

## EDITORIAL

A Revista Direito e Desenvolvimento é uma publicação semestral, estratificada no sistema **Qualis B1**, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ, lança o número n.2, v. 9 (2018).

As temáticas envolvem o tema geral sobre **Direito e Desenvolvimento** com a participação dos professores Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira, convidados, em que apresentam o trabalho *“Fake news” como atividade criadora de condições adversas às atividades sociais e econômicas e seu enquadramento jurídico no âmbito do meio ambiente digital* e o tema específico **Direito de proteção do consumidor e acesso à justiça: garantias individuais e coletivas**, totalizando 22 (vinte e dois) artigos de professores pesquisadores nacionais e internacionais. Os trabalhos apresentados são inéditos, de doutores ao menos um como autor e/ou coautor, sendo 90% de autores exógenos ao Estado da Paraíba.

A construção desse trabalho somente possível com participação daqueles que diretamente participam como professores autores/coautores e avaliadores (todos doutores), da própria Instituição e da Paraíba, bem como de todo o Brasil. Além da participação do Bibliotecário (Sérvulo) e da Secretária (Daniela). Destaque-se o suporte técnico de Filipe Almeida e Luis Miranda que ajudaram ao longo do tempo com as indexações nacionais e internacionais, além da diagramação e criação. Continuamos a buscar o melhor da pesquisa acadêmica com o suporte das Coordenações em Mestrado (Profª. Áurea Cecato, Profs. Armando Albuquerque e Rômulo Palitot) e em Direito (Prof. Arthur Souto). Assim, “Pessoas transformam pessoas”.

A editoração de um periódico se perfaz com a participação de todos, em que agradeço pelo apoio.

Aos leitores, uma boa leitura!

**Profª. Dra. Maria Marconiete Fernandes Pereira**  
Editora Geral da Revista Direito e Desenvolvimento

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

“FAKE NEWS” COMO ATIVIDADE CRIADORA DE  
CONDIÇÕES ADVERSAS ÀS ATIVIDADES SOCIAIS E  
ECONÔMICAS E SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO NO  
ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE DIGITAL

CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO  
RENATA MARQUES FERREIRA

# “FAKE NEWS” COMO ATIVIDADE CRIADORA DE CONDIÇÕES ADVERSAS ÀS ATIVIDADES SOCIAIS E ECONÔMICAS E SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE DIGITAL

## “FAKE NEWS” AS AN ACTIVITY THAT CREATES ADVERSE CONDITIONS FOR SOCIAL AND ECONOMIC ACTIVITIES AND ITS LEGAL FRAMEWORK WITHIN THE DIGITAL ENVIRONMENT

Recebido: 11/07/2018  
Aprovado: 17/09/2018

Celso Antônio Pacheco Fiorillo\*  
Renata Marques Ferreira\*\*

**RESUMO:** Difundida no âmbito do meio ambiente digital como atividade humana que consiste na veiculação de notícias falsas através de diferentes formas, processos ou veículos “inerente a um modelo de negócios assentado no princípio de que a notícia não custa nada” assim como fundamentada na concepção de que “a veiculação de notícias falsas dá dinheiro”, a desinformação (“fake news”) acaba por criar condições adversas às atividades sociais e econômicas resguardadas em nosso Estado democrático de direito. Enquadrada no plano normativo como atividade e mais especificamente no plano da sociedade da informação em face da tutela jurídica do meio ambiente digital como atividade poluidora, a desinformação (“fake news”) recebe seu necessário enfrentamento jurídico no plano constitucional e infraconstitucional em face do que determina o Art.225, § 3º de nossa Lei Maior bem como da lei 6938/81.

**Palavras-Chave:** Fake news. Meio ambiente digital. Sociedade da informação. Atividade poluidora. Bens ambientais.

**ABSTRACT:** Disseminated in the scope of the digital environment as a human activity consisting of the transmission of false news through different forms, processes or vehicles “inherent in a business model based on the principle that the news costs nothing” as well as based on the conception that “Fake news gives money,” misinformation (“fake news”) ends up creating conditions that are adverse to social and economic activities in our democratic rule of law. Within the normative level as an activity and more specifically in the sphere of the information society in the face of the legal protection of the digital environment as a polluting activity, misinformation (“fake news”) receives its necessary legal confrontation in the constitutional and infraconstitutional plan in the face of what determines the Art.225, § 3 of our Major Law as well as of the law 6938/81.

\*Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (PORTUGAL) e Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (ITALIA). Coordenador Científico do periódico Direito Ambiental Contemporâneo/Editora. Saraiva e membro convidado do Conselho Editorial da Revista Aranzadi de Derecho Ambiental(ESPANHA). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE-SP. E-mail: celsofiorillo@uol.com.br

\*\*Pós-Doutora pela Universidade de São Paulo (Escola Politécnica-USP). Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP). Coordenadora do curso de Direito das Faculdades Integradas Rio Branco - Unidade Granja Viana. Professora das Faculdades Integradas Rio Branco (Fundação Rotary). Coordenadora Científica do periódico Direito Ambiental Contemporâneo/Editora Saraiva. E-mail: renferreira@uol.com.br

**Keywords:** Fake news. Digital environment. Information society. Polluting activity. Environmental assets.

## 1 INTRODUÇÃO

Conforme a doutrina pátria especializada na análise das relações jurídicas vinculadas à sociedade da informação vem desenvolvendo, a Constituição da República Federativa do Brasil assegura a todos o acesso à informação como direito individual bem como direito coletivo (Art. 5º, XIV) determinando ainda nossa Lei Maior em seu art. 220 que, sob qualquer forma, processo ou veículo, a informação não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto na própria Carta Magna. Além disso, estabelece nosso superior ordenamento normativo que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV (Art. 220, § 1º).

Assim nenhuma dúvida existe no sentido de se reconhecer a informação como direito fundamental constitucional assegurado a brasileiros e estrangeiros residentes no País (Art. 5º da CF), ou seja, como coisa (materialidade da informação), como processo (interação entre registros, o meio e o homem) e como conhecimento (atividades cognitivas de um ser consciente)”, ou seja, como bem material ou imaterial que tem valor econômico, servindo de objeto a uma relação jurídica informação prevista no plano normativo como bem cultural de natureza jurídica ambiental, é o fundamento estruturante de nossa atual sociedade da informação em face do denominado meio ambiente digital.

Destarte, a contrario sensu, a desinformação difundida no âmbito do meio ambiente digital como atividade humana que consiste na veiculação de notícias falsas (“fake news”) através de diferentes formas, processos ou veículos “inerente a um modelo de negócios assentado no princípio de que a notícia não custa nada” assim como fundamentada na concepção de que “a veiculação de notícias falsas dá dinheiro, conforme indica (MAGNOLI, 2018), acaba por criar condições adversas às atividades sociais e econômicas resguardadas em nosso Estado democrático de direito merecendo adequado enfrentamento jurídico.

Cabe, pois analisar o tema de forma sistemática visando estabelecer em que medida as denominadas “fake news”, como atividades desenvolvidas pela pessoa humana com o uso da desinformação, são juridicamente enquadradas no âmbito de nossa Lei Maior assim como, particularmente, em face da lei 6938/81.

## 2 O QUE É INFORMAÇÃO. CONCEITO DE INFORMAÇÃO NA DENOMINADA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM FACE DO MEIO AMBIENTE DIGITAL

Ao desenvolver satisfatório estudo sobre o conceito de informação, (MESSIAS, 2005) elaborou pesquisa no âmbito da área de Ciência da Informação apoiada principalmente em reflexões produzidas por” pesquisadores da área, na tentativa de mapear as concepções predominantes para a informação.

Para viabilizar o processo de análise dos resultados restringiu-se apenas a três categorias básicas: informação como coisa (materialidade da informação), como processo (interação entre registros, o meio e o homem) e como conhecimento (atividades cognitivas de um ser consciente).

[...] obviamente as reflexões enfatizavam uma ou outra concepção, sendo este o principal foco da pesquisa. Vale ressaltar que a grande maioria dos discursos evocava uma abordagem depende de outra, sendo poucos os que se restringiam a apenas uma categoria. Sendo assim, foi possível classificar os conceitos em duas categorias simultâneas, mas poucos foram os artigos que apontavam para as três categorias. Na análise geral apenas uma das categorias recebeu a maior número de indicações. (MESSIAS, 2005).

“A noção que prevaleceu sobre as demais”, conclui a pesquisadora “foi a de informação enquanto coisa, reforçando a objetividade da informação em contraposição a sua subjetividade”

Assim, influenciadas pelas transformações de pensamento e conduta da Sociedade da Informação podemos entender juridicamente o conceito de informação como coisa, ou seja, como um “bem material ou imaterial que tem valor econômico, servindo de objeto a uma relação jurídica” conforme ensina (DINIZ, 2018).

Destarte o conceito jurídico de informação como bem material ou imaterial que tem valor econômico, servindo de objeto a uma relação jurídica albergado na atual Sociedade da Informação guardando, pois, conforme destacam Fiorillo/Ferreira, necessária compatibilidade, “com os deveres e direitos coletivos indicados em nossa Constituição Federal (Art. 5º e segs.) e especificamente com os denominados interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CF)” assim como com os demais dispositivos citados na Introdução do presente trabalho, guarda absoluta compatibilidade normativa com os bens culturais devendo, pois receber interpretação jurídica em face de sua natureza jurídica de bem ambiental no âmbito do denominado meio ambiente digital.

Cuida-se de observar a relação jurídica ambiental possuindo características peculiares que a definem como multilateral, por envolver sujeitos diversos, tanto públicos como privados. Essa multiplicidade de atores sociais, aliada à conhecida complexidade das questões ambientais contemporâneas, exige o reconhecimento de que o campo de estudos do direito ambiental envolve forte interdisciplinaridade, metodologia esta que busca a união de diferentes disciplinas para tratar de um tema comum aproximando o denominado “direito eletrônico” (ou informático, segundo alguns autores) e o direito ambiental no sentido de evidenciar duas grandes características da chamada “contemporaneidade”: a intensidade das trocas sociais que ocorrem por meio das redes informacionais e a busca de patamares de desenvolvimento capazes de produzir menor impacto ambiental.

O século XXI caracteriza-se pelo que se define como “sociedade da informação”, em que as tecnologias da comunicação fornecem a base material para a integração global e favorecem o intercâmbio cada vez mais veloz de informações entre indivíduos, corporações e instituições. Apesar das contradições e desigualdades que se fazem presentes neste contexto, a sociedade da informação caracteriza nova forma de produção de relações sociais, baseada na flexibilidade e no incentivo à capacidade criacional. Esse campo de pesquisa possui a mesma complexidade das reflexões ambientais, porque ambos necessitam da compreensão de múltiplas variáveis de tipo econômico, histórico e cultural, para melhor compreender a inter-relação global/local.

A intensidade desses dois campos de produção social deve ser examinada pelo Direito, especialmente a fim de garantir a manutenção das diferenças no Estado Democrático de Direito. Assim, a concepção de um meio ambiente cultural (arts. 215 e 216 da CF) é o espaço propício para analisar as criações tecnológicas informacionais e seu papel nas discussões contemporâneas acerca do desenvolvimento sustentável, unindo assim a preocupação ambiental no contexto da realidade atual.

Para tanto, utiliza-se a concepção da ordem jurídica como um sistema aberto, que traz em seu bojo uma série de regras conformadas pela legalidade constitucional. Ressalte-se que essa legalidade é, antes de tudo, composta por um conjunto de princípios e valores que

permite mobilidade ao sistema. A ordem constitucional brasileira, por coordenar-se pelo valor da dignidade humana, busca defender a qualidade de vida. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é elemento importante para obtenção de padrões de vida digna e saudável, no que autoriza a superação da oposição entre objetivos econômicos e estratégias de conservação da natureza, estimulando a busca de padrões sustentáveis de desenvolvimento.

Passemos então a uma breve análise dos bens culturais e sua natureza jurídica de bem ambiental.

### **3 A INFORMAÇÃO COMO BEM CULTURAL EM FACE DO MEIO AMBIENTE DIGITAL E SUA NATUREZA JURÍDICA DE BEM AMBIENTAL**

Entendida, conforme argumentos indicados anteriormente, como um bem material ou imaterial que tem valor econômico e servindo de objeto a uma relação jurídica, a informação, ao se encontrar claramente associada às formas de expressão bem como modos de criar, fazer e viver da pessoa humana, é balizada no plano constitucional, na interpretação de (FIORILLO, 2014), como bem cultural associado à comunicação social, apresentando natureza jurídica de bem ambiental em face do denominado meio ambiente digital.

Como destaca referido autor, no âmbito das obras já mencionadas, “o verbo medieval “enforme, informe”, emprestado do francês, conforme explicam Briggs e Burke, “significava dar forma ou modelar”, e a nova expressão “sociedade da informação” dava forma ou modelava um conjunto de aspectos relacionados à comunicação — conhecimento, notícias, literatura, entretenimento — todos permutados entre mídias e elementos de mídias diferentes: papel, tinta, telas, pinturas, celuloide, cinema, rádio, televisão e computadores”.

Assim, observada como bem ambiental de índole cultural, a informação, a partir do que foi estabelecido por nossa Carta Magna de 1988, passa a adotar estrutura normativa própria traduzindo a evolução doutrinária organizadora dos bens culturais como bens ambientais no âmbito do denominado meio ambiente digital e passando a merecer sua defesa em face dos princípios constitucionais do direito ambiental dentro da conhecida e paradigmática interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 3540) em harmonia com o desenvolvimento doutrinário desenvolvido pela doutrina pátria especializada.

Destarte qualquer conduta e atividade considerada juridicamente lesiva à informação, como é evidentemente a distribuição de desinformação destinada a enganar, a fim de obter ganhos os mais variados (financeiros e políticos dentre outros), sujeitará os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados em conformidade com o que determina o Art. 225, parágrafo 3º de nossa Carta Magna.

### **4 INFORMAÇÃO X DESINFORMAÇÃO: A DESINFORMAÇÃO COMO ATIVIDADE HUMANA VEICULADORA DE NOTÍCIAS FALSAS (“FAKE NEWS”)**

Não tendo qualquer base na realidade, mas apresentadas como sendo factualmente corretas, na apropriada interpretação de Hunt Allcott e Matthew Gentzkow, as notícias falsas (“fake news”) e sua veiculação sempre existiram na história como informa Robert Darnton.

No Brasil, de acordo com levantamento do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (Gpopai) da Universidade de São Paulo (USP), cerca de 12 milhões de pessoas difundem notícias falsas sobre política.

Destarte, a desinformação como atividade motivada por razões de natureza econômica ou mesmo social que vêm sendo usada de forma sistemática no século XXI, particularmente no âmbito do meio ambiente digital, passou a ter importância destacada em face de seus evidentes reflexos perniciosos para os Estados democráticos de direito.

Trata-se de constatar, conforme advertência de Allcott e Gentzkow, que motivações de natureza pecuniária ou mesmo ideológica, passaram a conduzir uma estratégia intencional destinada a criar condições adversas às sociedades contemporâneas através da produção e difusão, por todas as formas e meios tecnologicamente possíveis, de notícias falsas desestruturando a ordem social e econômica assegurada juridicamente pelos sistemas normativos constitucionais.

De acordo com um estudo realizado pela London School of Economics (LSE), noticiado pela empresa de comunicação internacional da Alemanha Deutsche Welle (DW), uma forma relativamente nova de publicidade online é o combustível que mantém a máquina de notícias falsas funcionando financeiramente – ou que até mesmo a coloca em funcionamento.

Assim, conforme indica referida matéria graças à receita de publicidade, o incentivo financeiro para a criação e difusão de notícias falsas ainda é alto – apesar da ação maciça do Google para que a indústria de publicidade digital tente conter a avalanche de notícias falsas.

Todavia, adverte a referida matéria, “um estudo conduzido pelo portal de notícias BuzzFeed chegou à conclusão de que, no início de abril, mais de 60 sites que publicam informações falsas ganharam dinheiro com o serviço de publicidade Google AdSense e outras importantes redes de anúncios. Disseminadores de boatos expulsos de certas redes de anúncios muitas vezes, além disso, simplesmente se mudam para outras redes”

## **5 INFORMAÇÃO X DESINFORMAÇÃO: DESINFORMAÇÃO COMO ATIVIDADE HUMANA DESTINADA A VEICULAR NOTÍCIAS FALSAS (“FAKE NEWS”) E SEU ENQUADRAMENTO NORMATIVO NO ÂMBITO DAS ATIVIDADES SOCIAIS E ECONÔMICAS**

Como atividade motivada por razões de natureza pecuniária ou mesmo ideológica, ou seja, por razões de natureza econômica e social, as “fake news” como desinformação que não tem preliminarmente enquadramento jurídico constitucional estabelecido em nossa Carta Magna como umas das possíveis formas de agir que podem ser realizadas pela pessoa humana caracterizando-se, pois, preliminarmente, como um “fenômeno” essencialmente humano.

No plano dos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal, a atividade está diretamente associada ao que estabelece o Art.º, III, ou seja, como fenômeno humano que é a atividade, para ser adequadamente interpretada no plano maior normativo, deve obedecer ao fundamento constitucional que assegura a dignidade da pessoa humana como regra matriz destinada ao entendimento de seu conteúdo para todos os efeitos e em face de todas as circunstâncias em que referido substantivo feminino aparece em nossa Constituição Federal.

A atividade, portanto, no plano jurídico constitucional, não pode ser desenvolvida em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Todavia o fato da atividade estar associada diretamente ao que estabelece o Art.º, III da Carta Magna não exclui evidentemente a necessidade de se interpretar o conteúdo da palavra obedecendo também o que estabelecem os demais incisos do Art.º, igualmente princípios

fundamentais relacionados às ações humanas e igualmente estabelecidos na Lei Maior como fundamentos interpretativos de nossa República Federativa e suas normas jurídicas.

Assim a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa bem como o pluralismo político, entendidos em consonância com a dignidade da pessoa humana conforme explica Celso Fiorillo<sup>2</sup>, estruturam juridicamente todas as atividades previstas em nossa Carta Magna e evidentemente as atividades de informação, em decorrência de diferentes circunstâncias que terão diferentes consequências normativas (Art.1º, incisos I, II, IV e V).

Trata-se, pois de verificar, no plano maior constitucional, que a atividade é efetivamente um fenômeno essencialmente humano disciplinado em nossa Constituição Federal; a pessoa humana ao agir de forma direta ou indireta, de forma individual ou coletiva, acaba por gerar diferentes consequências que dependendo da circunstância ou mesmo enquadramento normativo encontrarão de qualquer forma seu devido amparo constitucional<sup>3</sup>.

De qualquer forma, são várias as oportunidades em que encontramos a palavra atividade explicitamente indicada em nossa Constituição Federal destacando-se aqueles relacionadas às atividades sociais e econômicas.

Traduzindo reflexo direto do conteúdo indicado no art.1º, III da CF, verificamos no âmbito dos direitos sociais que, dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, está assegurado adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (Art. 7º, XXIII) sendo certo que em matéria disciplinadora do regime jurídico constitucional dos servidores públicos os titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que exerçam atividades de risco bem como cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem sua saúde ou sua integridade física, têm regra específica de tutela no que se refere aos requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (Art.40, parágrafo 4º, II e III). Também diretamente associado ao art.1º,III-sem prejuízo dos demais incisos do mesmo artigo- determinou a Carta Magna o dever do Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica bem como a inovação atividades necessariamente vinculadas à pessoa humana tanto no âmbito individual como metaindividual conforme explicita orientação do Art.218,parágrafo 7º .

Já como reflexo da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa assim como do pluralismo político (Art.1º, incisos I,II,IV e V ) são muitas as hipóteses em que a palavra atividade é indicada no plano da Carta Magna. Alguns exemplos merecem registro, a saber: atividade nociva ao interesse nacional (Art.12, II, § 4º,I),atividade militar(Art. 14. § 8º, I ;Art.143, § 1º ),atividade nuclear(Art.21,XXIII,"a";Art.22,XXVI;Art.49,XIV),atividade de garimpagem (Art.21,XXV),atividade essencial ao funcionamento do Estado(Art.37,XXII), atividades do Tribunal de Contas(Art.71, § 4º ),atividades jurídicas(Art.93,I.129, § 3º ),atividades jurisdicionais(Arts.93,XII;107 § 20 ;115, § 1º ;125 § 7º ), atividades profissionais(Arts.94;107,I;11-A,I;115,I;123,I;Art.8º, § 2º; §5º do ADCT ),atividade político-partidária(Arts.95, § único,III;128, §5º ,II, "e"),atividades específicas da justiça(Art.98, § 2º ),atividade policial(Art.129,VII),atividades do Conselho Nacional do Ministério Público (Art.130-A, § 2º , V),atividade de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo(Art.131), atividade de defesa civil(Art.144, § 5º ),atividades dos órgãos responsáveis pela segurança pública(Art.144, § 7º ),atividades previstas em lei(Art.144, § 10,I),atividade econômica do contribuinte(Art.145, § 1º ),atividade econômica relacionada a patrimônio, renda e serviços(Art.150, § 3º ),atividade preponderante(Art.156,II, § 2º ),atividades da administração tributária(Art.167,IV),princípios gerais da atividade econômica(

<sup>2</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação, São Paulo: Saraiva 2014, passim.

