quais é possível imputar a alguém comportamento de terceiros – como nos casos de coautoria, participação ou nas relações do garantidor – são figuras de imputação que operam unicamente no plano do injusto e não no da culpabilidade. "Na culpabilidade, impera a disposição do artigo 29 do Código Penal: cada um segundo sua culpabilidade" (GRECO, 2019, p. 61).

Raciocínios que imputam à pessoa jurídica o dever de auto-organização para que em seu seio não se pratiquem crimes – a semelhança do que defendem Rodrigues, Gómez-Jara e outros – são igualmente vazios de cientificidade, porquanto não apontam para uma "culpabilidade originária", tratando-se, em verdade, de um modelo de imputação disfarçado, que implica na culpabilidade da pessoa jurídica de forma derivada, advinda da atuação de pessoas naturais – membros da empresa (GRECO, 2019, p. 64).

Os registros sobre a culpabilidade já seriam suficientes para atestar a impropriedade da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Todavia, os pontos de maior interesse ao presente tópico são as anotações de Greco sobre a teoria da pena, estritamente quanto à função da sanção criminal, quer dizer, ao requisito que caracteriza uma reprimenda estatal de modo a distingui-la com o nome "pena".

Segundo Greco (2019, p. 65/73), a pena exige culpabilidade – elemento desnecessário às sanções de outros âmbitos do Direito – e não pode se esgotar em simples censura. Mas seu fator mais distintivo reside naquilo que ela "retira" do apenado, pois esse tipo de sanção busca atingir direitos especiais do indivíduo, direitos que possuem caráter peculiar O professor da Universidade de Humboldt declara que essa classe especial consiste em direitos inatos, "aqueles que todo ser humano possui por conta da humanidade", direitos que contrapõem os chamados adquiridos, assumidos por titular no decurso da vida.

Por isso, a pena alveja pontos como o direito à vida, a capacidade jurídica, o corpo e a liberdade (compreendida como liberdade de locomoção). A questão da multa, que no sistema brasileiro não alcança direitos dessa qualidade é peculiar. Explica-se que, em muitos países, a multa pode ser convertida em pena de prisão, circunstância em que o alcance a direitos inatos está apenas dissimulado. Já nos ordenamentos em que a conversão referida não é permitida, fala-se que a multa não é uma pena em sentido material, mas sim em sentido formal ou artificial (GRECO, 2019, p. 73).

A par de tais aspectos da dogmática, pergunta-se: que direitos são inatos à pessoa jurídica? A resposta é nenhum. As corporações não possuem quaisquer direitos personalíssimos, ostentando somente direitos adquiridos. À guisa disto, seria impossível haver reprimenda criminal aos entes coletivos: não há direitos especiais a serem alcançados pelo sistema criminal.

> A pessoa jurídica, enquanto ente criado pelo direito, não possui direitos inatos. Uma "punição" de pessoas jurídicas não é, portanto, uma pena no sentido verdadeiro e não viola direitos das pessoas jurídicas. Denominar essa sanção pena é, contudo, inadequado, porque isso suscita a impressão enganosa de que o direito penal conhece penas sem culpabilidade personalíssima; e, além de inadequado, (quase de todo) inconstitucional, por desrespeito ao princípio da culpabilidade, que é derivável da constituição (principalmente, art. 5° XLV CF). O nome importa. (GRECO, 2019, p. 82)

Dessa forma, o que alguns juristas denominam de sanção criminal dirigida à empresa[18], justificada pelo valor simbólico-comunicativo da imputação[19], na verdade, tem cariz e alcance das punições administrativas e cíveis. Recebe a desinência pena, mas não funciona como uma – e nem poderia[20]. Nenhuma proposta de expansão

18 Como Sérgio Salomão Shecaira (2011, p. 109/119) que elenca as penas aplicáveis à pessoa jurídica.

19 Expressão utilizada por Silva Sánchez (2001, p.50): "*Pero parece como si en nuestras sociedades se precisara en todo caso, ante la producción del daño, del valor simbólico-comunicativo de la imputación*".

20 "A pessoa jurídica precisa ser vista com as particularidades que lhe são próprias. A sua responsabilidade jurídica não pode decorrer como se dotada fosse de vontade. A sanção jurídica é indispensável relativamente à pessoa jurídica. Não, porém, a sanção penal" (CERNICCHIARO *apud* CAPEZ, 2012).

do Direito Penal que relativize garantias e regras de imputação merece prosperar, pois o anseio por formas de controle social mais sofisticadas não pode implicar na descaracterização deste ramo jurídico.

Reformas não garantistas implicam, inclusive, no risco de impactos indesejados na criminalidade em geral – fator que, como constatado por Sánchez (2001, p. 57), não é avaliado pelos partidários de algumas teses de vanguarda. Qualquer teoria, mesmo aquelas respaldadas no bom pretexto de acentuar o papel da vítima no sistema criminal contemporâneo, deve indicar como a dogmática penal poderá se manter coerente diante dos desafios da criminalidade moderna. Do contrário, proposituras somente utilitaristas podem engendrar a perda de várias garantias e conquistas do Direito Penal Democrático. Se por um lado interessa às Ciências Sociais em geral o constante aprimoramento de seus institutos de acordo com o modelo social de sua época, por outro, o progresso científico não dispensa métodos coerentes e tenazes[21].

Porém, a inconveniência em funcionar como fundamento promotor da responsabilidade de entes coletivos não implica na desconsideração da pesquisa criminológica. As considerações sobre a teoria da pena só demonstram que o Direito Penal é um ramo *sui generis*, tanto em razão da classe de bens (mais especiais e caros à sociedade) que ele defende, quanto porque seus institutos estão encalacrados de peculiaridades, sem as quais perderiam todo sentido científico.