<sup>3</sup> Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Comentários ao Estatuto da Cidade — Lei 10.257/01 — Lei do Meio Ambiente Artificial. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2014

Art.170 e Art.170,parágrafo único ),atividade econômica( Arts.173;173, §1º ,174,177,195, § 9º ; 195, § 12),atividade de importação ou comercialização(Art.177, § 4º),atividade em regime de economia familiar(Arts. 195, § 8º; 201, § 7º ,II),atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias(Art.198, § 5º ),atividade privada para efeito de aposentadoria(Art.201, § 9º ), atividade rural para efeito de aposentadoria(Art.201, § 9º ), atividade urbana para efeito de aposentadoria(Art.201, § 9º ),gestão de atividades das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens(Art.222, § 1º ), atividades de seleção e direção da programação veiculada pelas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens(Art.222, § 2º ),atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente(Art.225, § 1º, inciso IV),atividade considerada lesiva ao meio ambiente(Art.225, § 3º ),atividade produtiva dos índios(Art.231, § 1º ),atividade notarial(Art.236, § 1º e § 3º n),atividade exclusiva do Estado(Art.247),permanência em atividade para efeitos de anistia(Art.8º do ADCT),atividade remunerada(Art.8º, § 2º do ADCT),atividade dos sindicatos rurais(Art.10, § 2º do ADCT) e Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultorias Jurídicas dos Ministérios, Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e o membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas exercendo suas atividades(Art.29 do ADCT) dentre outros.

Destarte, no âmbito constitucional, a palavra atividade como fenômeno essencialmente humano está evidentemente relacionada à faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas em face de diferentes circunstâncias todas elas relacionadas ao que determinam os princípios fundamentais da Carta Magna; como dissemos a pessoa humana ao agir de forma direta ou indireta, de forma individual ou coletiva, acaba por gerar diferentes consequências que dependendo da circunstância ou mesmo enquadramento normativo encontrarão de qualquer forma seu devido amparo constitucional<sup>4</sup>.

## **6 INFORMAÇÃO X DESINFORMAÇÃO: A DESINFORMAÇÃO COMO ATIVIDADE DESTINADA A VEICULAR NOTÍCIAS FALSAS (“FAKE NEWS”) E SEU ENQUADRAMENTO NORMATIVO NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI 6938/81**

Como atividade destinada a veicular notícias falsas as “fake news” são consideradas constitucionalmente lesivas ao meio ambiente cultural, conforme argumentos anteriormente desenvolvidos, sujeitando os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados tudo em conformidade com o que determina o Art.225, § 3º de nossa Lei Maior.

Verifique-se que já sob a égide da lei 6.938/81 nosso sistema normativo já estabelecia, e continua estabelecendo, que a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, hipótese claramente associada às atividades de desinformação (“fake news”), são consideradas poluentes (Art. 3º,III,letra b) obrigando o infrator, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados afetados por sua atividade(Art.14, § 1º).

De qualquer forma, mais importante que reparar danos (o que na maioria das vezes em nada auxilia uma eficiente resposta em face dos danos efetivamente causados e consumados com a desinformação no âmbito das atividades sociais e econômicas...) admite também nossa legislação medidas destinadas a assegurar o princípio constitucional da prevenção regra fundamental estabelecida pelo direito ambiental constitucional, mas que também devem

<sup>4</sup> Com relação à palavra INATIVIDADE vide Art. 14, § 8º; Art. 142.,X ; Art. 8º do ADCT.

ser observadas como sendo de duvidosa aplicação prática em face das situações concretas de atividades de desinformação.

Destarte iniciativas recentes realizadas por parlamentos de outros países no sentido de estabelecer normas específicas para o enfrentamento do tema, como a lei alemã aprovada em 30 de junho de 2017 (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) além e divulgadas com grande alarde pela mídia, muito pouco ou quase nada acrescentam às repostas normativas já existentes no Brasil.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Difundida no âmbito do meio ambiente digital como atividade humana que consiste na veiculação de notícias falsas através de diferentes formas, processos ou veículos “inerente a um modelo de negócios assentado no princípio de que a notícia não custa nada assim como fundamentada na concepção de que “a veiculação de notícias falsas dá dinheiro desinformação (“fake news”) ao criar condições adversas às atividades sociais e econômicas resguardadas em nosso Estado democrático de direito mereceu por parte de nossa legislação resposta normativa que disciplina a matéria, no âmbito dos princípios constitucionais ambientais que estruturam o meio ambiente digital. Destarte, podendo ser entendida como atividade consideradas constitucionalmente lesiva ao meio ambiente (meio ambiente cultural), a atividade de desinformação (“fake news”) sujeita os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (Art.225, § 3º). Por outro lado, no plano infraconstitucional, a lei 6938/81 já enquadrava (e continua enquadrando...) explicitamente a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, hipótese claramente associada às atividades de desinformação (“fake news”, como sendo poluidora sujeitando os infratores/poluentes, a indenizar ou reparar os danos causados afetados por sua atividade (Art.14, § 1º).

Todavia persiste a dúvida se as respostas constitucionais e infraconstitucionais antes indicadas e já existentes seriam suficientes e mesmo satisfatórias no sentido de resguardar o Estado democrático de direito dos efeitos danosos- e muitas vezes irreversível- de uma atividade humana que sempre existiu visando, em prejuízo da maioria da população, auferir vantagens pecuniárias ou mesmo “ganhos” ideológicos através de práticas contrárias à ética e à democracia.

Necessário, pois aprimorar nossa legislação visando estabelecer no plano infraconstitucional o necessário balizamento no sentido de implementar o comando constitucional que responsabiliza criminalmente os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais em face de atividades destinadas a veicular notícias falsas (“fake news”).

## REFERÊNCIAS

ALONSO, D. V. Lenguaje e información. **Data Grama Zero – Revista de Ciência da Informação**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, ago. 2001. Disponível em: <[http://www.dzg.org.br/ago01/f\\_I\\_art.htm](http://www.dzg.org.br/ago01/f_I_art.htm)> Acesso em: 05 jan.2018.

ARDIZZONE, Antonella. **Copyright digitale - l 'impatto delle nuove tecnologie tra economia e Diritto**.G. Giappichelli Editore, 2009.

BUCKLAND, M. Information as thing. **Journal of the American Society of Information Science**, v. 42, n. 5, p. 351-360, jun. 1991. Disponível em: <<http://www.uff.br/ppgci/editais/bucklandcomocoisa.pdf>> Acesso em: 20 jan.2018.

CHIMIENTI, Laura. **La nuova proprieta' intellettuale nella societa' dell'informazione**. La disciplina europea e italiana. Dott. A. Giuffrè Editore S.P.A., 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Coisas – v. 4, São Paulo: Saraiva, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Tutela Jurídica do Whatsapp na Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_. **Liberdade de expressão e direito de resposta na Sociedade da Informação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_. **Tutela Jurídica do Patrimônio Genético em face da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

\_\_\_\_\_. **O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil**, São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Marco Civil da Internet e o Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação**, São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**, São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Crimes no Meio Ambiente Digital em face da Sociedade da Informação**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 18. ed. revista, ampliada e atualizada, Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Brasileiro em face do Direito Ambiental Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GALVÃO, A. P. A. **Informação como Commodity**: mensurando o setor de informações em uma nova economia. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 28, n. 1, p. 67-71, jan./abr. 1999.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. São Paulo: José Olympio, 2002.

MAGNOLI, Demétrio Para subverter a lei do Face. **Jornal Folha de São Paulo**. Ed. de 20 jan. 2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2018/01/1951949-para-subverter-a-lei-do-face.shtml>> Acesso em: 20 jan.2018.

MESSIAS, Lucilene Cordeiro da Silva Messias **Informação: um estudo exploratório do seu conceito em periódicos científicos brasileiros da área de Ciência da Informação**-Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia e Ciências – Universidade Estadual Paulista, Marília, 2005.

PINHEIRO, L. V. R. Informação: esse obscuro objeto da ciência da informação, **Morpheus Revista Eletrônica em Ciências Humanas**: Conhecimento e Sociedade, ano. 2, n. 4, 2004. Disponível em: <<http://www.unirio.br/cead/morpheus>> Acesso em: 20 jan.2018.

SALVAT, Martinrey; Guiomar, Serrano Marín Vicente. **La revolución digital y la Sociedad de la Información**. Editorial: Comunicacion Social Ediciones y publicaciones, 2013.

SERRANO, Pascual. **Desinformación cómo los medios ocultan el mundo**. Editorial: Booket Barcelona. España, 2013.

SERRANO, Pascual. **Traficantes de información** - La historia oculta de los grupos de comunicación españoles. Editorial: Foca, Ediciones y Distribuciones Madrid. España 2012.

SUAIDEN Neto, Elias. **La sociedad de la información en Brasil y España** - estudio comparado basado en programas de inclusión digital. Ediciones Trea, S.L., 2011.

ZEMAN, J. Significado filosófico da noção de informação. In: ROYAUMONT, C. de (Org.). **O conceito de informação na ciência contemporânea**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970. p. 154-168.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

## AGENCY, CAPABILITIES AND RIGHTS: A CAPABILITIES APPROACH DISCUSSION

SÉRGIO FERNANDO FERREIRA DE LIMA  
AUGUSTO BONNER COCHRAN  
MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

# AGENCY, CAPABILITIES AND RIGHTS: A CAPABILITIES APPROACH DISCUSSION

## AGÊNCIA, CAPACIDADES E DIREITOS: UMA ABORDAGEM DA TEORIA DAS CAPACIDADES

Recebido: 17/09/2018  
Aprovado: 20/10/2018

Sérgio Fernando Ferreira de Lima\*  
Augusto Bonner Cochran\*\*  
Marco Antônio César Villatore\*\*\*

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to show how the concepts of agency, capability, and functioning can be aligned in a way that put in evidence the centrality of individual agency. Usually, discussion about the capabilities approach focuses on the limitations and flaws of the theory; here it will be argued that even with limitations and possible problems the capabilities approach could mean a significant paradigm shift for how we think and make Law and public policies. The method used will to analyze some of the principal texts about the subject and to discuss new elements and perspectives that could be brought to bear on the topic. In the end, the article points to a broader way to use the principles and theory of the capabilities approach to describe and analyze legal theory.

**Keywords:** Capabilities Approach. Agency. Functioning. law.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é mostrar como os conceitos de agência, capacidade e funcionamento podem ser alinhados de maneira a evidenciar a centralidade da agência individual. Normalmente, a discussão sobre a teoria das capacidades enfoca as limitações e falhas da teoria; aqui será argumentado que, mesmo com limitações e possíveis problemas, a teoria das capacidades pode significar uma mudança de paradigma significativa para a forma como pensamos e fazemos o Direito e as políticas públicas. O método utilizado analisará alguns dos principais textos sobre o assunto e discutirá novos elementos e perspectivas que possam ser abordados sobre o tema. No final, o artigo aponta para uma maneira mais ampla de usar os princípios e a teoria das capacidades para descrever e analisar a teoria jurídica.

**Palavras-chave:** Abordagem de capacidades. Agência. Funcionamento. Lei.

### 1 INTRODUCTION

The modern world that we live in poses innumerable challenges, especially in the field of enforcement of fundamental and social rights. The capabilities approach can be a novel and efficient perspective for analyzing and describing rights. This article will describe the central arguments of Amartya Sen and Martha Nussbaum about the connection between rights

\*Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Brasil; Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2010); Servidor público estadual, Secretaria de Segurança Pública do Paraná, membro da Complex System Society e da World Complexity Science Academy. E-mail: sergiofernando@gmail.com

\*\*Doutor em Public Policy pela University of North Carolina - Multi-Campus University. Tem experiência na área de Ciência Política. E-mail: gochran@agnesscott.edu

\*\*\*Advogado. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata" (2014). Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza" (2001), revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR). E-mail: prof.villatore@gmail.com

and capabilities and will review the basic concepts of agency, capabilities, and functioning, linking them through the idea of freedom of choice. A formal description of the law from a top hierarchal position, where national constitutions are the source and the guidelines for the legal system, is the generally accepted view. The typical impact of a given law on the population or of a court decision is frequently the focus of discussions. Usually, we make trade-offs between average benefits and harms in legal disputes, especially in class actions and environmental violations. In all these situations it is easy to lose sight of individual perspective in favor of better or more beneficial overall outputs, i.e., for a large increase in the total well-being.

Much of Sen's efforts present ethical and philosophical challenges to the utilitarian idea of maximizing well-being and self-interest as the sole way to model human behavior. Economic theory has always had a strong influence on legal theory so it is not surprising that much of the legal thinking about rational decision-making in law was based on economic thinking. The challenge to the rational self-interested model of thinking made by Sen, however, must also be taken into account in legal thought.

The objective of this paper is to briefly survey some central concepts of Sen's theory, especially the ideas that led to the formulations of the capabilities approach and his many later formulations. The centrality of the ideas of agency and capabilities are basic building blocks for a space of substantive freedoms, and these concepts offer primary tools for analyses and metrics in the field of fundamental rights. The discussion aims to add more dimensions and elements to a complex and more enriched legal discussion.

Once linked to the concept of agency, the space of freedom of choice, we argue, furnishes a solid foundation for a person-centered theory. In a world where the roles of national states are more and more challenged by supranational influences and global threats the power of individual rights, universally recognized, is increasingly a viable solution. But, before we try to make a global community we must make sure that the most basic needs of each person are adequately fulfilled. The capabilities approach can help to secure a basic set of meaningful opportunities to every person, so we can secure a minimum set of fundamental rights to every citizen.

## 2 AGENCY, CHOICE AND FREEDOM

The work of the Nobel laureate author, Amartya Sen, is known for its impact on the analysis of traditional economic theory through a critique that seeks to reunite the study of ethics with the study of economics (SEN, 1998, P. 1-3), especially through its emphasis on a much broader treatment of concepts such as rationality, choice, and freedom. The concept of individual freedom gains so much relevance in Sen's work that it provides a metric for a better assessment of a country's development, in contrast to traditional metrics based on purely economic elements (such as Gross Domestic Product). (SEN, 1999, p. 24)

A structural description of one central concept for Sen, agency, provides a fruitful starting point for analysis.

The concept of agency it is of crucial importance in Sen's work. In *Development as Freedom* (1999), Sen says that his use of the term agency is conceived more broadly than in traditional social and economic theories. For Sen, an agent is one who "acts and brings about change" where his actions can be judged in respect of his "own values and objectives". (SEN, 1999, p. 4) Agents have an active role in the society where they are inserted; they actively participate in the public debate. This agency is related to some species of freedoms. Development itself, as a metric, should be evaluated insofar as it effectuates "the removal

of various types of unfreedoms that leave people with little choice and little opportunity of exercising their reasoned agency.” (SEN, 1999).

In his works before *Development as Freedom* Sen usually uses a pair of concepts to talk about agency, usually: agency and well-being. In 1985 Sen speaks of an aspect of agency as the “moral power to have a conception of the good” (SEN, 1984, p.186) as well as of an aspect of well-being that would be the maximization of self-interest, the standard utilitarian idea of well-being (choice, desire or happiness). (SEN, 1984, p.187)

When we speak of the agency aspect of a person as being the power that allows the formulation of a conception of the good, we are describing a subjective mechanism of value formation and choice of goals that will not always be harmonious with choices that would maximize well-being. Agents are persons who act and cause changes, that is, they choose from the available options of action according to the motivations and objectives internally established. It will not be uncommon to find a situation where agency will require a sacrifice in well-being due to our conceptions of the primary good. Agency functions where agents are in positions to fulfill obligations, even though it may adversely affect well-being (SEN, 2002, p.224) and yet, it will be a rational option for action.

This dichotomy between agency and well-being will be important, for even though it is not absolute, it underlines the fact that it is rationally justifiable to opt for an action other than the maximization of self-interest and well-being as stated by the traditional utilitarian economic theory

This observation is of first importance because it refers to two central criticisms by Sen of utilitarian behavioral theory. In the utilitarian conception, pervasive in economics, agents are holders of preferences, who in the face of options choose from them those that maximize their satisfaction within their set of preferences. According to Cudd, (CUDD, 2014, p. 4) Sen’s main criticisms are addressed to the attempt to describe internal motivations through the behavior revealed by choice and the idea that rational behavior must always be self-interested. (SEN, 1984, p.186) The definition of rational choice as the chosen preference that maximizes self-interest and, thus, results in a greater sum of well-being persists despite the model deviating from human reality and regardless of the type of definition or informational basis shaping that view.

It could be argued that economy has produced a set of successful models based on that theory of rationality. Then, it can be said that the economic models always struggle before the reality of the market and are an abstraction of perfect markets and perfect rational agents. The limited success obtained by the traditional economic models were not strong enough to dismiss the modern attempts to make new frameworks for economic theory, more mathematically imperfect, but more realistic and functional.<sup>2</sup>

When we introduce the idea of agency, we start to consider other aspects that are much more complex than those that are used in the traditional modeling of economic and social systems. It is argued that if some kind of description and prediction can be made using the observation of the choice of preferences, this kind of modeling reduces the dimensions of each person to just a few unrealistic elements, moving away from the reality of the market or society. The agency element, in Sen’s theory, is enriched by a set of cognitive constructs of preferences, motivations, and goals that we cannot simply access by observing the external choices of any person. This fact adds an enormous factor of uncertainty and complexity to any attempt to model economic and social behavior.

This description can be even more complete and complex with the following illustration given by Sen and commented on by Cudd. In a group of people, each pick from a basket of apples

<sup>2</sup> See, e.g. ARTHUR, 2015.

and mangoes; having the last person picking fruit from a basket that includes one mango is a different choice situation than having the second to last person pick when there is only one mango left. Even if one prefers the mango all other things equal, one might not wish to be greedy or selfish by choosing the last mango and depriving another of that opportunity. This means that social norms provide agents with another source of motivation that the theory needs to be able to capture. (CUDD, 2014, p. 06) In other words, the opaqueness of the external choices are greater than we could expect just by considering a pure and isolated model of rational choice.

The main point that should be highlighted about agency is the centrality of the concept of freedom of choice and the impossibility of obtaining a complete and accurate description of the cognitive process of motivation and formation of goals just by observing the choices that a person makes. On top of that, we cannot assume that this external and visible process of choice is a reflection of a perfect rational internal process.

The assessment made by Sen's theory has brought a new dimension of complexity to behavioral study in economics and social sciences, adding a broad concept of freedom and with it, uncertainty, with its new conceptualization of agency. By placing emphasis on freedom of choices, on preferences and goals formed internally and influenced by formal and informal social norms, we are left with a picture much more nuanced and intricate in observing the doings and beings of persons. Now we should question the nature of these doings and beings.

### 3 CAPABILITIES AND FUNCTIONINGS

What are capabilities? According to Sen capacities refer to combinations of functions that are possible to be attained by individuals: "Capability is thus a kind of freedom: the substantive freedom to achieve alternative functioning combinations (or, less formally put, the freedom to achieve various lifestyles)." (SEN, 1992, p. 40) Nussbaum adds that capabilities are a normally interrelated set of opportunities for choice and action. (NUSSBAUM, 2011, p. 54) The best interpretation of what Sen means by capability is a certain sort of real options or choices open to the person, possible functionings from which a person may choose to do or be. (CROCKER, 2008, p. 174)

The term functioning that appears in the Sen's work refers to the realization of opportunities (capabilities). (NUSSBAUM, 2011, p. 57) Their realization is being or doing something. That means that functionings range from simple things such as "being adequately nourished, being in good health, avoiding escapable morbidity and premature mortality, etc., to more complex achievements such as being happy, having self-respect, taking part in the life of the community, and so on." (SEN, 1992, p. 39) It is possible to say that a function is nothing more than an active realization of a capability. However, this functioning does not necessarily entail being being intrinsically active, because being lying comfortably in a park or having health are both functionings.

A capability reflects the alternative combinations of functionings over which a person has the freedom of effective choice. (SEN, 2004, p. 335) It is necessary to stress an important point here: no one has the obligation to take an opportunity or realize a capability. No one has the obligation to do or be something.

Since functioning is understood as the realization of capabilities, which in turn are the expression of substantive freedom of choice, that leads us to the initial concept of agency; once we are back to agency, we are in a space of freedoms, including the freedom to not choose anything at all. The space of individual free agency is paramount at any given time or situation.

From this perspective, two people can have the same set of capabilities and choose different functionings or have different sets of capabilities and the same kind of functioning. (SEN, 1990, p. 116)

Applying these elements of the concept of capabilities in a large framework is what was called the capability approach. The capability approach, had its first draft in the paper "Equality of what?" (1982) where Sen asks about metrics of equality. (SEN, 1980) The approach is born as a person-centered approach that puts human agency in the center of attention rather than the market, governments or other types of organizations. (DREZE; SEN, 2002, p.6) The capability approach aims to capture the fact that two persons can have very different substantial opportunities even when they have exactly the same set of external tools. A people who had some kind of disability can do a lot less than a person with no disability if both have the same income and access to same primary goods. The point of view of capabilities asks what actual opportunities individuals have, not the means at their disposal to command. (SEN, 2004, p. 332)

The paradigm shift here is significant because one is no longer concerned with a better way to model and compare markets, government structures or social models from a top-down fashion. With the concepts developed by Sen, it is possible to think of an economic and social organization that must be founded on individuals and their exercise of their free agency, realizing the opportunities available to them. After all, choosing should itself be a valuable part of living, and a life abundant with genuine choice among meaningful options should be seen to be a much richer life to be lived. (SEN, 1992, p. 41)

Possibly the author who most developed the concept sketched by Sen's idea of a capability approach is Martha Nussbaum. In Nussbaum's formulation, it is possible to identify new elements that allow better description and easier understanding and applications of the capabilities structure.

The fundamental distinction made by Nussbaum is about the so-called internal capabilities and combined capabilities. Internal capabilities are skills trained or developed, in most cases, through social, political and economic interaction. A typical example is the abilities developed through contact with the governmental education system, although these internal capabilities may interact and act simultaneously with the combined capabilities, they have different functions. (NUSSBAUM, 2011, p. 51)

The combined capabilities are defined as internal capabilities plus social, economic and political conditions where the functioning can be effectively chosen. As such, it would not be possible to imagine a country that failed to encourage the development of internal capabilities but expanded combined capabilities. However, it would not be difficult to imagine a country that develops external conditions for real opportunities but fails to promote the development of internal capabilities for part of the population, making it impossible for this group to effectively realize its capabilities in functions. This is particularly visible in countries where the poor do not have any access to or have only precarious access to education and health care, while the portion of the population that can afford quality services benefits from economic and social opportunities encouraged by the government. (NUSSBAUM, 2011, p. 52)

This distinction is critical once we adopt the capabilities approach as an account for basic social justice, as Nussbaum did. For example, we may be faced with a country where the authoritarian regime violently represses any kind of demonstration against the government, so that the ability to critically discuss the political situation (internal capabilities) can never be realized in external functioning. Also, we may face a social situation where paid employment for women is not acceptable, making the acquired abilities (internal capabilities) not achievable if the agent is a woman. In both cases, even if the government offers educational structures

that allow the formation of these internal capabilities if the economic and social conditions do not allow the externalization of these internal capabilities into real functioning, there is no real freedom of choice and we face a grave impairment of free agency.

It is important to promote and expand capabilities because they are ways to achieve functionings. The functionings are the endpoints of the capabilities. This is the foundation of creating meaningful opportunities for citizens, not just the creation of any formal opportunities. Moreover, it is never too much to stress that capabilities have value in themselves as a space of freedom and choice, even though this space never forces anyone to function in a specific way. (NUSSBAUM, 2011, p. 58)

Perhaps, one of the most important achievements of the capabilities approach is to show poverty as a deprivation of capabilities rather than just economic shortcomings. (HICK, 2012, p. 3)

In this way, we can say that the capabilities approach is based on the ideas of individual freedom of choice and the dignity of human beings. However, these conditions are naturally vulnerable. Elements and conditions external to individuals and beyond their control play a key role in determining the capabilities available in a society. In this way, governments are central, and the government is responsible for ensuring that citizens have the necessary access to the central capabilities for a decent life. (NUSSBAUM, 2007, p. 11)

#### 4 CAPABILITIES APPROACH AND RIGHTS

In the previous section dealing with the concept of capabilities and its formulations, capabilities were used at various times side by side with individual rights. In this section this possibility, implicit in the discussion above, will be better explored.

The first step will be Sen's position about the use of capabilities to understand and ground human rights. In his 2005 paper, "Human Rights and Capabilities," Sen begins with the following questions: Could human rights be seen as entitlements to certain basic capabilities? Would this be an advantageous way of thinking about human rights? Since human rights require specificity, does the use of the capabilities perspective require a finite list of capabilities? And finally, how can we affirm the content of basic capabilities when our values are supposedly divergent, especially across various national cultures and borders? (SEN, 2005, p. 152)

It could be said that human rights can be seen as rights to certain specific freedoms; in this way we can consider human rights entitlements as an obligation to safeguard and expand those freedoms. As capabilities can be seen as freedoms of a specific type (freedom of choice) we could establish a relationship between human rights and capabilities. However, Sen points out, there is a weak link in our relation, the dual aspect of freedoms: opportunities and process. The opportunity aspect of freedom is related to effective freedom, linked with the opportunity we have to achieve things we see as valuable. The process aspect relates to the importance of the process of autonomous choice and non-interference from others. (PRENDERGAST, 2005, p. 1153) While capabilities seem to adequately encompass the opportunity aspect of freedoms, the same does not seem to happen with the process aspect of freedoms. (SEN, 2005, p. 152)

This point can be illustrated as follows: we know that provided symmetrical health care, women tend to live longer than men. Now, it can be argued that from the pure point of view of equality of capabilities to live longer, more resources and attention should be given to the health of men than to women, even at the cost of a flagrant violation of the right of equal access to health, or that is, equality in process. It can be said, then, that in this case, the need for equality in the process clearly overrides the need for equality in capabilities. Thus,

even though it is relevant to use the capabilities approach to evaluate the real opportunities available to people, this aspect cannot conflict with the process aspect of freedoms, if we are interested in a theory of justice or social choice. (SEN, 2005, p. 156)

The fundamental question about the creation of a list of capabilities, says Sen, is how would the election of these universally shared basic capabilities be made? As careful as we could be to select them, at the exact moment the list is created, we are creating a hierarchy of capabilities. Even if the contrary is expressly stated, the mere existence of such a list will be enough to make the capabilities included more important than all others. And we still have the problem of how to evaluate their validity for different cultural, social, and economic contexts? To address this problem, we would have to go through public discussions and reasoning, unfortunately not just locally, but among various localities and cultures, a task that is not doable in a simple way. (SEN, 2005, p. 157-162)

In the end, human rights and capabilities are two concepts that can be developed well side by side; however, one must be careful not to try to completely encompass one concept in the other, says Sen in his 2005 paper. The capabilities approach is a fantastic complement to the opportunity aspect of freedoms of the human rights, but it will not be sufficient to deal with the process aspect of these rights that is necessary for an idea of justice and social choice. (SEN, 2005, p. 163)

Acknowledging as an initial point Sen's assumptions about capabilities, Nussbaum goes beyond the restrictions placed on its use in connection with human rights and creates a list of basic capabilities and guidelines for its use. In this version of the capabilities approach, Nussbaum wants not only to address the problems raised by Sen but, while doing so, she creates a framework for legal analysis not only for national constitutions but also for public management and lawmaking.

In the firsts pages of her book *Creating Capabilities*, Nussbaum warns that its formulation should be called *Capabilities Approach*, always in the plural, to emphasize that the most important capabilities in a person's life are always plural and qualitatively distinct and cannot be reduced to a single metric without distortions. (NUSSBAUM, 2011, p.45) It is important to note, that Nussbaum, unlike Sen, will say that her formulation will be specifically concerned with social justice. (NUSSBAUM, 2011, p.47) In this formulation of the capabilities approach we will start with the questions: What can people be and do? Are these beings and doings real, or are there some kind of impediments to them? (NUSSBAUM, 2007, p. 5)

The capabilities approach can be defined as a formulation for a comparative description of the quality of life and theorizing about basic social justice, not just in an abstract way but also being responsive to the world and its problems. (NUSSBAUM, 2006, p.1) Asking what each person can be and do means taking people individually as an end and assessing the opportunities available to each one and not just as an aggregate or average percentage of persons. This approach asserts that the role of government, in any society, is to promote and secure a set of core opportunities (substantive freedoms) that people can or cannot actively use in functioning. The choice remains theirs, and theirs alone. The importance of freedom of choice and self-determination is central. Finally, the approach is concerned with social justice and inequality, especially marginalization and discrimination. (NUSSBAUM, 2011, p. 47)

The creation of a list of basic or central capabilities is justified because this version of capabilities approach focuses on such a central area of freedom whose removal would make life empty of human dignity.<sup>3</sup> The capabilities approach does not concern itself with all types

<sup>3</sup> About the concept of dignity Nussbaum says that "dignity is a vague idea that needs to be given content by placing it in a network of related notions, it does make a difference. A focus on dignity is quite different, for example, from a focus on satisfaction". (NUSSBAUM, 2011, p.66". Some pages ahead she added: "The notion of dignity is closely related to the idea of active striving. It is thus a close relative of the notion of basic capability, something inherent in the person that exerts a claim that it should be developed." (NUSSBAUM, 2011, p.68).

of freedom, but only with this core freedoms, so central that there is a supranational consensus on its importance, such as the importance of primary and secondary education. (NUSSBAUM, 2011, p.69)

At this point, Nussbaum's formulation departs radically from Sen. For while Sen elaborates in detail his own theory and applications for capabilities, he does not describe how they should effectively be used for public policy formation or legal and legislative control. Nussbaum's formulation, however, does just that. In doing so she takes a step forward in comparing capabilities and rights.

According to Nussbaum, we could think of rights as combined capabilities to functions in several ways. Since, combined capabilities are internal capabilities plus social and economic external opportunities our description of rights, automatically, has a double dimension. The right to freedom of expression or political participation can be thought of as human capabilities to functionings.

Citizen who are denied access to information cannot properly form their conception of religion in order to exercise their religious freedom, no matter what variety and degree of formal religious freedom the government offers. In this way, a better description and evaluation of the right to freedom of religion would be achieved by seeing it as combined capabilities. In this sense, it is possible to say that the combined capabilities are the goals of public planning. (NUSSBAUM, 1997, p. 291) Another important reason for describing rights as capabilities is the perspective provided that allows us to understand that securing a right requires more than simply having it written on paper. Thinking of rights as capabilities provides us with a framework for how to think about what and how to secure that right to someone in a meaningful way. (NUSSBAUM, 1997, p. 294)

From that perspective, this approach is not about a passive role of the government; instead, it demands active participation in the promotion and protection of this central set of capabilities. In that way, a key role of national constitutions and legal traditions that interpret them is to ensure to all citizens this central set of capabilities in fields of primary importance to human life. (NUSSBAUM, 2007, p. 7)

At this point, it could be argued that the view of rights as capabilities is not adequate to deal with property rights, or the distribution of economic resources, for example, since an equal distribution of these resources would be unthinkable. The opposite is true, says Nussbaum, because the capabilities approach, in this case, would highlight the fact that the same amount of resources for people with a very large capability disparity will return completely different results. In this view, the question proposed by the capabilities approach in the beginning still holds: what are people really capable of being and doing with the given amount of resources? In this way, we can understand more deeply individual positions and guarantee these rights in a way that they are not mere words on paper. (NUSSBAUM, 1997, p. 295) The question still remains about the process aspect of freedom, that Sen argued it was not covered adequately by the concept of capabilities. We argue that Nussbaum responds that problem by giving her list of basic capabilities and a kind of guiding principles for its interpretation.

## 5 BASIC CAPABILITIES AND LAW

Considering the various areas of human life in which people move and act, what this approach to social justice asks is: what does a life worthy of human dignity require? The answer will be, at a bare minimum, a sufficient threshold level of ten Central Capabilities: (NUSSBAUM, 1997, p. 287-288)

Life (1). Here we can find all sorts of capabilities linked with life span; (2) Bodily Health: the capabilities related to a healthy life in all dimensions; (3) Bodily integrity: the capabilities linked with the body freedoms and protections against violence. (4) Senses, Imaginations and thought: the large array of capabilities related to intellectual development, expression and protection; (5) Emotions: all the capabilities that represent emotional functionings and support them; (6) Practical reason: the capabilities that allow the formation of a conception of good and critical thinking; (7) Affiliation: with others human beings (A) and protection from harm while in contact with others, the non-humiliation principle (B); (8) Other species: capabilities related to other species apart from human beings; (9) Play: the recreational capabilities; (10) Control over one's environment: the capabilities to effective participation in the public debate and reasoning (A), and the capabilities that allow control required for economic opportunities and that prevent interference with private property (B).

Every government should provide a minimum threshold of these ten basic capabilities for all its citizens. This is not a final and definitive list. It can always be questioned and redone. It must be specified in the face of concrete local needs by the use and interpretation of local constitutions. (NUSSBAUM, 1997, p. 286)

Following the list of basic capabilities, Nussbaum assigns eight guidelines for her formulation of the Capabilities Approach: (1) *Entitlement, not Charity*. Capabilities (real opportunities) are the right of each and every citizen, and all citizens have equal rights in the specified areas; (2) *Combined Capability, not Notional Freedom*: the opportunities and choices must be real; people must be able to really select the activity in question. All capabilities require state action for their support; benign neglect is not enough; (3) *Capability, not Satisfaction of Desire*. The capabilities approach is about what people are actually able to do and be, not whether their desires are satisfied; (4) *Each Person an End*. We are not interested in the overall good in any way that violates the entitlement of each citizen; (5) *Plural and Noncommensurable Opportunities*. The capabilities (opportunities) are not simply quantities of some indifferent value: they are distinct, plural, and different in quality. In that way, one cannot satisfy one entitlement by giving people a very large amount of another; (6) *Centrality of Choice*. The focus is capabilities, because respect for people's power of choice is at the center of the entire approach; (7) *Special Role of Education*. The main point of the capabilities approach it is to form people able to really choose and think critically. (8) *Need for Imagination*. The necessity to put himself in another's shoes through imagination is a quality required for each policymaker and lawmaker that works with the capabilities approach. (NUSSBAUM, 2007, p.13-15)

Once we have the core capabilities list and the guidelines, we can address the problems raised by Sen in his lecture about rights and capabilities. For instance, it should be noted that the objective of the capabilities approach will be focused on capabilities, not the actual functions actively used by persons (*Centrality of Choice*). The role of government, as viewed by the capabilities approach, is to ensure that people have meaningful choices that they value. The decision whether to choose that opportunity, however, is left entirely to the person. Capabilities mean opportunities for choice. That is, the notion of freedom is embedded in the idea of capabilities. (NUSSBAUM, 2011, p. 57) Respect for individual dignity requires that these opportunities are not forced on people, no matter how significant they appear. Thus, e.g., owning real political rights does not mean the obligation to participate in the political life of your country. (NUSSBAUM, 2007, p.12)

But it is not only necessary to offer opportunities to develop internal and combined capabilities or to encourage functionings; it is necessary that a minimum of doings and beings be attained by people (*Combined Capability, not Notional Freedom*). This point is called by Nussbaum of a minimum threshold of capabilities. (NUSSBAUM, 2007, p.12) This idea will

become important when assessing the limits and goals for government; the lawmakers and public managers should try to get people past a minimum threshold of effective capabilities. (CROCKER, 2008, p. 32).

This threshold level of combined capabilities that a nation should pursue for all citizens is not a coerced functioning (*Centrality of Choice*) but a level of substantial freedom to choose and to act. (NUSSBAUM, 2001, p.56) This threshold must be defined through public debate, as pointed out by Sen, but there is no doubt that some capabilities have a universally accepted minimum threshold, below which there will be a breach of entitlement of that capability (NUSSBAUM, 1997, p.77) and an unenforced right.

In addition, the capabilities approach states that although all capabilities are connected, it is not possible to enhance one capability as a compensation for the neglect of another. (NUSSBAUM, 2007, p.13) The capabilities have different qualities and cannot be the objects of simple tradeoffs.

These capabilities are irreducible and heterogeneous. It is not possible for a government to satisfy one of them by over-promoting another, or simply by providing money. (*Plural and Noncommensurable Opportunities*).

The satisfaction of the specificity of these basic capabilities will be accomplished through the elected protection of the fundamental rights in each local constitution. (NUSSBAUM, 2011, p.76) In that way, we can lessen the effect of a list of capabilities. The local Constitution should be the public forum of discussion and reasoning to select the fundamental rights that can mirror the set of core capabilities. But the non-commutability of the capabilities (*Plural and Noncommensurable Opportunities*) makes it much harder to balance and create social and economic opportunities. In another way, that same property secures more solidity for rights and compels the government to take effective actions to promote and expand real capabilities.

This version of the capabilities approach diverges in many ways from that sketched by Sen, and we must always keep in mind its differences and the resources employed by Nussbaum to bypass Sen's criticisms of this type of work. However, it seems that its use in law and public administration is fertile and represents a real attempt at a theory of choice and social justice.

If we take the capabilities approach, as formulated by Nussbaum, and use it for legal analyses what kind of new perspectives could we find?

Firstly, we will have a framework for scrutiny and measurement of the effectiveness of the fundamental and social rights, selected in the constitution, once we describe them as capabilities. Is it possible to better solve the problems of conflict and hierarchy of fundamental rights in that way? Could we better design public policies and administrative process once we take into account the double dimension of capabilities as rights?

Secondly, we started with the concept of agency, not by chance. The person-centered perspective on capabilities is fundamental in Sen's work and it could be an important turning point for many legal discussions. It moves the focus from the national state or political organization to the individual citizen and how the relations of people's freedoms and choices can change and give birth to social organization. It is a bottom-up approach to social organization.

Thirdly, Nussbaum, looking to solve the problems raised by Sen for capabilities as human rights, created a system of balances and rules that brought many interesting questions to light. (NUSSBAUM, 2007, p. 14-15) The very idea of combined capabilities, for example, makes it almost impossible to think in terms of purely negative rights, because, every capability, every single fundamental right linked with a basic capability, will require action for its fulfillment. (NUSSBAUM, 2007, p. 21)

It is possible to combine the list of core capabilities and the guidelines and apply it in critical analyses of courts' decisions. (NUSSBAUM, 2007, p.7) Ideas like Centrality of Choice and Each Person an End could be applied in many forms to construct public policies very different from what we currently have in any area.

The capabilities approach, as formulated by Nussbaum, can provide a range of tools for creating new perspectives to think about fundamental rights and social justice. Its focus on agency and individual freedom of choice could be a touchstone for a more realistic and flexible interpretation of the law and its application in a more efficient and meaningful way.

## 6 FINAL CONSIDERATIONS

For a long time, legal theory survived with few changes in most countries. Law, in general, has a high threshold of resilience. Nonetheless, the society keeps changing and the gap between societies and their legal systems are greater every year. It is a necessity to bring forward new perspectives and to try new solutions. In the same spirit that Sen asked for a reintroduction of ethics in economics, we should ask for a reintroduction of many elements that law left behind in its path. The perspective of reintroducing persons, citizens, as the primary elements of law is relevant. The notions of imperfect provisions, non-self-interested behavior, non-commutability of capabilities (rights), centrality of freedom of choice, are the tools for a more objective control of efficiency for the enforcement of fundamental rights in the constitutions.

The possibilities for applications in law of the capabilities approach theory are many, some of which were highlighted in this paper, and it should be the object of more and more tinkering and exploration by legal researchers. It can be argued, for example, that if all rights are in some way positive rights, as long we think of them as combined capabilities, then tax law is essential to the expansion of capabilities and for the accomplishment of fundamental rights.<sup>4</sup> So, a rethinking of the objectives and structure of the tax law could be attempted, in that light. In the field of public policy, it could change the way the public programs and process are configured so that the external dimension of the capabilities could be matched more easily with the internal capabilities, assuring a minimum attrition of dragooning opportunities and choices to people.

The way of thinking capabilities as a network of interdependent and heterogeneous elements could lead to a model for thinking about rights in a more organic way, providing more flexible solutions. In any case, it is necessary to think about fundamental rights, their expansion and protection, through new lenses and with new tools. The capabilities approach seems to provide exactly the right type of elements for that new perspective, the time seems to be ripe for that kind of undertaking.

## REFERENCES

ARTHUR, Brian. W. **Complexity and the Economy**. New York: Oxford University Press, 2015.