Há, sim, valor destacado à vitimologia corporativa no contexto criminal: no reforço do Direito Administrativo Sancionador ou na atualização da teoria do crime, sobretudo quanto às responsabilidades individuais dos membros das corporações (dirigentes, administradores, encarregados de vigilância, etc.) – que, diante dos limites desta obra, não serão detalhadas. Portanto, não sendo possível falar em RPPJ no ordenamento brasileiro, caberia a vitimologia auxiliar a pesquisa sobre criminalidade de empresa a se debruçar sobre as perspectivas de responsabilidade individual, notadamente no estudo dos crimes omissivos impróprios e a posição de garantidor de alguns agentes[22].

---

21 É o que retratou D'Avila no trecho: "A falta de cuidado com que avançou, e ainda avança, o legislador ordinário nos novos espaços de intervenção jurídico-penal, especialmente, embora não só, o legislador brasileiro, reflete uma afoiteza que se traduz, em muitos momentos e de forma até mesmo irremediável, em profunda irresponsabilidade não só para com garantias fundamentais, mas, inclusive, para com o próprio objeto a que se destina a tutela penal" (2006, p. 2).

22 Pertinente a observação de Estelitta (2017, p. 77), para quem a investigação dos crimes omissivos impróprios é "uma estratégia para lidar com as dificuldades de conciliação entre a responsabilidade penal na criminalidade de empresa e os pressupostos da responsabilidade penal individual".

5 CONCLUSÃO

A complexidade dos conflitos da sociedade contemporânea, como os danos ambientais e os ilícitos econômicos, deve inspirar modelos de controle social mais sofisticados, a exemplo de medidas que mitiguem comportamentos corporativos socialmente danosos. Essas formulações, no entanto, devem promover novas garantias sociais, sem descuidar das conquistas já consolidadas pelo Estado Democrático de Direito.

Por certo, a estratégia de responsabilidade penal da pessoa jurídica foi pensada para promover maior efeito intimidatório do Estado em relação à atividade empresarial e, no tocante às ideologias da vitimologia corporativa, é positivo o interesse por um modelo de reprovação criminal orientado ao protagonismo das vítimas no sistema de justiça criminal. Todavia, o Direito Penal – campo *sui generis*, voltado à reprovação de pessoas individuais –, não conhece a possibilidade de reprovar pessoas jurídicas, precisamente porque os entes coletivos não se amoldam à teoria da pena.

Além de questões relacionadas à culpabilidade, o obstáculo que se impõe à reprovação criminal em assunto é que a pena tem função diferente de outras sanções estatais: atingir direitos inatos, classe de direitos da qual a pessoa jurídica não dispõe. Deste modo, a construção de uma teoria da responsabilidade penal em desfavor desses entes, mesmo que embasada na necessidade de reconhecer a vítima com o centro da legitimação do sistema de justiça criminal, é incoerente e pretende chamar de pena aquilo que sequer se propõe a alcançar direitos inatos.

Alerta-se, no entanto, que, embora inapta para fundamentar a responsabilidade penal dos entes morais, a vitimologia é assunto de suma importância para as Ciências Criminais e pode ser fortemente aliada às perspectivas de responsabilidade individual ou mesmo contribuir para outras abordagens jurídicas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, vol. 1: Parte geral**. 13° ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Obrigações e Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

COFFEE, John C. 'No Soul to Damn: No Body to Kick': An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. **Michigan Law Review**, vol. 79, nº. 3, 1981, p. 386/459. Disponível em: www.jstor.org/stable/1288201. Acesso em: 04 ago. de 2020.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 60, 2006, p. 2.

DAHRENDORF, R. **La Disputa del Positivismo a la Sociologia Alemana**. Tradução de Jacob Muñoz, Barcelona-Mexico: Grijalbo, 1973.

DELMAS-MARTY; MINGXUAN, Gao. **Criminalité économique et atteites à la dignité de la personne – vol. V – Bilan comparatif et propositions**. Paris: Éditions de la Maison de Sciences de l'Homme, 1997.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão – Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei n. 9.605/98 à luz do devido processo legal. *In*: Celso Sanchez Vilardi; Flávia Rahal Bresser Pereira; Theodomiro Dias Neto. (Org.). **Crimes econômicos e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 205-248.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GANEM, Angela. Karl Popper versus Theodor Adorno: lições de um confronto histórico. **Rev. Econ. Polit.**, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 87-108, Mar. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572012000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 de ago. de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, vol. 4, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**. Propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? – Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. *In*: GRECO, Luís. **As quatro razões do Direito Penal**. Quatro estudos. VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino (Trad. e Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 53-82.

HILL, Jennifer G. Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?. Vanderbilt Law School, Law and Economics Research Paper Series n°. 03-10, **Journal of Business Law**, p. 1, 2003.

JONAS, H. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica**. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC Rio, 2006.

LAUFER, William. The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law. **New York University Journal of Law and Business**, vol. 14, n°. 1, 2017.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

MILARÉ, Édis. **REAÇÃO JURÍDICA À DANOSIDADE AMBIENTAL**: contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade. 2016. 380 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf. Acesso em: 04 ago. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. **Direito Penal Económico - Uma Política Criminal na Era Compliance**. Coimbra: Almedina, 2019.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

SAAD-DINIZ, Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. **Revista dos Tribunais**, vol. 988, 2018, p. 5.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Vitimização corporativa e dependência comunitária na criminologia ambiental: o acerto de contas com os desastres ambientais. **Boletim do IBCCRIM**, v. 327, 2020.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia Corporativa**, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SANTOS, Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**, Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 431.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 7, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

WESTER-OUISSE, V. Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques. **Revue pénitentiaire et de droit pénal**, n° 1, 2009, p. 63.