CROCKER, D. Agency, functioning, and capability. In **Ethics of Global Development: Agency, Capability, and Deliberative Democracy**, p. 150-184. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

---

<sup>4</sup> Following the argument in HOLMES, S.; SUSTEIN, C.R. **The Cost of Rights**: why liberties depend on Taxes. Norton and Company: New York, 1999.

CUDD, A. Commitment as motivation: Amartya Sen's theory of agency and the explanation of behaviour. **Economics and Philosophy**, n. 30, v.1, 2014.

DREZE, J.; SEN, A. **India: Development and Participation**, New York: Oxford University Press, 2002.

HICK, R. The Capability Approach: Insights for a New Poverty Focus. **Journal of Social Policy**, 41(2), 291-308, 2012.

HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. **The Cost of Rights: why liberties depend on Taxes**. New York: Norton and Company, 1999.

NUSSBAUM, M. Capabilities and Human Rights, **FORDHAM Law REVIEW**. v.66, n. 2, 1997.

\_\_\_\_\_. **Constitution and Capabilities: Perception Against Loft Formalism**. Harvard Law Review, n.1, v. 121, nov. 2007.

\_\_\_\_\_. **Creating Capabilities: The Human Development Approach**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. **Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership**. London: Belknap press, 2006.

PRENDERGAST, R. The concept of freedom and its relation to economic development—a critical appreciation of the work of Amartya Sen, **Cambridge Journal of Economics**, v. 29, 2005.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**, New York: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. "Well-Being, Agency, and Freedom: The Dewey Lectures 1984," **Journal of Philosophy**, v. 82, n. 4, April, p. 169-221, 1984.

\_\_\_\_\_. **Inequality Reexamined**, New York: Oxford University Press, 1992.

\_\_\_\_\_. Justice: Means versus Freedoms. **Philosophy and Public Affairs**, n. 19, 1990.

\_\_\_\_\_. **On Ethics and Economics**. Oxford: Blackwell, 1988.

\_\_\_\_\_. **Rationality and Freedom**, Harvard University Press: Cambridge, 2002.

\_\_\_\_\_. **Equality of What? Tanner Lectures on Human Values**. Salt Lake City: University of Utah Press, p. 196-220. 1980.

\_\_\_\_\_. Human Rights and Capabilities, **Journal of Human Development**, v. 6, n. 2, Jul. 2005.

\_\_\_\_\_. Elements of a Theory of Human Rights, **Philosophy and Public Affairs**; Fall, n. 32, v. 4, 2004.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

APLICABILIDADE DO COMPLIANCE COMO  
FERRAMENTA PARA DESENVOLVIMENTO SOCIAL E A  
REDUÇÃO DO DÉFICIT ÉTICO DAS EMPRESAS

LIDIANA COSTA DE SOUSA TROVÃO  
VALTER MOURA DO CARMO

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# APLICABILIDADE DO *COMPLIANCE* COMO FERRAMENTA PARA DESENVOLVIMENTO SOCIAL E A REDUÇÃO DO DÉFICIT ÉTICO DAS EMPRESAS

## APPLICABILITY OF COMPLIANCE AS A TOOL FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND THE REDUCTION OF THE ETHICAL DEFICIT OF COMPANIES

Recebido: 13/08/2018  
Aprovado: 20/10/2018

Lidiana Costa de Sousa Trovão\*  
Valter Moura do Carmo\*\*

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por escopo analisar a aplicabilidade do *compliance* como ferramenta para redução do déficit ético das empresas, levando em consideração as relações que compõem as atividades exercidas dentro e fora do ambiente empresarial, como forma de nortear as atitudes daqueles que estão envolvidos nessa engrenagem. Em outro passo, analisa o reflexo das ações de integridade perante a sociedade, como instrumento de busca do desenvolvimento social, por meio da tomada de atitudes que a beneficiem. Outrossim, analisar-se-ão possíveis caminhos para alcançar função social/solidária da empresa diante da política de integridade do *compliance*, num panorama genérico de critérios pautados na busca desses objetivos, que devem ser orientados pelos princípios da ética, da solidariedade e da dignidade humana. Nesse contexto, serão observados os parâmetros utilizados para delimitar o exercício do direito de propriedade, do qual decorre o direito de exercer a atividade empresarial em termos constitucionais. Assim, diante da necessidade crescente da contenção do déficit ético nas empresas públicas e privadas, sob a análise econômica do direito, a prática do *compliance* surgiu no cenário econômico empresarial como forma de balizar e direcionar condutas, guiadas pela premissa de que à custa do sacrifício de valores éticos, o lucro perde seu valor. Daí porque a necessidade de desenvolver estudos nessa área em expansão, a fim de que as práticas internas possam compatibilizar-se com ações em nível mundial, que exigem cada vez mais ética e transparência em suas relações. Utilizar-se-á o método dedutivo, pesquisa qualitativa e artigos científicos sobre o tema em questão.

**Palavras-chave:** Compliance. Desenvolvimento social. Déficit ético. Função social da empresa.

**ABSTRACT:** The aim of this research paper is to analyze the use of compliance as a tool for reducing the ethical deficit of companies, in regards to the relations that make up the activities carried out inside and outside the business environment, as a way of guiding the attitudes of those involved in those relations. Furthermore, it considers possible ways to achieve the company's social/solidary function in regards to specific policies, in a generic panorama of criteria based on the pursuit of these objectives, which must be guided by the principles of ethics, solidarity and human dignity. In this context, the parameters used to delimit the exercise of the right of ownership, on which is based the right to exercise business activities, as per Brazilian law. Thus, faced with the increasing need for the containment of the ethical deficit in public and private companies, under the economic analysis of the law, the practice of compliance arose

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Mestranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. E-mail: lidianacst@hotmail.com

\*\* Doutorado em Direito pela UFSC (2016), tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2012). Professor Assistente da UNIMAR. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. E-mail: vmcarmo86@gmail.com

in the business economic scenario as a way of guiding and directing behaviors, guided by the premise that profit loses its value when ethical values are sacrificed. That is why the need to develop studies in this expanding area, so that internal practices can be reconciled with actions at the world level, which require more and more ethics and transparency. The research carried out is qualitative, uses the deductive method, and scientific articles as sources.

**Keywords:** Compliance. Ethical deficit. Social function of the company.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo foi desenvolvido com o intuito de analisar a aplicabilidade do *compliance* como ferramenta para redução do déficit ético das empresas, levando em consideração as relações que compõem as atividades exercidas dentro e fora do ambiente empresarial, como forma de nortear e balizar as atitudes daqueles que estão envolvidos nessa engrenagem.

A investigação se pauta na forma como se dão as ações previstas nos regulamentos do *compliance* a serem aplicados nas empresas, públicas e privadas, diante de ações que possam minimizar alguns efeitos causados por práticas imoderadas no ambiente empresarial, que acabam por refletir na sociedade.

Diante da necessidade crescente da contenção do déficit ético nas empresas públicas e privadas, sob a análise econômica do direito, a prática do *compliance* surgiu no cenário econômico empresarial como forma de balizar e direcionar condutas, guiadas pela premissa de que à custa do sacrifício de valores éticos, o lucro perde seu valor.

Por meio da gestão de riscos, buscam-se aplicar práticas que resultem em respostas efetivas de prevenção, diminuição e exclusão da corrupção em suas diversas formas. Não há dúvida de que valores éticos devem balizar toda e qualquer atividade econômica, uma vez que a proteção jurídica das empresas só tem sentido quando suas atividades são pautadas na solidariedade social. Essa solidariedade permite o diálogo entre empresas privadas e entre estas e as empresas públicas, cujo ganho competitivo proporcionado pelo *compliance* atinge consideráveis índices de confiabilidade e permitem a observância do postulado da dignidade da pessoa humana do início ao fim do processo.

Cumprir a função social da empresa, portanto, mostra-se como principal fundamento das atividades que compõem o *compliance*, cujas metas são o enfrentamento da corrupção, das práticas abusivas, da deslealdade e do déficit ético, entendidas aquelas que ocorrem tanto dentro como fora da atividade empresarial, abrangendo as relações de engrenagem e sua imagem refletida na sociedade. Essas atitudes positivas da empresa engendram a perspectiva pelo desenvolvimento social, uma vez que cumprem a função social aquela que se esforça para atingir um objetivo útil em que haja proveito tanto para os envolvidos como para toda a sociedade.

Para a condução deste trabalho foi utilizada pesquisa qualitativa, doutrina nacional e artigos científicos sobre o tema em questão. Dividiu-se a pesquisa em momentos. Partiu-se da análise da função social/solidária da empresa e os problemas enfrentados para manter o equilíbrio do nível ético nas relações empresariais. Em seguida, analisou-se o contexto em que se insere o *compliance* e suas características como alternativa para contenção progressiva do déficit ético das empresas. Por fim, foi analisada a implementação do *compliance* nas empresas, sua evolução enquanto conceito na pós-modernidade e possível eficácia para solução de problemas estruturais graves.

## 2 FUNÇÃO SOCIAL/SOLIDÁRIA DA EMPRESA COMO MECANISMO PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Há muito se tem buscado um equilíbrio nas operações econômicas que circundam as esferas pública e privada, num incessante interesse em desvincular o perfil individualista, ou, muitas vezes, egoísta, daqueles que desempenham atividades privadas, e de algum modo fazê-las conciliar a vinculação privada ao desenvolvimento social e o respeito aos direitos fundamentais. Nesse contexto, o déficit ético das empresas decorre de anos de más condutas, de tolerância ou engajamento das corporações a essas práticas, fazendo-as perpetuar para além de padrões minimamente aceitáveis.

Num contexto histórico, ocorreram várias mudanças no direito de propriedade, típicas da dinâmica que acompanha as relações humanas. Assim (GONÇALVES; REZENDE, 2015, p. 53):

Ao longo do tempo, o conceito de propriedade sofreu várias alterações, numa tentativa de acompanhar as evoluções sociais. Dessa forma, no transcurso da história a propriedade exerceu várias funções, evoluindo da propriedade absoluta e individualista até a propriedade limitada pela função socioambiental dos dias atuais. Em geral, nas sociedades mais primitivas prevalecia o sentimento de coletividade, pois os homens viviam em tribos e os bens pertenciam a todos. Apenas em relação a bens móveis se verificava a propriedade privada.

Na evolução histórica brasileira pela busca do desenvolvimento social e afirmação dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988, com o passar do tempo, fez com que houvesse uma conscientização gradativa acerca da necessidade de abandonar o individual, num contexto egoístico, para um contexto plural, social, que pode beneficiar a todos indissociavelmente. Interessante notar que, ao indicar onde de fato emana o poder de praticar as efetivas modificações na sociedade, a CF/88 respaldou que é do povo (sociedade) de quem emana a verdadeira força motriz. É dizer que (NOGUEIRA; BENEVIDES, 2017, p. 82):

Com a elevação no nível de consciência geral da sociedade acerca da relevância dos direitos humanos, bem como da necessidade de devolver processos de organização e luta para afirmação, consolidação e ampliação dos direitos fundamentais, tanto no que diz respeito aos direitos civis e políticos quanto no concernente aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, há quem considere que a partir do Golpe Militar e da resistência que ocorreu em face do regime ditatorial que o sucedeu, houve o florescimento dos direitos humanos no Brasil. Destarte, tivemos com a Constituição de 1988 a consolidação de uma ampla gama de direitos fundamentais [...].

A evolução desse pensamento fez com que o exercício das boas práticas passasse a ser um ponto alcançável diante da atividade empresarial, pois toda essa dinâmica necessita do empenho daqueles que estão envolvidos direta ou indiretamente. Não se pretende desvirtuar o principal objetivo da atividade econômica – o lucro, porém, sua busca a qualquer custo acaba tendo, ao final, um custo muito maior. Não há apenas um prejudicado nessa relação dialética, quando se relega a segundo plano a solidariedade como possível solução para uma sociedade desigual, marcada por injustiças e pelo desnecessário sacrifício da dignidade humana.

A origem da noção de dignidade humana, consoante Landa (2015, p. 110):

La dignidad de la persona humana se asienta en un sistema de valores democráticos propios de la posición humanista que adoptó la cultura universal luego del Holocausto de la Segunda Guerra Mundial. Inicialmente se habló de un renacer del iusnaturalismo frente a una concepción positivista del hombre y del Estado de Derecho; sin embargo, fue

la renovada teoría institucional la que logró darle el perfil de un principio constitucional y de un derecho fundamental.

Na Constituição brasileira, o princípio da dignidade humana perfilhou paradigmas existentes no direito constitucional alemão de 1959, cuja premissa se assenta na lógica da intangibilidade da dignidade do homem, devendo-se respeitá-la e protegê-la, obrigação de todo o poder público. Desse modo, “a Constituição Alemã elevou a proteção à dignidade humana a patamar máximo, ao estabelecê-la como direito absoluto”, sendo de tal modo consagrado, que se afirma inclusive que referido princípio representa “o alfa-ômega do sistema constitucional de proteção das liberdades.” (FURTADO, 2015, p. 297).

Desta feita, seguindo o constitucionalismo moderno, “conclui-se que dar fundamento ao Estado na dignidade da pessoa humana patenteia o reconhecimento do valor do homem enquanto ser livre”, e franqueia ao Estado o reconhecimento de “ter suas pilastras na observância do princípio em baila em favor do ser humano, abrangendo tal princípio não somente os direitos individuais, mas os direitos outros, de natureza econômica, social e cultural” (FURTADO, 2015, p. 299).

Tal princípio, está assentado em tantos outros valores, a começar na preservação e direito à vida, a que a ordem econômica tenha por escopo dar condições para que todos além de vida, possa gozá-la dignamente. Da forma como a dignidade humana está insculpida na nossa Carta Política, nas palavras de Furtado (2015, p. 299-300):

[...] É uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, devendo, por tal razão, seu conteúdo ser compreendido com caudalosa valoração que encare seu sentido normativo-constitucional, afastando-se, tanto quanto possível, uma noção superficial da essência do próprio homem, de tal sorte que se arrede qualquer ideia apriorística do homem.

Ingo Sarlet (2007, p. 364), enuncia que a dignidade humana é algo tão latente e vivenciado pelo ser humano, que não há dificuldade em se identificar com clareza as situações em que ela é agredida, embora haja “uma pauta exaustiva de violações da dignidade”. Desse modo, acrescenta o referido autor, “independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos [...] — são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas [...]” (SARLET, 2007, p. 367), ainda que se portem de forma desigual. A compreensão da dignidade humana no âmbito da necessidade de respeitar o outro, inclusive nas relações privadas, deverá ser objeto a ser considerado.

Considerando o paradigma ético levantado, é dizer, ainda, que “numa sociedade desigual como a brasileira, conservadora e patrimonialista, com uma indisfarçável dificuldade para reconhecer as diferenças sociais e combatê-las”, impossível não admitir que “o princípio da dignidade da pessoa humana é instrumento eficaz para que se impeça a coisificação do homem.” (RODRIGUES; LIMA, 2015, p. 344).

O reconhecimento da necessidade de se fazer algo pelo outro, e desse modo pela sociedade, fez com que o cumprimento da função social refletisse também a busca pelo desenvolvimento social, cujo estandarte é o de acompanhar a evolução da própria sociedade. Não é razoável esperar que as relações humanas sejam, por si sós, eleitas ao desenvolvimento. A busca pela melhoria nessas relações, a exemplo daquela fincada entre empresário e sociedade é, além de inevitável, passível de ser moldada para que não haja nem retrocessos nem excessos.

Nesse sentido é o entendimento de Pessoa (2010, p. 70), ao afirmar que:

Com a modernidade, o paradigma se desloca para o indivíduo, para a pessoa humana, verdadeira visão antropocentrada. As Constituições modernas (e contemporâneas) são documentos políticos que partem da limitação à atuação do poder estatal, no sentido de proteger as pessoas.

Aqueles que buscam o lucro, como termo preponderante da atividade econômica, consideram que, postas todas as cartas na mesa, aquele que vencer (a qualquer custo) será o que mais bem soube desempenhar seu papel empresarial. Aliado a esse pensamento, estarão à margem de qualquer pensamento capitalista o que haverá no futuro, a que custo será faturado o lucro do presente, a que preço terá às pessoas e ao mundo para gerações futuras.

Entretanto, existe uma agradável corrente de expectativas que está levando a aproximação das boas práticas à função social do direito privado, como início de um raciocínio que leva a refletir sobre seus interesses na perspectiva da solidariedade, como forma de mostrá-lo legítimo diante do interesse social. Esse pensamento decorre da mudança de paradigma acerca da própria função social do direito, da justiça, “como valor ideal, hoje dá sentido social ao comportamento dos particulares, significando isso que cada um, a partir da noção jurídica de solidariedade, está obrigado a assumir sua respectiva responsabilidade cívica, cooperando para o bem-comum.” (CARDOSO, 2010, p. 184).

Percebe-se, portanto, que a evolução do pensamento moderno acerca da realidade que estava sendo apresentada fez com que houvesse a necessidade de mudar os paradigmas para alcançar posterior êxito no exercício das atividades econômicas privadas. Veja-se que essa realidade “mostrava a diferença cada vez maior entre a igualdade formal e a desigualdade material, que afastava as classes menos favorecidas” (CARDOSO, 2010, p. 184), de modo a isolá-las da possibilidade de serem beneficiadas, ou, pelo menos, não atingidas pela avalanche de consequências da busca do lucro a qualquer custo. O déficit ético, nesse passo, é enorme, a ponto de ofuscar os efeitos dessa prática. Não se enxerga além e as premissas antecedentes são tão fortes que não se vê o resultado do que é feito ou deixado de fazer.

Parte da literatura entende que a função social da empresa alcança o modo como essa responsabilidade é pulverizada na empresa. Nesse sentido, salutar o entendimento de Alzaga Villaamil (2009, p. 10):

Entendemos por Responsabilidad Social de la Empresa (RSE) el compromiso que asume una empresa de actuar de forma positiva y comprometida en la consecución de sus objetivos económicos y financieros, creando valor para sus accionistas, y teniendo en cuenta el efecto que esas acciones tienen en los grupos de interés que conforman y dan sentido a la propia realidad empresarial. La RSE se practica cuando las compañías integran los asuntos sociales y medioambientales en sus negocios y cuidan sus interacciones con los ciudadanos y con los grupos de interés o stakeholders. Una empresa es responsable si de manera voluntaria procura que sus decisiones empresariales tengan un impacto positivo sobre los grupos de interés que la conforman: accionistas, empleados, clientes, proveedores, medio ambiente y sociedad en general.

Dada sua atual mobilidade, o direito privado, apesar de consubstanciar “uma situação de poder”, pode adequar-se “às transformações dos valores dotados pela sociedade, de maneira que ela tem a vantagem de tornar o Direito Privado um sistema móvel, voltado ao atendimento dos direitos fundamentais num sentido concreto”. (CARDOSO, 2010, p. 185). Isso implica dizer que, pelo princípio da solidariedade, há que se observar os interesses difusos e coletivos, mesmo que haja normas que determinem que sejam observadas uma ou outra conduta. Ainda com Cardoso (2010, p. 187), “essa nova feição, articulada por noções de igualdade, equidade e justiça para todos, interage o indivíduo à sociedade, e a atribuição de uma ‘sociedade’ ao

direito faz com que ele retome seu fim de construir uma sociedade justa, mormente no que diz respeito ao Direito Privado”.

Dentro dessa asserção, “princípios como o da probidade e da boa-fé traduzem um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção nas relações entre particulares [...]”, e, principalmente, “a equidade como princípio ético que orienta a realização do direito no sentido de evitar-se uma injustiça” (CARDOSO, 2010, p. 187). Importa mencionar que a ética, como veta de toda atividade interpessoal, tem o homem como principal destinatário e é dele a missão de aplicá-la na sociedade e para a sociedade, cujo objetivo permanente é resguardar as pessoas como parte de um todo coletivo, indissociável.

Em outras palavras, a função social/solidária da empresa liga-se diretamente ao desenvolvimento social, na medida em que “possui uma conotação diversa, pois agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas”. Nessa perspectiva, “a função solidária da empresa é aquela que traz uma contribuição valorosa para o desenvolvimento social.” (SANTIAGO; CAMPELLO, 2016, p. 136).

Boas práticas de integridade são fundamento para contribuição do desenvolvimento social como reflexo da função social da empresa. Numa herança histórica da mudança do panorama empresarial, fincada pelo crescimento de transnacionais igualmente responsáveis pela promoção do desenvolvimento social, as empresas, ao exercerem a atividade econômica, assumiram a tarefa de cumprir suas obrigações perante seus funcionários, fornecedores, fisco e, portanto, toda a sociedade, dividindo o contencioso com o Estado, igualmente responsável pela proteção e promoção social. Acerca do assunto, Feitosa (2013, p. 106) aduz que:

No domínio político-econômico, pode-se atestar ter ocorrido, ante o enorme crescimento das empresas transnacionais, severa restrição na capacidade dos Estados nacionais de operar seus instrumentos de proteção e promoção social. As corporações transnacionais, diferentemente das antigas multinacionais, passaram a se estruturarem em feixes de empresas, [...] se espalharam pelo mundo impactando o poder político dos Estados nacionais e a capacidade de proteção jurídica de seu sistema de direitos e garantias, nos campos dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), colidindo em direitos trabalhistas, previdência e assistência social, educação, saúde, entre outros.

A empresa, diante do dever constitucional de buscar cumprir sua função social, representa papel determinante para que, acompanhada de ações estatais, possa contribuir de forma decisiva para o desenvolvimento social. A política do *compliance* se molda na transformação para operacionalizar suas atividades, fazendo com que busque também objetivos sociais, como a diminuição das desigualdades. Volta-se à afirmação de que a atividade empresarial, com a busca precípua do lucro, ao cumprir a função social da empresa, o faz por meio do “[...] princípio da compatibilização do interesse privado com o coletivo e o difuso” (SILVEIRA; NASPOLI, 2013, p. 131), e, nesse sentido:

[...] pode-se dizer que, na atual ordem econômica brasileira, os interesses coletivos e difusos não podem oprimir os membros do próprio grupo; ou seja, os interesses individuais. Pelo contrário, deve-se compatibilizar o interesse coletivo com a livre-iniciativa e o princípio da liberdade econômica, haja vista que a liberdade privada não pode ser suprimida em um sistema capitalista. (SILVEIRA; NASPOLI, 2013, p. 131)

Todos esses aspectos precisam dialogar, para que haja uma harmonia na atividade econômica. Os objetivos a serem traçados necessitam, precipuamente, beneficiar a sociedade como um todo, de modo a promover o desenvolvimento social e conseqüentemente o humano. Não há como dissociar a atividade empresarial do dever de promoção social por meio da função

social, pois, do contrário, a finalidade da pessoa jurídica estaria vazia. De nada vale o lucro às custas da dignidade humana.

### **3 COMPLIANCE COMO FERRAMENTA PARA DIMINUIÇÃO DO DÉFICIT ÉTICO DAS EMPRESAS**

Dentro de todo esse panorama traçado, é importante estabelecer diretrizes a serem seguidas, pontos a serem delineados, arremates a serem feitos. Parece tarefa fácil, mas, na verdade, pela dinâmica atual do mercado, alcançar um nível mínimo de ética na atividade empresarial se tornou um objetivo muito complicado de ser alcançado. Não pela atividade em si, e nem pela vontade do empresário em ferir as regras de boa conduta, mas pela necessidade de alcançar metas e obter lucros ainda maiores. Essa vivacidade e ambição não são algo que seja totalmente despojado pela doutrina, pelo contrário, a atividade empresarial se faz essencialmente do lucro, porém, não significa que esses dois objetivos não possam ser alcançados paralelamente.

Mas, em que momento esse equilíbrio deve ser expressado? O princípio ético não está sozinho nessa empreitada. O Código Civil está assentado em outros princípios, além daqueles que emanam do prisma constitucional. Assim é a assertiva de Santiago e Campello (2016, p. 128-129), ao afirmarem que “o princípio da socialidade é um dos três princípios basilares do novo Código Civil, sendo os outros dois o princípio da eticidade e o princípio da operatividade. Isso é assim, exatamente, em consequência da mudança de visão que condenou o individualismo exacerbado à morte”.

Não é demais dizer que o individualismo, ou até o egoísmo das relações privadas foi aniquilado com o advento do Código Civil de 2002. Não há mais chance de pensar o contrário, de agir ao contrário. A base principiológica não dá espaço para que seja pensado diferente e, portanto, quem na pós-modernidade desejar exercer atividade econômica no Brasil deverá cumprir a lei e reconhecer que os seres humanos compartilham uma destinação comum.

Adverte Cardoso (2010, p. 193) sobre a amplitude dos institutos privados à luz dos ditames constitucionais, como forma de afastar a ideia de que Constituição e Código Civil são “esferas estanques, fechadas em si mesmas”:

Propriedade privada, contrato, empresa, família, interesses difusos e responsabilidade civil são tratados pela (sic) Direito Privado contemporâneo como instrumento da economia num mundo compartilhado por todos, e, logo, precisam ter função social, sob pena de perversão da própria ordem econômica capitalista, pois aquela contrapõe-se ao abuso de direito, obrigando o proprietário a utilizar seu patrimônio na forma de interesse coletivo.

O nível ético, portanto, decorre da necessidade de pôr em prática os diversos limites impostos ao direito de propriedade, e como consequência, a obrigação de dar função social a ela. Desta feita, a função social da empresa, como derivativo da função social da propriedade, num contexto privado, externa essa necessidade de, como dito acima, obrigar o proprietário a utilizar seu patrimônio na forma de interesse coletivo. Esse coletivo decorre de uma tendência natural do homem, cuja sociabilidade é indispensável para a vida em sociedade e para o exercício de suas atividades. Dentro dessa nova modernidade “há uma nova empresarialidade fundada na função social e na boa-fé objetiva, tendo por finalidade: geração de um valor econômico agregado; serviço à comunidade; desenvolvimento das pessoas que a integram e capacidade de continuidade.” (DINIZ, 2012, p. 49).

A preservação de níveis mínimos de ética nas empresas determina os rumos das atividades empresariais e, por consequência, das transações econômicas traçadas dentro dessa relação plural. É dizer, inclusive, que a corrupção, ou, simplesmente, déficit ético, contamina não só as pessoas que estão praticando ou deixando que se pratique, mas permite que consumidores, contribuintes e a sociedade em geral seja prejudicada. Na mitigação da impessoalidade nas licitações com o poder público, versada em favorecimentos pessoais e na frustração da competição, ou mesmo nas relações entre particulares, quando ambos maculam transações com pessoas jurídicas ao invés de pessoas físicas, a fim de recolher aos cofres públicos alíquota mais favorável de imposto de renda. Essas atividades possuem um efeito deletério devastador, que, cedo ou tarde, atinge a sociedade como uma avalanche.

Dentro desse panorama, o empresário exerce uma função importante no que diz respeito ao grau de confiabilidade que a sociedade deposita na empresa e à responsabilidade que a pessoa jurídica deve refletir. Desse modo, além de pequenas ações do cotidiano, as empresas adotam o balanço social, que “é feito exatamente para dar publicidade e transparência. Através dele é possível a sociedade acompanhar e avaliar o nível ético de determinada corporação.” Esse balanço é adotado por empresas que cumprem a função social “como instrumento de gestão e informação para os acionistas e toda a sociedade. Esse instrumento revela as ações que foram desenvolvidas no campo socioeconômico. É uma prestação de contas aos *stakeholders*.” (BARACHO; CECATO, 2016, p. 124).

Não se pode deixar de analisar essa sociabilidade ética no contexto do objetivo primordial da atividade empresarial, o lucro, quando a própria constituição consagrou o capitalismo como sistema econômico, tendo em vista que dar função social à empresa não inviabiliza a atividade lucrativa. Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Christina de Almeida (2003, p. 145):

[...] é importante dizer que essa instituição não irá renunciar à sua finalidade lucrativa ao voltar-se para a sua função social. É que as empresas, na atualidade, acabam sendo tão responsáveis quanto o Estado, no que se refere a assegurar os direitos individuais do cidadão, dando-se ênfase na melhora não apenas do aspecto econômico, mas também do social e da comunidade na qual está inserida, o que, em última análise, beneficia todas as partes.

Com essa obrigação legal de promover ações coletivas, a empresa tem se esforçado para atingir esses objetivos sem descuidar da promoção de sua imagem. A questão se mostra tormentosa quando, ainda que haja a promoção dessas ações buscando impelir a função social da empresa, o resultado dessas ações dá forte conotação antiética, pois, na verdade, o que se busca não é a satisfação dos interesses coletivos, mas tão somente o ensejo de evidenciar a empresa. Praticar uma conduta ética, observado o princípio da solidariedade, nas condições sociais e competitivas do mundo empresarial moderno, não pressupõe um afastamento dos objetivos lucrativos de uma sociedade capitalista.

Diniz (2012, p. 47) aponta que “a função social do contrato de sociedade e da propriedade empresarial busca a boa-fé objetiva do empresário (individual ou coletivo), a transparência negocial e a efetivação da justiça social”, de modo que o “princípio da boa-fé objetiva privilegia o respeito à lealdade, requerendo do empresário um padrão de conduta, que tenha como *standard* ‘o bom homem de negócios’, que deve ter o dever de diligência e cuidado próprio na condução de seu interesse.”. Acrescenta a autora que (2012, p. 47):

[...] eis a razão pela qual Alberto Simão Filho afirma, acertadamente, que o empresário deve buscar um ponto de equilíbrio (“ótimo de Pareto”), obtendo o máximo de eficiência social, fazendo com que os custos sociais derivados das atividades mercadológicas sejam iguais aos benefícios sociais alcançados.

Atingir a função social por meio da observância ética da atividade empresarial não é tarefa fácil, porém, não é impossível. Há possibilidade de que os efeitos negativos, ou externalidades, ou deseconomia externa (utilizados por Maria Helena Diniz como termos sinônimos) por meio de mecanismos de compensação, e nesse contexto (DINIZ, 2012, p. 48):

Mediante um processo de internalização da externalidade por meio da *economia do bem-estar social*, considerando a externalidade como uma falha do mercado, cabendo, então, ao Estado corrigi-la pela tributação, ou da *análise econômica do direito*, pela qual os próprios interessados negociam a internacionalização da externalidade, fazendo uso do direito de reduzir os custos da transação.

É nesse ponto que se insere a possibilidade de utilização do *compliance* como ferramenta para diminuição do déficit ético empresarial, levando-se em conta que ele pode ser utilizado como “uma proposta de *standard* comportamental, fundada na ética, nos costumes comerciais e no princípio da boa-fé objetiva, para uma nova empresarialidade, fazendo, inclusive, com que a responsabilidade social seja uma opção consciente do ‘bom empresário’” (DINIZ, 2012, p. 55). Embora o termo posto em evidência seja questionado atualmente, por ter sido travestido para enaltecer unicamente a imagem da empresa, as premissas para um bom exercício da atividade empresarial estão pautadas em ações responsáveis, éticas e que leve em consideração o princípio da função social da empresa.

O que se pôde observar, até aqui, é que há sempre uma grande dialética entre o que se pode e o que se deve fazer na atividade empresarial. A busca pela excelência na função social da empresa, por muitas vezes gerar custos, não é interessante para maioria dos empresários. Contudo, pela pressão social exercida e pelo dever legal de dar à propriedade uma função social, acabam por digerir as externalidades negativas e tentar minimizá-las em outros aspectos, apesar de, muitas vezes, como dito alhures, não conseguirem esconder a nódoa da insensatez antiética.

Se é moda ou não, a implementação do *compliance*, na verdade, traduz diversas maneiras de implementação de ações que possam diminuir o déficit ético das empresas, e, se porventura o termo em si não evolua, ou com o tempo seja superado por outra mais moderna, o que realmente importa é que servirá para auxiliar na busca por uma sociedade mais justa e solidária.

Não é dizer que o empresário não opta por alcançar ou não a função social da empresa, dentro de um panorama de obrigações constitucionais. Consoante Cardoso e Carmo (2017, p. 145) “a função social da empresa é o corolário de uma ordem econômica que, embora composta por vários princípios, possui o intento comum de garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e, desse modo, não lhe é dada a escolha de ter ou não uma finalidade social diante de “responsabilidades perante a sociedade como um todo”, na qual “deverá ser responsável e exercer suas atividades com preocupação com o interesse social (sua finalidade)” (CARDOSO; CARMO, 2017, p. 145).

A definição de *compliance* está muito associada à ideia de integridade e comprometimento nas relações empresariais públicas e privadas, nas suas diversas modalidades, à luz do regramento previsto na Lei n. 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção, cujas diretrizes são apresentadas com o intuito de auxiliar as empresas a construir ou aperfeiçoar boas práticas. Estas, estão intrinsecamente relacionadas ao exercício de atividades pautadas na ética, com aplicação de medidas anticorrupção.

O termo integridade na proposta do *compliance* alcança diversos outros aspectos, pois uma empresa íntegra, de ações e atividades íntegras, todas pautadas na boa-fé e na ética, demandam que todos esses elementos sejam observados conjuntamente. Ética e boa-fé

são características indissociáveis ao termo integridade, que induz ao entendimento de que para colocá-las em prática é necessário que haja prévia articulação de toda a corporação, um comprometimento dos diversos setores e o desejo que sejam perenes e não apenas externadas em determinadas situações.

Grandis (2017) analisa a responsabilidade social da empresarial, para posteriormente confrontá-la com o *compliance*, apontando similaridades e diferenças, e ao final indicar seu ponto de convergência:

[...] as similaridades (SIC) entre *Compliance* e RSE são evidentes: o fundamento de ambos são os valores éticos e seus beneficiários são a empresa e seus stakeholders. No entanto, eles diferem quanto aos objetivos principais que, nos programas de *Compliance* são especialmente prevenir fraudes, corrupção, a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, enquanto o da RSE é contribuir para uma sociedade mais justa e para um ambiente mais limpo. Neste novo contexto, o profissional de *Compliance* atua como verificador das ações de RSE, de modo a afastar eventuais conflitos de interesse ou, até mesmo, o uso da área para práticas indevidas, por exemplo, doações para instituição de agente público ou político em contrapartida a benefício em contratação pública ou como mecanismo de lavagem de dinheiro.

Em defesa da responsabilidade social empresarial (RSE), a autora arremata afirmando que “a área de RSE não se configurou mero modismo, ao contrário, permanece em voga, porém agora com um novo aliado para orientar a tomada de decisões e a definição de estratégias que garantam não só o atendimento do objetivo final das ações socioambientais, mas, também, a preservação da reputação da empresa/entidade” (GRANDIS, 2017, p. 57).

Sem embargo de outras modalidades de *compliance*, as responsabilidades apontadas no seu âmbito atingem as esferas penal, civil e trabalhista, uma vez que, em sendo a pessoa jurídica uma cadeia de múltiplas responsabilidades, os seus reflexos de uma forma ou de outra atingirão todos os envolvidos no processo econômico. Desse modo, acerca do *criminal compliance*, salienta Rotsch (2012, p. 06) “un concepto de Compliance dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por lo tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva.”, uma vez que essa suposta evasão “[...] sería entonces un mero traslado de la responsabilidad que afectaría penalmente a otros sujetos, lo cual desde el punto de vista empresarial puede ser igualmente desastroso.” (ROTSCH, 2012, p. 05).

Nesse mesmo passo, preocupado em alinhar as novas práticas de mercado no contexto do *compliance* às relações entre o poder público e as empresas privadas, nos mais diversos setores, e ainda, pela exigência de mercados internacionais na comprovação de atividades íntegras, foi elaborado pela Controladoria Geral da União, uma espécie de cartilha, intitulada “Programa de Integridade”, com o objetivo de balizar e propor diretrizes para pautar as atividades por ela desempenhadas. Essa cartilha prevê a ética como paradigma a ser observado, conforme texto que segue:

Os padrões de ética e de conduta representam o comportamento esperado de todos os funcionários e dirigentes da empresa. É conveniente que tais padrões sejam reunidos em documento único, geralmente denominado código de ética ou de conduta. De qualquer forma, é perfeitamente possível que a empresa possua dois documentos complementares: um que trate de valores e princípios da empresa (código de ética) e outro que explicita a conduta a ser seguida pelos membros da empresa (código de conduta). O importante é que tais padrões de comportamento sejam claros, sejam seguidos por todos, e que se encontrem também amplamente acessíveis ao público externo, em especial aos parceiros de negócio e clientes. (BRASIL, 2015, p. 14)

O *compliance*, portanto, exprime a necessidade de compatibilizar as diversas ações de integridade dentro de padrões éticos e de conduta para que cada organização, de acordo com suas peculiaridades, com o engajamento de toda a corporação. Essas ações devem ser, de início, desenvolvidas no ambiente interno, mas com vistas a abranger também as ações fora da empresa, nas suas relações com outras empresas, fornecedores e mesmo com o poder público. Nesse sentido (BRASIL, 2015, p. 15):

Vários dos riscos aos quais a empresa está submetida impõem a necessidade de estabelecimento de normas sobre como os seus representantes devem agir quando em contato com agentes públicos. Uma política clara e efetiva sobre relacionamento com o setor público é capaz de mitigar riscos relacionados à participação em licitações e contratos administrativos; ao pagamento de tributos; à obtenção de licenças, autorizações e permissões; a situações de fiscalização ou regulação; à contratação de atuais e ex-agentes públicos, entre outros.

Sob esse aspecto o relacionamento de empresas privadas com empresas públicas demanda uma atenção ainda maior, pois existem várias formas de corrupção que podem desequilibrar essas relações e, principalmente, ferir o princípio da isonomia. Um deles é a necessidade de atenção e cuidado com os registros contábeis da empresa, uma vez que são fontes essenciais para identificar impropriedades, como “suborno, assim como outras práticas ilícitas, [...] geralmente disfarçado contabilmente em pagamentos legítimos como comissões, consultorias, gastos com viagens, bolsas de estudo, entretenimento, etc.” Desse modo “é importante que os registros sejam confiáveis, de forma que permitam o monitoramento das despesas e das receitas, facilitando a detecção de ilícitos.” (BRASIL, 2015, p. 17). Essas boas práticas se estendem a todos os setores da empresa, com características próprias e, também, a diversas outras práticas dessas entre si, no âmbito privado, e delas com o poder público.

Além disso, importante destacar que, a fim de ampliar a possibilidade de tomar ciência de condutas antiéticas, a empresa deve, de acordo com o programa de integridade, ou simplesmente *compliance*, implantar canais de denúncia, mediante avaliação do modo como essas informações serão feitas. Entretanto, deve a empresa se preocupar em manter o anonimato dos denunciantes, a fim de proibir a retaliação. Outrossim, “é desejável que a empresa tenha meios para que o denunciante acompanhe o andamento da denúncia, pois a transparência no processo confere maior credibilidade aos procedimentos.” (BRASIL, 2015, p. 21).

Vale ressaltar que a necessidade de conter o déficit ético das empresas é de nível mundial, pois “[...] as empresas estão tendo que promover uma junção entre moralidade, publicidade, legalidade, eficiência, impessoalidade, proporcionalidade e responsabilidade objetiva. Princípios estes tradicionalmente tratados no espectro do Direito público.” (GABARDO; CASTELLA, 2015, p. 142-143). Partindo-se da análise econômica do direito, “igualmente não deve ser ignorada a gravidade do déficit ético que acomete o funcionamento das instituições públicas e privadas”, fazendo-se necessária “a partir da junção destas duas crises, [...] cogitar-se também de análise jurídica da economia, adotada como premissa a de que a busca do lucro não justifica o sacrifício de valores éticos” (PEREIRA JÚNIOR; MARÇAL, 2017).

Assim, o principal enfoque nos esforços para diminuição do déficit ético se dá em razão da preservação do dever de dar função social à empresa, pois “é o principal fundamento dos programas de *compliance*, tão necessários à formação de uma nova cultura que relativize o lucro, submetendo-o à ética nos negócios, seja quando empresas privadas negociam entre si ou quando negociam com o estado.” (PEREIRA JÚNIOR; MARÇAL, 2017).

Porém, muito mais que a vaidade de implantar um programa de *compliance* para exhibir um selo de qualidade/honestidade, é o real sentido de cumpri-lo, cuja qualidade ética se sobrepõe a qualquer um dos adjetivos mercadológicos que a empresa possa alcançar. Além

disso, “[...] a mera busca pelo lucro não garante sustentabilidade econômica, no sentido de permanência da empresa ao longo dos anos”, não obstante ao fato de que “a sociedade contemporânea vem exigindo da empresa uma postura de responsabilidade pelos resultados paralelos de sua atividade. É nesse ponto que se inserem-se imbricam-se ética empresarial e responsabilidade corporativa.” (SILVEIRA; RIBEIRO, 2015, p. 48).

É importante destacar que o emprego da ética nas ações empresariais se volta para os resultados, a fim de demonstrar um valor para a sociedade como a respeito dos impactos de suas atividades, dentro das externalidades negativas que já foram mencionadas anteriormente. Esse exercício ético é corolário do princípio da função solidária, do qual a empresa não pode ficar alheia. Essa nova ordem de valores, alavancada pela política do *compliance*, permite que esses elementos sejam compatibilizados e possam caminhar em harmonia. Desse modo (SILVEIRA; RIBEIRO, 2015, p. 51):

A constatação do surgimento de outra ordem de valores que impõe à empresa a satisfação de demandas em favor dos interessados ou afetados por sua atuação evidencia que a função solidária (inserida na terceira dimensão dos direitos humanos) está se desdobrando sobre parâmetros de ética, como conteúdo orientador da responsabilidade empresarial. Evidencia ainda que a absorção desses valores como integrante da responsabilidade empresarial tem-se realizado o como forma de garantir a sustentabilidade da empresa, no sentido de sua permanência na sociedade.

As ferramentas oferecidas pelo *compliance* se mostram bastante eficientes no cenário atual. As tentativas de minimizar anos de descaso em relação ao déficit ético nas empresas incluem a oportunidade de reverter a imagem deletéria encontrada no mercado e aplicá-las para alcançar um nível mínimo em relação à função social/solidária da empresa. As relações ainda se encontram arranhadas, mas o intuito de mudança e os passos até aqui alcançados já representam um grande avanço, num contexto de busca incessante pela valorização humana.

Cabe destacar que uma vez implantada a política anticorrupção do *compliance*, trará benefícios a todos os envolvidos na corporação e na sociedade, pois a aumentará a confiabilidade perante investidores e trará maior credibilidade ao mercado. Essas são duas grandes razões para que as empresas se sintam confortáveis e convencidas de que aplicar um paradigma ético lhe trará muitos benefícios e a colocará adiante daquelas que não adotam a mesma postura.

Perseguir a excelência nas relações empresariais está longe de ser um objetivo facilmente alcançado. Porém, buscar melhorar cada vez mais, a fim de que a sociedade seja beneficiada sem que haja o sacrifício irretratável do lucro (inversa à inicialmente apresentada), pois tal situação não representa nenhum avanço, pelo contrário, só deixará exposta à reafirmação as anedotas mais pessimistas em relação ao *compliance*.

#### **4 COMPLIANCE, A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS E A BUSCA PELA EXCELÊNCIA EM SUAS ATIVIDADES**

A prática reiterada e abusiva que compõe um conjunto de ações direcionadas na atividade empresarial, colaborando com o aumento do déficit ético, não raras vezes culminam com a imposição de penalidades, a depender do tipo de ilegalidade praticada pela empresa. Os programas de *compliance* auxiliam o empresário a ter um melhor controle sobre suas atividades de modo que todos os setores possam exercer seu mister pautados numa conduta ética e voltada para preservar a função social da empresa.

Não obstante, é inegável que os programas de *compliance* podem alcançar a possibilidade de diminuição das multas ou a mediação na celebração de acordos de leniência

quando a empresa incorre em alguma irregularidade. Por outro lado, não menos importante, tem o condão de projetar proveitos e solver prejuízos a longo prazo, uma vez que, devido à engrenagem em que se inserem, tais problemas comprometem os mais diversos setores da empresa, onde um não funciona sem o outro na questão da integridade.

No Brasil, a legislação de maior relevância é a Lei Anticorrupção n. 12.846/13, porém, ela só se aplica a danos praticados em face da administração pública. Antes dela, a responsabilização ficava a cargo do direito penal e atingia, unicamente, a pessoa física, pois não havia previsão de responsabilização da pessoa jurídica no nosso ordenamento jurídico, salvo para crimes ambientais (Lei 9.605/1998), e como vetor antecedente, a previsão constitucional do § 3º do art. 225. Por esse prospecto, e de acordo com Xavier (2015, p. 45):

A Lei nº 12.846/13 prevê pesadas sanções às condutas ilícitas, a maioria de caráter punitivo indenizatório e natureza pecuniária. Assim, caso seja constatada a prática de condutas consideradas lesivas à Administração Pública, a pessoa jurídica se sujeitará às sanções administrativas ali previstas, quais sejam: multa que pode alcançar 20% do faturamento bruto do último exercício financeiro, ou entre R\$6.000,00 (seis mil reais) e R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), caso não seja possível estimar seu faturamento, publicação da decisão condenatória, e inserção da decisão condenatória em um cadastro a ser criado, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) [...].

O *compliance* existe antes mesmo de ser editada a Lei anticorrupção. Porém, foi ela que impulsionou e fez com que os envolvidos nesse circuito se interessassem em cumpri-la, fazendo com que diversas áreas se preocupassem com ela. A partir daí outras iniciativas surgiram (MENDES; CARVALHO, 2017, p. 26):

O fortalecimento do combate à corrupção e a cartéis, em um círculo virtuoso, levou a novas iniciativas do governo para conferir relevância ao tema – entre elas, destaca-se a edição do Decreto 8.420/2015, que veio regulamentar a Lei Anticorrupção e, em matéria de *compliance*, trouxe parâmetros bastante sobre como tais programas serão avaliados pela administração.

Com a indicação da lei para que as empresas implementem programas de integridade, visando diminuir riscos de aumento do déficit ético para torná-la mais transparente e confiável, aumentou a capacidade dessas corporações em materializar um perfil concorrencial de qualidade, cuja determinação se dá pela capacidade de negociar de maneira justa e limpa. Esse relacionamento derivado da imagem que a empresa projeta no mercado a auxilia na prática econômica, e constitui uma forma legítima de projetar seu trabalho, divulgar sua marca e seu produto.

Entretanto, a disciplina, uma das marcas da política do *compliance*, se desdobra do dever de aplicar medidas disciplinares quando houver a violação de regras de integridade. Essa previsão “é importante para garantir a seriedade do Programa, [...] Ainda mais importante é a certeza da aplicação das medidas previstas em caso de comprovação da ocorrência de irregularidades.” (BRASIL, 2015, p. 22).

Para aplicação dessas sanções, estas já devem ser conhecidas e estar por escrito, além de prever as respectivas sanções, apontando quem serão os responsáveis pela apuração dos fatos, bem como qual procedimento seguir. Em relação às punições, essas devem ser proporcionais ao tipo de violação e ao nível de responsabilidade dos indivíduos, “deve existir também possibilidade de adoção de medidas cautelares, como o afastamento preventivo de dirigentes e funcionários que possam atrapalhar ou influenciar o adequado transcurso da apuração da denúncia.” (BRASIL, 2015, p. 22).

Importante mencionar que é necessário punir todos aqueles que praticaram os atos lesivos à corporação, independentemente da posição que ocupa da empresa, ou seja, a apuração dos fatos deve ser pautada na impessoalidade. Dessa forma, garante-se além da credibilidade das práticas de apuração de qualquer tipo de violação, a continuidade do engajamento de todos, o incentivo ao uso do canal de denúncias e a preservação e valorização da imagem da empresa tanto interna como externamente.

Entretanto, é interessante apostar na prevenção do cometimento dessas irregularidades para evitar a reincidência do problema e a ocorrência de novos focos que podem, com o tempo, se tornarem sistêmicos. Muitas empresas estão experimentando os programas de *compliance* com o intuito de melhorar suas atividades e fazer com que sejam bem-vistos no mercado. Muitas delas, inclusive, exibem com satisfação a conquista de selos de qualidade e procedência, e costumam utilizá-los para outras externalidades, como propagandas na perene competição para galgar colocação no mercado interno e externo.

A busca pela excelência se tornou uma prática incessante das empresas que, em seus segmentos, praticamente não subsistem quando não alcançam determinado selo de certificação, que nos dias atuais, entidades oferecem em diversas áreas, como selo verde, selo de sustentabilidade, selo empresa solidária, selo empresa amiga da criança, dentre outros. Cada um desses selos liga a atividade empresarial a um determinado preenchimento de requisito e assim projeta a imagem de acordo com o patamar de exigência alcançado.

Nesse passo, a necessidade de praticar atividade dentro dos parâmetros da ética e da transparência não nada mais é que o exercício de práticas de *compliance*. Não e demais investir na busca pela qualidade de seus serviços quando essa atitude reflete tanto na empresa e seus empregados, fornecedores, colaboradores, como também na sociedade, quando se busca cumprir com suas obrigações sociais, pagamento de tributos, cumprimento das leis trabalhistas. Essas conclusões que parecer ser apenas voltadas para empresa, irradiam sobremaneira na sociedade, compondo, assim, o conjunto de ações coordenadas e harmônicas que dão origem à função social da empresa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se ao longo da pesquisa que as relações empresariais estão envoltas a diversos princípios que se entrelaçam e demandam dos envolvidos o engajamento necessário para que seja alcançada a função social/solidária da empresa. Esse foi o sentido encartado na Constituição Federal ao limitar as atividades empresariais sob o manto da garantia do exercício da propriedade privada. Se há razões para se preocupar com o alcance do déficit ético a ponto de buscar mecanismos para deter sua crescente, há razões a mais para que o *compliance* seja visto com bons olhos.

Na realidade não há nada de tormentoso nas boas práticas a serem implementadas diante de uma política de integridade proposta pelo *compliance*. Ao contrário, ajuda a traçar diretrizes concretas e modos de uso, condutas e soluções para diversos problemas nas corporações. Curioso ou não, o próprio poder público se mostra preocupado com a degradação ética de suas relações, a ponto de criar uma espécie de cartilha, o Programa de Integridade – Diretrizes para empresas privadas, que associa diversas boas maneiras e como colocá-las em prática, numa espécie de manual de *compliance* para administração pública.

Essas são apenas indicações genéricas de como devem se comportar as empresas privadas diante de contratações com o poder público. Entretanto, restou evidenciado que o *compliance* é mais que isso: revela uma hipótese de adequação estrutural e conjuntural da

forma como se deve proceder à diminuição do déficit ético de acordo com características próprias e peculiaridades de cada empresa.

Nesse sentido, a ética, como vetora de todas as ações num contexto da análise econômica do direito, exige que seja observada para auxílio no alcance de dar função social/solitária à empresa, fazendo parte, portanto, das limitações constitucionais a que a empresa, enquanto exercício da propriedade privada, está sujeita.

O *compliance*, nesse contexto, por ser ferramenta relativamente nova, apesar de já ter sido alvo de intensos debates no meio acadêmico, representa um inaudito leque de questionamentos e discussões, dado o dinamismo das atividades empresariais e os desafios que surgem a cada nova relação empresarial. As imposições do mercado internacional e a pressão do mercado interno fez com que as empresas buscassem aliar a busca do lucro, seu principal objetivo, com o bem-estar da sociedade, contribuindo para o alargamento dessas relações.

O exercício da atividade empresarial, diante das crises que enfrentamos, necessita cada vez mais ser pautado na ética e na boa-fé, na busca pelo desenvolvimento social e humano, como forma de cumprir a função social imposta constitucionalmente. É dizer que cada vez mais as empresas deverão estar comprometidas com a sociedade, como forma de diminuir as desigualdades sociais e a exclusão. Portanto, valorizar seus empregados, cumprir com suas obrigações fiscais, respeitar as normas trabalhistas e o meio ambiente, são ações que precisam ser feitas para compatibilizar o interesse privado com o coletivo e o difuso.

Outros sim, essa pesquisa não pretendeu esgotar o tema, mesmo porque, com o avanço da tecnologia, novas relações inclusive podem demandar uma reavaliação das diretrizes em busca do alcance da função social/solidária da empresa para o desenvolvimento social com o auxílio do *compliance*. A reafirmação de que são para o homem todos os esforços para preservação de sua dignidade não é um exagero: em tempos de paulatinas violações, preservar e reafirmar os direitos fundamentais ainda se mostra a melhor opção.

## REFERÊNCIAS

ALZAGAVILLAAMIL, Oscar. Razón de Ser. **Revista de Responsabilidad Social de la Empresa**, Madrid. n. 1, p. 9-11, jan./abr. 2009. Disponível em: <<https://www.accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/10.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2018.

ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 3, n. 1, p. 141-152, jan./dez. 2003. Disponível em: <[http://www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/direito/Direito\\_vol\\_03.pdf#page=141](http://www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/direito/Direito_vol_03.pdf#page=141)>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BARACHO, Hertha Urquiza; CECATO, Maria Aurea Baroni. Da função social da empresa à responsabilidade social: reflexos na comunidade e no meio ambiente. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa/PB, v. 7, n. 2, p. 114-128. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitodesenvolvimento/article/view/320/300>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2018.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da Solidariedade**: Paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CARDOSO, Gleissa Mendonça Faria; CARMO, Valter Moura do. Função Social/Solidária da Empresa nos Negócios Virtuais. **Revista Jurídica UNI7**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 137-157. jul./dez. 2017. Disponível em: <[www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/509/371](http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/509/371)>. Acesso em: 25 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Empresa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Exclusão social e pobreza nas interfaces entre o direito econômico do desenvolvimento e o direito humano ao desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Benetti (Org.). NETO, Aristides Monteiro; MEDEIROS, Bernardo Abreu de (Coord.). **Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI**. Brasília: Ipea; Florianópolis: CONPEDI, p. 104-121, 2013.

FURTADO, Emmanuel. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para preservação da identidade cultura. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Coord.). **O respeito à dignidade da pessoa humana**. Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos. v. IV. Fortaleza: Expressão Gráfica, p. 281-316, 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorrupcao-compliance.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

GONÇALVES, Daniela Oliveira; REZENDE, Elcio Nacur. Função socioambiental da propriedade: a busca por uma determinação pragmática de aferição de cumprimento. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 52-72, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/10597/14646>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

GRANDIS, Simone de. Responsabilidade Social Empresarial frente às boas práticas de Compliance. **LEC Legal, Ethics & Compliance**, 11 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2017/07/11/responsabilidade-social-empresarial-frente-as-boas-praticas-de-compliance/>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance, concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017.

LANDA, César. Dignidad de la persona humana. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. (Coord.). **El respeto a la dignidad de la persona humana**. Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos. v. IV. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2015. p. 107-138.

NOGUEIRA, Arnaldo Fernandes; BENEVIDES, Marinina Gruska. A consolidação dos Direitos Humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 16, nov. 2017. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/343>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. Compliance: análise jurídica da economia. *LEC Legal, Ethics & Compliance*, 31 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2017/03/31/compliance-analise-juridica-da-economia/>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

PESSOA, Emanuel de Abreu. A Constitucionalização da Função Social da Propriedade: Alteração na Dogmática do Direito Civil. *Revista Jurídica UNI7*, Fortaleza, v. 7, p. 65-75. jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/137/159>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para preservação da identidade cultural. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. (Coord.). **O respeito à dignidade da pessoa humana**. Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos. v. IV. Fortaleza: Expressão Gráfica, p. 339-352, 2015.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *Revista para el analisis del derecho*. Barcelona, n. 1, p. 01-11, 2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2018.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v.20, n.1, p.119-143, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/19877/18798>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. v. 1, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 16 out. 2018.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; RIBEIRO, Elenice Baleeiro Nascimento. Ética: Conteúdo da Responsabilidade Corporativa e Desdobramento da Função Solidária da Empresa. *Revista Argumentum – RA*, Marília/SP, v. 16, n. 1, p. 37-54, jan./dez. 2015. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/191/38>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. NASPOLINI, Samyra Haydê Dal Farra. Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI: uma análise da normatização internacional e da constituição brasileira. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Benetti (Org.). NETO, Aristides Monteiro; MEDEIROS, Bernardo Abreu de (coord.). **Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI**. Brasília: Ipea, CONPEDI, p. 123-150, 2013.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de *compliance* anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13**: elementos e estudo de caso. 2015. 100 f. Dissertação (mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13726/Dissertação%20-%20Versão%20Final%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ANÁLISE DOS SMART CONTRACTS À LUZ DO  
PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO  
DIREITO BRASILEIRO

ANTONIO CARLOS EFING  
ADRIELLY PINHO DOS SANTOS

# ANÁLISE DOS SMART CONTRACTS À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO

## ANALYSIS OF SMART CONTRACTS TROUGH THE PRINCIPLE OF THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS IN BRAZILIAN LAW

Recebido: 25/06/2018  
Aprovado: 03/10/2018

Antonio Carlos Efig\*  
Adrielly Pinho dos Santos\*\*

**RESUMO:** *Smart contracts* são criados por meio de códigos computacionais para execução automática de seus termos após a implementação da condição avençada pelas partes. Apresentam-se como fruto da Revolução Tecnológica, especialmente com o advento da internet e ganham relevância no mundo negocial após o surgimento da tecnologia *blockchain*, a qual permite o armazenamento dos códigos em cadeia de blocos, reduzindo os custos de execução contratual. Assim, os códigos que dão origem aos contratos inteligentes serão autoexecutáveis, autoaplicáveis e obrigatórios, e nada poderá interferir na produção dos efeitos jurídicos avençados pelas partes. São inúmeros desafios jurídicos impostos à realização dos *smart contracts* no Brasil, principalmente, porque inexistem leis específicas para tutela desta inovação contratual. A pesquisa buscou verificar a existência de obstáculos a execução destes contratos, à luz do princípio da função social dos contratos, por tratar-se norma principiológica cuja aplicação é indispensável a garantia do equilíbrio entre as partes durante todas as fases contratuais. Constatou-se, por meio do método dedutivo e procedimento monográfico, que as próprias características dos *smart contracts* executados em *blockchain*, obstam a efetividade das garantias inerentes ao princípio da função social, ante a irreversibilidade dos efeitos jurídicos produzidos, evidenciando, pois, a relevância do tema para a ciência jurídica.

**Palavras-chave:** Tecnologia. Contratos eletrônicos. *Smart Contracts*. Função social.

**ABSTRACT:** Smart contracts are created by computational code to automatically execution of your terms after implementation of condition established parties' established. It presents like an Technological Revolution outcome especially with the advent of internet and it gain relevance at business world after the emergence of blockchain technology, that allows the storage in a block chain with reducing the contractual execution costs. Thus, the codes that give rise to smart contracts are self-executing, self-enforcing and mandatory and anything will not could interfere on legal effects production agreed by the parties. It is innumerable the legal challenges imposes to smart contracts realization's at Brasil, mainly because there are'nt specifics laws to protects this contractual innovation. The research intended verifying if there are obstacles to smart contracts execution under consideration of contracts social function principle because it's a basic norm such application's is indispensable to the warrant of equation between the parties during all contracts phases. It was verify, using deductive method and monographic procedure, that the own characteristics of the smart contracts executated on blockchain, it obstructs the

\* Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: ace@eradv.com.br

\*\* Mestranda em Direito Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com prêmio Marcelino Champagnat. Advogada em Silvio Fazolli Advogados. Intercâmbio com bolsa SANTANDER para a Universidade de Coimbra (2015). Bolsista em Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2013) e da Fundação Araucária (2014). E-mail: adrielly\_pinho@hotmail.com

effectiveness of the inherent warrants to the social function principle, against produced legal effects irreversibility which evincing the subject relevance for Law Science.

**Keywords:** Technology. Eletronic contracts. Smart contracts. Social function principle.

## 1. INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos celebrados na sociedade moderna sofrem, constantemente, os impactos das inovações tecnológicas. Para atender os anseios econômicos dos indivíduos, os tradicionais métodos comerciais perdem espaço para as negociações eletrônicas, as quais se apresentam cada vez mais aprimoradas.

O Direito não poderia ficar alheio a tantas transformações sociais e econômicas, de modo que, emergem perante o sistema jurídico brasileiro inúmeros desafios, marcadamente complexos e jamais enfrentado em outro momento da história das sociedades.

Neste contexto, considerando a relação entre tecnologia, aprimoramento dos meios negociais e implicações jurídicas, destaca-se, neste estudo, a emergência dos *smart contracts* no Brasil, enquanto inovação contratual que impõe severas modificações na forma de contratação e especialmente, no modo de execução das obrigações pactuadas.

Os *Smart contracts* são contratos desenvolvidos por programas computacionais, que determinam a execução de determinada atividade, no momento em que implementada a condição estipulada pelos contraentes. Caracterizam-se pela capacidade de auto-executabilidade e auto-aplicabilidade (BASHIR, 2017, p. 199).

Tais contratos ganham relevância no mercado negocial, especialmente, após o surgimento da tecnologia *blockchain* que permite, por meio de uma cadeia de blocos, o armazenamento dos códigos computacionais que dão origem aos *smart contracts* (GATTESCHI et al., 2018, p. 01).

A implementação dos *smart contracts* em tecnologia *blockchain* desperta o interesse jurídico e demanda a atenção dos pesquisadores, na medida em que são suscitadas diversas questões quando de sua adequação ao sistema normativo brasileiro, tais como: interpretação judicial de cláusulas instituídas por meio de códigos computacionais; efetividade de decisões judiciais sobre a execução de códigos; proteção de dados pessoais inseridos em tecnologia *blockchain*; possibilidade de erros de programação, causando lesão às partes, entre outras.

Diante da inexistência de normas específicas para regulamentação dos *smart contracts* no Brasil, parte-se da premissa de que é indispensável a utilização dos princípios jurídicos contratuais para interpretação e adequação dos contratos inteligentes à realidade brasileira.

Assim, nesta pesquisa, com destaque para o princípio da função social dos contratos, corolário do direito contratual brasileiro, pretende-se responder ao seguinte problema: há obstáculos para implementação dos *smart contracts*, à luz do princípio da função social dos contratos?

A pesquisa foi realizada por meio do método dedutivo e o procedimento monográfico. No primeiro tópico realizou-se um estudo bibliográfico introdutório acerca da relação complexa entre tecnologia, Direito e relações contratuais, demonstrando a existência de vantagens e desvantagens na interação dos elementos. Na sequência, fez-se uma investigação conceitual a respeito dos *smart contracts* e da tecnologia *blockchain*, destacando-se implicações jurídicas gerais. Por fim, no terceiro tópico, foi feita a análise da função social dos contratos,

aplicando-a ao contexto dos *smart contracts*, a fim de verificar a existência de obstáculos a sua implementação no Brasil.

## 2. A TECNOLOGIA, O DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A tecnologia impõe profundas modificações no modo de vida das pessoas, proporcionando uma verdadeira “quebra de paradigmas”, nos quais, “conceitos como velocidade, acessibilidade, mobilidade, distância e sociabilidade estão em constante modificação” (FREITAS; BATISTA, 2015, p. 3).

Comunidades que outrora viviam isoladas, sem contato e informação sobre outras culturas, hoje podem comunicar-se umas com as outras instantaneamente. Longas distâncias são percorridas em pouco tempo e a um custo muito mais acessível, facilitando, por exemplo, as relações negociais (EFING; FREITAS, 2012, p. 88).

Em verdade, especificamente quanto aos impactos da tecnologia nas relações negociais, admite-se que “a celeridade, a ausência de distância, a comodidade, a facilidade em coletar dados e fazer pesquisas etc.” (EFING; FREITAS, 2012, p. 298) especialmente, após o advento da internet, são elementos que contornam uma revolução no modo de circulação de riquezas, em virtude da possibilidade de minimização de custos e maximização de resultados (BRANDÃO; VASCONCELOS, 2013, p. 127). É dizer, em outras palavras, que “as relações negociais encontraram no dinamismo da Internet um favorecimento à criatividade empresarial, o que fomentou o acelerado crescimento e desenvolvimento das contratações eletrônicas” (LEÃO, 2014, p. 60).

Com efeito, como resultado da Revolução Industrial e Tecnológica e sob influência do crescimento demográfico e da urbanização, as contratações eletrônicas passam a ocupar o espaço do tradicional e milenar modelo comercial, o qual não mais atendia os interesses da sociedade moderna (LÔBO, 2016, p. 22).

As inovações tecnológicas continuam revolucionando as relações jurídicas negociais. Outrora celebrados por meio da subscrição de instrumento físico, negócios jurídicos passam a ser celebrados através da rede mundial de computadores e, dia após dia, ganham mais vertentes e possibilidades, tal como a capacidade de realizar todas as operações negociais por meio de códigos (BHEEMAIAH, 2017, p. 209). De fato, o que antes era visto como impossível e inimaginável, é hoje uma realidade indiscutível.

A despeito dos benefícios experimentados com a inserção de aplicações tecnológicas na área negocial, a busca pelo ganho de capital e pelo aperfeiçoamento interminável, apregoado como o “ideal do progresso” nesta nova era vivida pela sociedade, apresenta riscos e inseguranças (CAPELLA, 1998, p. 25). A tecnologia torna-se, nesta concepção, um “fenômeno de dois gumes” (GIDDENS, 1991, p. 17).

É dizer: “[...] quando o assunto é tecnologia, o binômio, Internet e segurança, nem sempre andam juntos: a virtualização das relações oculta fragilidades dos sistemas de informática que até os dias atuais ainda não são bem compreendidas pelos usuários de um modo geral” (EFING; FREITAS; PACHEN, 2013).

No que tange às relações contratuais, ao mesmo tempo em que a possibilidade de celebrar contratos eletrônicos pode proporcionar uma série de vantagens as partes, como redução de custos, comodidade e rapidez, também geram situações adversas, a exemplo, das “fraudes eletrônicas, estelionatos, perda de materiais, divulgação sem controle de documentos sigilosos, prejuízos materiais e morais oriundos de fatos ocorridos no mundo digital” (EFING; FREITAS; PACHEN, 2013, p. 344).

Acrescente-se, ainda, como situação alarmante decorrente da expansão da contratação eletrônica, a potencialização do desequilíbrio contratual entre as partes. Especialmente em relações de consumo, com o advento dos contratos eletrônicos de massa, os fornecedores realizam suas negociações por meio de cláusulas gerais predispostas (contratos de adesão), impondo condições abusivas aos consumidores (LÔBO, 2016, p. 23).

São riscos, muitas vezes, incontroláveis e desconhecidos que criam um cenário de insegurança jurídica na sociedade contemporânea, a qual, Beck denomina como Sociedade de Risco (BECK, 2002). Os riscos, segundo o teórico alemão, surgem a partir de decisões tomadas pelas pessoas, empresas, organizações estatais e políticos, amparados sob a falsa ideia de infalibilidade da tecnologia (BECK, 2002, p. 84).

Tal constatação ganha relevância na medida em que, “no ciberespaço, os corpos não interessam – embora o ciberespaço interesse, de forma decisiva e inexorável, para a vida dos corpos” (BAUMAN, 1999, 27), isto é, não se pode mais imaginar como seriam desenvolvidas todas as atividades diárias, sem as facilidades da tecnologia. Segundo BAUMAN (1999, p. 66):

[...] ninguém parece estar no controle agora. Pior ainda – não está claro o que seria, nas circunstâncias atuais, ‘ter o controle’. Como antes, todas as iniciativas e ações de ordenação são locais e orientadas para questões específicas; mas não há mais uma localidade com arrogância bastante para falar em nome da humanidade como um todo ou para ser ouvida e obedecida pela humanidade ao se pronunciar. Nem há uma questão única que possa captar e teleguiar a totalidade dos assuntos mundiais e impor a concordância global.

Com efeito, a ciência do Direito, responsável por garantir a harmonia e a segurança social, depara-se diante de um paradigma, qual seja, manter o equilíbrio entre todas as consequências positivas e negativas do desenvolvimento tecnológico com o devido enfrentamento dos decorrentes e complexos desafios jurídicos. Registre-se que:

[...] nunca os operadores do direito expressaram tanto temor e tanta insegurança quanto na atualidade. Se já era difícil acompanhar a evolução legislativa no Brasil e no mundo, agora o jurista tem de se preocupar com as relações jurídicas mais inusitadas, com os acontecimentos mais imprevisíveis, tudo isso numa velocidade espantosa e preocupante. (BRANDÃO; VASCONCELOS, 2013, p. 129).

Como mencionado, a complexidade dos desafios jurídicos negociais emergentes nesta sociedade tecnológica continua em evolução, ao passo que na busca pela comodidade e agilidade no mundo dos negócios, os contratos eletrônicos são constantemente aprimorados, dando razão ao surgimento de problemáticas jurídicas inéditas, as quais o ordenamento não possui respostas imediatas.

Importa salientar que, a evolução contratual é essencial para o desenvolvimento econômico de nações em desenvolvimento, a exemplo do Brasil. Isto, porque, “é o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários” (PEREIRA, 2017).

Outrossim, destaca-se que o aspecto econômico do desenvolvimento está atrelado à própria realização dos direitos humanos, conforme Resolução n. 41/128 publicada pela Assembleia Geral da ONU que dá origem a Declaração do Direito ao Desenvolvimento. O direito ao desenvolvimento, então, passa a ser visto como um dos direitos humanos indispensáveis ao indivíduo, de modo que, impõe aos Estados a sua efetivação (MARQUES; OLIVEIRA; SÁTIRO, 2016, p. 178).

Assim, dentre os inúmeros desafios jurídicos, oriundo desta Sociedade de Risco, relacionados à expansão da atividade contratual eletrônica, destaca-se, nesta pesquisa, os problemas identificados a partir da utilização dos *smarts contracts*.

### 3. SMART CONTRACT: INOVAÇÃO TECNOLÓGICA CONTRATUAL

Como dito anteriormente, a tecnologia alcança a seara contratual e apresenta ao mundo dos negócios uma gama de modalidades eletrônicas de contratos, buscando atender os interesses econômicos dos agentes.

Os *Smart Contract*<sup>2</sup> apresentam-se, dentro deste contexto, como uma inovação tecnológica contratual que impõe modificações relevantes na forma de contratar e especialmente no modo de execução das avenças pactuadas.

Trata-se de um programa de computador escrito em uma linguagem que pode ser lida por outro computador ou máquina e que será executado automaticamente após a realização de certa condição estabelecida em código, sem a intermediação de terceiros (BASHIR, 2017, p. 199).

Simplificando, os *smart contracts* são criados na conhecida fórmula de programação computacional “se x, então y”, isto é, se implementada certa condição, será cumprida a prestação contraposta. Exemplo ilustrativo de *smart contract*, facilmente percebido, são as máquinas automáticas de venda de refrigerantes. Se, o contratante inserir a máquina o valor x, lhe será entregue o produto y. Ou seja, implementada a condição estabelecida pelo contratado (preço), que será lida pela máquina, em códigos computacionais, tem-se a contraprestação ao contratante (produto).

Por esta razão, diz-se que são regidos pelo princípio de que “*the code is law*”<sup>3</sup>. A execução é automaticamente impingida e não há como obstá-la, sendo caracterizados por isso, como autoaplicáveis. Além disso, não podem ser influenciados por fatores externos, pelo que se defende a existência de maior segurança e confiança entre as partes (BASHIR, 2017, p. 199).

Acrescente-se que, os *smart contracts* podem ser padronizados, tal como um contrato tradicional, de modo que os contraentes poderão optar pelo modelo que melhor se adequa ao negócio objeto de contratação, a exemplo, de troca de imóveis, compra e venda de automóveis, pagamentos de seguros etc. (BHEEMAI AH, 2017, p. 139). Explica-se:

With the use of smart contracts, the firm can then automatically enforce and fulfill the obligations of the parties when the conditions of the contract are met. As a smart contract provides the ability to program a contract, payouts between parties can be made once certain criteria have been met, without involving a middleman. This could also be triggered from input signals that come from IoT devices that are used by the insureds. Just as Discovery uses information that comes from an insured's FitBit device, the same data can be sent to a smart contract in order to execute changes in premium payments as the client's health state changes (BHEEMAI AH, p. 140, 2017).<sup>4</sup>

O conceito de *smart contract* não é novo. Nos Estados Unidos, desde a década de 1990, existem discussões sobre a sua implementação perante o mundo negocial. Entretanto, com

---

<sup>2</sup> Tradução livre: contrato inteligente.

<sup>3</sup> Tradução livre: código é lei.

<sup>4</sup> Tradução livre: Com os contratos inteligentes, a empresa pode impor e executar automaticamente as obrigações das partes quando as condições do contrato se realizarem. Tal como um contrato inteligente proporciona a capacidade para programar um contrato, os pagamentos entre as partes podem ser feitos assim que uma certa condição se realize, sem envolvimento de intermediários. Isto poderia também ser desencadeado a partir de sinais de entrada advindos de dispositivos da Internet das Coisas que são usados pelos segurados. Como a Discovery usa informações que advêm de dispositivos FitBit, os mesmos dados podem ser enviados para um contrato inteligente para executar o pagamento do prêmio ante a mudança do estado de saúde de um segurado.

o surgimento da tecnologia *blockchain*, que proporciona a redução significativa de custos de transação e a simplificação de contratos complexos, o instituto ganha atenção dentre as modalidades contratuais (BASHIR, 2017, p. 198).

A tecnologia *blockchain* pode ser definida como:

“[...] uma Cadeia de Blocos Eletrônicos Permanentes [...], um engenhoso procedimento tecnológico para armazenamento de dados que envolve um protocolo de confiança e de consenso sobre uma rede, baseado na comunicação e autenticação de registros distribuídos ponto a ponto, comumente chamado de Distributed Ledger Technology (DLT). É construído por ligações criptográficas de blocos no sentido de recrudescer (para alguns garantir) os mecanismos a prova de violação e nesse ponto, inclusive, aos termos inseridos na competência da ilustre comunidade de assinaturas digitais. Não há segredos nos insumos tecnológicos por trás dessa esmerada forma de se registrar de maneira íntegra, com um robusto mecanismo de imutabilidade, um ativo digital, que pode ser conjugada com a legal manifestação de vontade nos documentos e transações eletrônicas (LACERDA, 2017, s.p.).

Em outras palavras, a *blockchain* armazena e permite controlar todas as transações realizadas dentro da aplicação que serão agrupadas em blocos. Um bloco sempre fará referência ao bloco anterior, de onde advém o termo “cadeia de blocos”, e cada rede de computador terá uma cópia local de todos os blocos, evitando, pois, a perda de dados, os quais, ressalte-se, não podem ser alterados ou apagados (GATTESCHI et al, 2018, p. 2-4).

A principal característica da aplicação tecnológica é a descentralização. As operações realizadas dentro da *blockchain* não dependem da interferência de intermediários, de modo que a validação destas transações é feita por nós em rede, utilizando-se de criptografia, proporcionando, pois, maior confiança as partes (GATTESCHI et al, 2018, p. 8).

Inicialmente, a *blockchain* foi explorada no setor notarial, para armazenar registros públicos e certidões, proteger propriedade intelectual, provar e/ou certificar a validade de documento e também gravar códigos. Atualmente, porém, já é utilizada para as mais diversas atividades (LACERDA, 2017).

Na concepção de tratamento de códigos, a *blockchain* associa-se aos *smart contracts*, intensificando a sua implementação no mundo dos negócios. Criados dentro de uma cadeia de blocos, os *smart contracts* são armazenados, por meio de códigos, e, atendidas as condições estabelecidas pelas partes, é automaticamente executado (LACERDA, 2017).

Interessante salientar, outrossim, que essa tecnologia tem sido comparada com invenções como o motor a vapor ou a combustão, já que é potencialmente capaz de trazer benefícios a diversas atividades diárias e negociais (GATTESCHI et al, 2018, p. 01).

A vantagem na implementação dos contratos dentro da *blockchain* é que, além de não ser preciso a intermediação de terceiro, para obrigar uma das partes ao cumprimento de sua obrigação, por estar sendo processado apenas por computadores, “*it can be formed as an objective authority over the agreement, automatically releasing money and fulfilling other conditions when the terms and conditions are met without the intervention of thirdparty intermediaries*” (BHEEMAIAH, 2017, p. 140).<sup>5</sup>

A captação de dados e informações para implementação das obrigações é feita por meio dos componentes denominados “oráculos” (BASHIR, 2017, p. 200), que buscam dados externos necessários para controlar a execução dos termos contratuais. Os dados que são fornecidos pelos oráculos dependem do setor em que será aplicado o contrato, mas poderão ser, por exemplo, notícias diárias, previsão climática etc. O *smart contract* poderá assinar um oráculo e puxar os dados desejados, ou, as informações podem ser enviadas pelo próprio oráculo. De

<sup>5</sup> Tradução livre: ele pode ser formado como uma autoridade objetiva sobre a avença, liberando o dinheiro automaticamente e cumprindo outras condições quando os termos e condições contratuais forem atendidos sem a intervenção de intermediários.

todo modo, é indispensável que não sejam capazes de modificar os dados captados de fontes externas, garantindo, pois, confiabilidade (BASHIR, 2017, p. 206).

Existem diferentes tipos de oráculos, a exemplo, dos oráculos simples ou padrão, que são fornecidos por um terceiro confiável, centralizando todos os dados desejáveis e dos oráculos descentralizados, que são constituídos por mecanismo distribuído, podendo obter dados por meio de outro *blockchain* (ex.: retirar dados do *blockchain* utilizado por uma instituição que publica seus dados e permite o consumo por outrem) (BASHIR, 2017, p. 206).

As inovações contratuais sempre despertam na ciência jurídica dúvidas que envolvem questões técnicas e multidisciplinares, as quais, em regra, não são compreendidas facilmente pelo operador do Direito. Neste viés, os *smart contracts*, pela sua complexidade técnica, que foge da formação do jurista, têm levantado inúmeras problemáticas jurídicas.

Questiona-se sobre a implementação das cláusulas contratuais mediante a realização de códigos computacionais, como impor a compreensão destas cláusulas pelos tribunais, bem como sobre a possibilidade de implementar por meio de códigos a resolução dada à demanda judicial e como tornar o código legível a pessoas e não somente a máquinas e programadores (BASHIR, 2017, p. 200).

A proteção de dados ganha relevância também, porque, diferente do que ocorre na celebração de contratos tradicionais, em transações virtuais, o contratante “deixa uma marca, um pedaço dela, isto é, suas informações, que a outra pessoa poderá utilizar, além da relação contratual que foi estabelecida” (LÔBO, 2011, p. 34).

Sobretudo em se tratando de *smart contracts* em *blockchain*, cuja essência está, justamente, no fato de que os dados não poderão ser apagados ou modificados após inseridos no sistema. Uma vez captados pelos “oráculos”, ou mesmo inserido, espontaneamente, pelas partes contraentes, os dados, sejam pessoais ou não, estarão vinculados à tecnologia *blockchain*.

Relembre-se, outrossim, como explica BASHIR (2017, p. 206), que uma *blockchain* poderá retirar dados de outra, sendo perfeitamente possível a troca de dados pessoais. Isto, porém, poderá ocorrer sem o consentimento do titular deste, violando, pois, o seu direito fundamental à proteção de seus dados pessoais.

Vale destacar, outrossim, a possibilidade de erros em programação, em máquinas e erros de transmissão. *Smart contracts*, formulados estritamente em técnicas de programação, não estão alheios a problemas técnicos. Como ressalta LÔBO (2011, p. 35-38), “o programa não é um ser animado, mas um objeto manipulável pela empresa, que previamente definiu os critérios para aceitação ou recusa”, pois, “atrás das máquinas e dos programas estão pessoas”. Assim, não há como afastar a ocorrência de falhas, nem mesmo nos mais aprimorados sistemas computacionais.

Além disso, a possibilidade de anulação de um contrato inteligente viciado, é tecnicamente questionável, mesmo diante de decisão judicial, pois, como revelado anteriormente, tratam-se de programas computacionais que se caracterizam pela capacidade de auto executabilidade e obrigatoriedade, isto é, uma vez satisfeitas as condições previstas pelos contraentes, um código computacional promoverá a execução dos termos contratuais, tornando-o irreversível.

Todas estas implicações jurídicas decorrentes da execução dos *smart contracts* não encontram no ordenamento brasileiro respostas prontas, exatamente pela complexidade técnica que envolve a temática, a qual não consegue ser acompanhada pela atividade legislativa e agrava a insegurança jurídica no âmbito dos negócios.

Contudo, é sabido que o direito contratual brasileiro é permeado por princípios jurídicos que orientam e acima de tudo, suprem lacunas legislativas em relação à formação das avenças, o cumprimento e a resolução destas, de modo que, torna-se imprescindível a análise dos *smart contracts* sob a ótica das normativas principiológicas.

Assim, fazendo um recorte metodológico para viabilização da pesquisa, destaca-se, nesse estudo, a análise dos *smart contracts* à luz do princípio da função social dos contratos, corolário do direito dos contratos modernos, buscando verificar a possibilidade de implementação destes contratos inteligentes no Brasil.

#### 4. A FUNÇÃO SOCIAL DO SMART CONTRACT

Para que possam ser reconhecidos perante o sistema jurídico nacional, os *smart contracts* devem respeitar todas as normas gerais e princípios estabelecidos para regulação dos negócios jurídicos, especialmente, enquanto o sistema carece de leis específicas para tutela de suas peculiaridades. Nesse sentido:

Não se pense, todavia, que os novos métodos alterem os princípios informadores dos contratos; provocam apenas a formação de normas que dão trato específico às peculiaridades que surgem. As disposições gerais e as aplicáveis à formação dos contratos, destinam-se igualmente às diferentes formas de convenções (NADER, 2015, p. 569).

Os princípios ganham relevância na discussão que se propõe, porque são necessários para o enfrentamento de eventuais lacunas legislativas face ao cenário de constante inovações tecnológicas e dinamicidade das relações jurídicas negociais, que não conseguem ser acompanhadas pela atividade legislativa.

Sem adentrar ao mérito da problemática que contorna a (des)necessidade da promulgação de novas leis para tutela desse novo meio contratual, pretende-se, neste tópico, abordar a aplicação do princípio da função social dos contratos aos *smart contracts*, a fim de identificar se existem obstáculos a sua implementação a par do ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, tem-se que o princípio da função social dos contratos, desenvolvido no século XX, foi positivado expressamente, pela primeira vez, no art. 421, do Código Civil, promulgado em 2002 (PEREIRA, 2017), sendo responsável por promover a proteção dos interesses sociais e do bem-estar coletivo no âmbito privado.

Trata-se de compreender que o contrato integra e altera a realidade social, produzindo efeitos não apenas entre as partes, mas também sobre terceiros que possam ser atingidos pelos efeitos extracontratuais. Embora não se sobreponha aos demais princípios que regem os contratos, tal como força obrigatória e relatividade de efeitos, a função social limita a autonomia da vontade dos contraentes face ao interesse social (PEREIRA, 2017).

Sabe-se que as relações contratuais clássicas, fundamentadas no liberalismo econômico, não admitiam que “[...] nenhuma força exógena poderia penetrar na economia do contrato. Mesmo que a sua execução fosse causa de ruína de um dos contratantes, mesmo assim teria de ser cumprido, porque a intervenção no contrato ofendia a liberdade de cada um” (PEREIRA, 2017).

O contrato, na concepção clássica, então, considerando-se a igualdade entre as partes, cumpria uma função meramente individual, qual seja, atender os interesses dos contratantes, limitados, tão somente, aos bons costumes e à ordem pública (LÔBO, 2016, p. 21).

Essa intangibilidade dos contratos, determinada pelo princípio do *pacta sunt servanda*, regia as relações contratuais na vigência do Código Civil de 1916, face a ideologia liberalista. O Estado não poderia modificar os efeitos contratuais originalmente pactuados pelas partes, salvo se constatado a presença dos vícios de consentimento (NALIN, 2014, p. 116).

Com o advento do Código Civil em 2002, diz-se que “houve um deslocamento de fulcro na vida contratual”, pois, “[...] a necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico das partes contratantes, rompido pelo crescimento do poder empresarial, fez recrudescer a ação estatal em detrimento da liberdade e da autonomia da vontade” (PEREIRA, 2017).

Em outras palavras, “mitiga-se o papel da vontade negocial para ganhar em dimensão o valor da pessoa humana, na figura do contratante e dos seus interesses patrimonial e existencial” (NALIN, 2014, p. 115).

É verdade que, o Estado não deve intervir sem medidas no processo econômico do país, porque, a própria Constituição Federal, promulgada em 1988, estabelece, em seu art. 170, que a ordem econômica nacional funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo garantir existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

Todavia, o ente público, pelo mesmo dispositivo constitucional, deve garantir que o desenvolvimento econômico seja abalizado pelos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (BRASIL, 1988).

Assim, compreende-se que, o Estado, embora preserve a livre iniciativa e a livre concorrência, “[...] não pode permitir que em nome da liberdade negocial que a força econômica privada seja desviada para empreendimentos abusivos, incompatíveis com o bem-estar social e com os valores éticos cultivados pela comunidade” (THEODORO JR, 2014, s.p.).

É dizer: “a função individual do contrato permanece, mas é conformada à função social” (LÔBO, 2016, p. 22), de modo que, o Estado tem legitimidade para intervir, em termos contratuais, da seguinte forma:

na formação do contrato, impondo às partes celebrá-lo ainda contra sua vontade e contra seus interesses; estabelecendo cláusulas obrigatórias em muitas avenças que interessam de perto a economia popular; e supervisionando a execução ao dotar o Poder Judiciário de instrumental suficiente para intervir no sentido de restabelecer a justiça comutativa, sempre que uma das partes se avante à outra, procurando obter do jogo das convenções aquele lucro “maior da marca” a que o mestre Orosimbo Nonato se referia (PEREIRA, 2017).

Também “em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação de determinado objeto, em razão do interesse maior da coletividade” (PEREIRA, 2017, s.p.). E mais: “o contrato poderá ter seus efeitos econômicos mitigados pelo juiz, perdendo a liberdade contratual o seu caráter dogmático e absoluto”, sendo que, “tal modificação operacionalizada pelo juiz ocorrerá por meio da revisão do preço ou por meio da resolução do contrato, por causa da excessiva onerosidade que atinge a prestação ou a base contratual” (NALIN, 2014, p. 117).

Importa mencionar que não há uma definição absoluta para o princípio da função social dos contratos, sendo adaptada conforme a ideologia seguida pelo autor e variando desde

[...] à abrangência dos efeitos do contrato (como contraponto ao princípio clássico da relatividade), à adequação que haveria de existir entre o instrumento (contrato) utilizado e o fim a que o mesmo se presta e à compreensão dos pactos tendo em visto o meio/contexto social em que estão inseridos (DAHITEN, A.; DAHITEN, B., 2014, p. 142).

Em revisão bibliográfica apurada, NALIN (2011, p. 841) destaca que o princípio da função social relaciona-se “ora à quebra do individualismo, ora à cláusula geral de solidariedade, tendo em vista a igualdade substancial, a tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato”.

Assim, das variações interpretativas dadas à função social do contrato, BELLOIR e POSSIGNOLO (2017, p. 39-45) extraem, em síntese, as seguintes teorias: a) a função social como limite da liberdade contratual, sendo que a autonomia da vontade passa a orientar-se pela proteção dos interesses sociais. Por este viés, a lesão, o estado de perigo, a resolução por onerosidade excessiva, são institutos jurídicos fundamentados na função social dos contratos; b) a função social integra o contrato e promove uma redefinição em seu conceito, apresentando como uma meta e não elemento limitador da vontade das partes e c) a função social mitiga a relativização dos efeitos contratuais, ao passo que, para além de efeitos entre as partes contraentes, deve-se atentar para a repercussão externa, isto é, aos terceiros atingidos pelo instrumento da vontade.

Registra-se, ademais, que na jurisprudência brasileira, a função social dos contratos interpretada de acordo com a casuística levada à análise pelas partes, sendo comumente aposta como cláusula geral que serve para limitação da vontade das partes (*pacta sunt servanda*) (STJ, AgIn no AResp 1214641/AM, 2018), equalizando a relação de desigualdade preexistente entre consumidor e fornecedor (STJ, Resp 1699780/SP, 2018), possibilitando a revisão contratual em casos de excessiva onerosidade (STJ, AgRg no REsp 1363814/PR, 2016), em como permitindo a redução de valores exorbitantes fixados à título de multa contratual (STJ, REsp 1580278/SP, 2018).

Não constitui objeto deste ensaio aprofundar-se nas inúmeras concepções do princípio da função social. Para o estudo proposto, apoiando-se na interpretação jurisprudencial, parte-se da premissa de que o princípio da função social determina os motivos que levam as partes a contratarem e estabelece limite aos interesses reais da parte, permitindo, dentre outras coisas, a modulação dos efeitos do contrato, seja em relação ao próprio contratante, seja em relação a terceiros que possam ser afetados.

Com efeito, partindo-se desta premissa, questiona-se como se daria a aplicação do princípio da função social aos *smart contracts*, vez que, como comentado no tópico anterior, caracterizam-se pela autoexecutabilidade, obrigatoriedade e irretroatividade.

Em primeiro lugar, considera-se que o conceito do *smart contract*, por si só, apresenta-se em sentido contrário a todo conteúdo normativo do princípio da função social dos contratos. Veja-se que, sendo autoexecutável, obrigatório e capaz de afastar qualquer interferência externa, não seria tecnicamente possível limitar os interesses privados das partes, para atendimento dos interesses sociais, tampouco, a modulação dos efeitos produzidos pelos termos da avença, exatamente porque, uma vez celebrado, o contrato produzirá seus efeitos automaticamente, sem possibilidade de reversão da medida, pelo mesmo contrato.

Não se poderia cogitar, inclusive, na obtenção de ordem judicial para modificar, ou mesmo resolver o contrato celebrado em blockchain. De um lado, porque, a tecnologia é criada, justamente, para não permitir a reversibilidade dos comandos programados e de outro, porque, uma decisão judicial, nos termos como concebida atualmente (comando escrito), não conseguiria atuar limitando um código computacional autoexecutável, no qual fora desenvolvido o *smart contract*.

Sobre a inocuidade de decisão judicial em face dos *smart contracts*, relembre-se também que, a tecnologia *blockchain*, que propõe maior confiança e segurança às partes contraentes, é programada para que fatores externos não alterem a lógica contratual estabelecida originariamente. Logo, uma ordem judicial, em regra, não poderia alterar quaisquer dos termos contratuais.

Acrescente-se, outrossim, que esse cenário de insegurança jurídica se agrava sobremaneira em se tratando de relações de consumo, uma vez que diversas garantias concedidas aos consumidores tendem a desaparecer na execução dos *smart contracts*.

É o caso, por exemplo, da garantia de revisão contratual na hipótese de fatos supervenientes que torne uma obrigação consumerista excessivamente onerosa. Mesmo diante de manifesto desequilíbrio contratual, tendo sido implementada a relação de consumo mediante *smart contract*, não seria possível revê-la para trazer equilíbrio às partes, ocasionando, além de violação ao princípio da função social dos contratos, flagrante violação a direito básico do consumidor, garantido pelo art. 6.º, inc. V, do Código de Defesa do Consumidor.

Como consequência, é preciso considerar que, “o contrato desviado de sua função social não ficará livre de uma sanção jurídica, pois sua prática incursiona pelo terreno da ilicitude” (THEODORO JR, 2014). Neste sentido, também, o enunciado 431 da V Jornada de Direito Civil “a violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

A função social do contrato apresenta-se perante o sistema jurídico nacional como norma de ordem pública, de modo que, tal como consubstanciado pelo art. 2.035 do Código Civil, nada prevalecerá, se em sentido contrário ao que se dá a norma principiológica (FACHIN, 2011, p. 169-170).

Todas estas casuístas apresentadas demonstram que a implementação dos *smart contracts* em tecnologia *blockchain*, no Brasil, encontra obstáculos em face do princípio da função social, em decorrência de suas próprias características, quais sejam: autoexecutabilidade, obrigatoriedade e irretroatividade.

No entanto, a ciência jurídica não poderá omitir-se em relação aos *smart contracts*, em verdadeira ascensão no aspecto contratual em todo o mundo, tampouco o sistema jurídico brasileiro poderá impedir a sua entrada ou obstar a sua funcionalidade em território nacional, porquanto inexistem fronteiras para a tecnologia no mundo globalizado.

Por esta razão, compreende-se que a comunidade científica deve impreterivelmente debruçar-se ao tema, empreendendo esforços para aliar, de forma concreta, o desenvolvimento tecnológico aos negócios contratuais, em respeito às garantias jurídicas presentes no ordenamento brasileiro.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os *smart contracts* apresentam-se como produto da interação entre tecnologia e Direito, na medida em que implica em alterações substanciais em relação ao modo de contratar e principalmente, quanto ao modo de execução dos contratos.

Em síntese, contratos inteligentes são aqueles criados por meio de códigos computacionais, cuja execução ocorre automaticamente após a implementação da condição estipulada pelas partes. São características dos *smart contracts*: autoexecutabilidade; autoaplicáveis ou obrigatórios, porque nada poderá obstar a sua produção de efeitos; descentralizados e independentes, uma vez que não exigem a intermediação do negócio por um terceiro, dentre outras elencadas ao longo da pesquisa.

Recentemente, os códigos que compõem o *smart contract* passam a ser armazenados em *blockchain* - aplicação tecnológica que permite o armazenamento de transações em cadeia de blocos - e, implementada a condição estabelecida pelas partes, ter-se-á, automaticamente, a produção dos efeitos jurídicos contratuais, de modo irretroativo, e sem que qualquer força externa possa interferir.

As inúmeras questões técnicas e multidisciplinares que entornam os *smart contracts* dificultam, sobretudo, a compreensão das implicações jurídicas pelos profissionais do Direito. Além disso, agrava-se o cenário de insegurança jurídica a dinamicidade das inovações tecnológicas que não consegue ser acompanhada pelo Poder Legislativo brasileiro, inexistindo, pois, normativas específicas para a tutela dos conflitos jurídicos inéditos oriundos da aplicação dos *smart contracts*.

Sem adentrar à questão de (des)necessidade de promulgação de legislação específica para regulamentação dos *smart contracts*, a pesquisa apresenta uma análise sobre o princípio da função social dos contratos aplicados aos contratos inteligentes, considerando que, os princípios jurídicos contratuais são indispensáveis para elaboração e execução de quaisquer contratos, especialmente, aqueles que não encontram guarida específica na legislação.

Neste sentido, compreende-se que o princípio da função social dos contratos, positivado no art. 421 do Código Civil de 2002, busca proteger os interesses coletivos no âmbito privado. Os contratos, que outrora deveriam cumprir função meramente individual, passam a assumir uma função coletiva, com a limitação da autonomia da vontade dos contraentes, em prol do valor da pessoa humana. Trata-se de compreender, em verdade, que o contrato, elaborado e executado em sociedade, produz efeitos para além das partes, e por isso, deve considera-las.

A norma principiológica busca fundamento na própria Constituição Federal de 1988, especialmente no art. 170, que estabelece princípios balizadores da ordem econômica nacional e permite compreender que, o Estado deve preservar a livre iniciativa e concorrência, mas não poderá permitir práticas abusivas e o ajuste de condições que afastem o bem-estar coletivo.

Por meio do princípio da função social dos contratos, permite-se impedir a inserção de cláusulas contratuais, a respectiva revisão, bem como a modulação de efeitos dos contratos em decisões judiciais, e inclusive a própria resolução de contrato (v.g. em casos de onerosidade excessiva).

Contudo, na análise dos *smart contracts* compreende-se que, as prerrogativas conferidas pelo princípio da função social dos contratos são afastadas. Mesmo em casos de flagrante violação legal, com prejuízo à coletividade, não é possível que uma decisão judicial obste a produção de efeitos de um *smart contract*, pois, tão logo realizada a condição estabelecida pelas partes, o contrato será implementado. A tecnologia *blockchain*, nos quais serão instituídos os termos da avença, deve garantir, inclusive, que nenhuma força externa possa interferir na execução contratual.

Do mesmo jeito, não se vislumbra possível a resolução de um contrato inteligente, mesmo diante de uma decisão judicial, exatamente porque, a tecnologia é criada para não permitir a reversibilidade dos comandos programados.

Dessa forma, entende-se que a implementação dos *smart contracts* no Brasil encontra obstáculos face ao conteúdo do princípio da função social dos contratos, exigindo-se dos estudiosos jurídicos maior atenção ao assunto, tendo em vista tratar-se de modelo negocial presente na sociedade hodierna e que não poderá ser evitado pelo Estado, especialmente, no contexto globalizado em que se vive atualmente, quando a tecnologia ultrapassa qualquer fronteira territorial, em um único instante.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Conselho de Justiça Federal. In: V JORNADAS DE DIREITO CIVIL. 2012. Brasília. **Anais Eletrônico...** Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BASHIR, Imran. **Mastering blockchain: distributed ledgers, decentralization and smart contracts explained**. Packt: Birmigham, UK, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002.

BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/7/6>>. Acesso em: 02 out. 2018.

BHEEMAI AH, Kariappa. **The blockchain alternative: rethinking macroeconomic policy and economic theory**. Paris, France, 2017.

BRANDÃO, Fernanda Holanda V; VASCONCELOS, Fernando A. As redes sociais e a evolução da informação no século XXI. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 4, n. 7, p. 125-144, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/225/207>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, **Diário Oficial**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial** nº 1.214.641. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em 13/03/2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num\\_registro=201703096405&dt\\_publicacao=26/03/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201703096405&dt_publicacao=26/03/2018)>. Acesso em: 02 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1699780/SP**. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em 11/09/2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84506191&num\\_registro=201702389420&data=20180917&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84506191&num_registro=201702389420&data=20180917&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 02 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 1363814/PR**. Rel. Ministro Moura Ribeiro. Julgado em 17/12/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48641103&num\\_registro=201200775677&data=20160203&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48641103&num_registro=201200775677&data=20160203&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 02 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1580278/SP**. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 21/08/2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86075360&num\\_registro=201600212683&data=20180903&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86075360&num_registro=201600212683&data=20180903&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 02 out. 2018.

CAPPELA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DAHINTEN, Augusto Franke; DAHITEN, Bernardo Franke. O Princípio da Função Social e o Contrato de Seguro: algumas implicações práticas à luz da jurisprudência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, p. 141-158, 2016. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/179>>. Acesso em: 02 out. 2018.

EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (org). **Direito e questões tecnológicas: aplicados no desenvolvimento social**. V. 2. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. FREITAS, Cinthia Obladen Almendra; PARCHEN, Charles Emmanuel. Computação em nuvem e aspectos jurídicos da segurança da informação. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 13, n. 1, 2013. p. 346. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2705/1905>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e ordem pública. In: MIRAGEM, B.; MARQUES, C. L. (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2011.

FREITAS, C. O. A.; BATISTA, O. H. S. Neuromarketing e as Novas Modalidades de Comércio Eletrônico (m-s-t-f-commerce) frente ao Código de Defesa do Consumidor. **Derecho y Cambio Social**, v. 42, p. 3, 2015. Disponível em: <[https://www.derechoycambiosocial.com/revistao42/NEUROMARKETING\\_E\\_AS\\_NOVAS\\_MODALIDADES\\_DE\\_COMERCIO\\_ELETRONICO.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revistao42/NEUROMARKETING_E_AS_NOVAS_MODALIDADES_DE_COMERCIO_ELETRONICO.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

GATTESCHI, Valentina; ORCID, Fabrizio Lamberti; ORCID, Claudio Demartini; PRANTEDA, Chiara; SANTAMARÍA, Víctor. Blockchain and Smart Contracts for Insurance: Is the Technology Mature Enough? **Future Internet**, v. 10, fev. 2018. Disponível em: <<http://www.mdpi.com/1999-5903/10/2/20/htm>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução por Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

LACERDA, Eduardo. **A segunda era da Internet, as infraestruturas de assinaturas digitais e os entes confiáveis KSI, PKI e Blockchain Permissionado**. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.iti.gov.br/images/repositorio/publicacoes\\_tecnicas/\\_A\\_segunda\\_era\\_da\\_Internet\\_as\\_infraestruturas\\_de\\_assinaturas\\_digitais\\_e\\_os\\_entes\\_conf%C3%A1veis\\_KSI\\_PKI\\_e\\_Blockchain\\_Permissionado.pdf](http://www.iti.gov.br/images/repositorio/publicacoes_tecnicas/_A_segunda_era_da_Internet_as_infraestruturas_de_assinaturas_digitais_e_os_entes_conf%C3%A1veis_KSI_PKI_e_Blockchain_Permissionado.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

LEÃO, Luana da Costa. As relações negociais eletrônicas. **Revista de Direito Empresarial**, v. 6, nov-dez, 2014. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/83147>>. Acesso em: 02. out. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. São Paulo: Saraiva, 2016. Recurso online.

MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SÁTIRO, Guadalupe Souza. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e sua proteção internacional e constitucional. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 170-189. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/307/289>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

NADER, Paulo. **Curso direito civil: contratos**. v.3, 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, Ebook. 2015.

NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil**, v. 1, 2014. p. 115. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/133/129>>. Acesso em: 06 maio 2018.

\_\_\_\_\_. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7 v. 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, v.3 contratos. Atual. Caitlin Mulholland. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Ebook.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2016/679 do Parlamento europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016Ro679&from=PT>>. Acesso em: 05 maio 2018.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

## O REGIME DE APROPRIAÇÃO SOBRE ATIVIDADE INVENTIVA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS  
ROSILENE PAIVA MARINHO DE SOUSA  
MARCKSON ROBERTO FERREIRA DE SOUSA

# O REGIME DE APROPRIAÇÃO SOBRE ATIVIDADE INVENTIVA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

## THE APPROPRIATION SCHEME ON INVENTIVE ACTIVITY IN THE EXECUTION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

Recebido: 29/03/2018  
Aprovado: 20/11/2018

Fernando Antônio de Vasconcelos\*  
Rosilene Paiva Marinho de Sousa\*\*  
Marckson Roberto Ferreira de Sousa\*\*\*

**RESUMO:** Este artigo tem como escopo analisar o regime de apropriação sobre a atividade inventiva e seus reflexos frente ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional. Para isso, busca examinar o referido regime de apropriação e seus reflexos na relação de trabalho. Aborda uma visão sobre o campo da propriedade intelectual e seus institutos jurídicos. Reflete sobre os aspectos que envolvem a execução do contrato de trabalho em face da titularidade sobre a produção inventiva considerando a Lei de Propriedade Industrial. Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e exploratória. Ao final, são apresentados possíveis limites e possibilidades da atividade inventiva e os reflexos da Consolidação das Leis Trabalhistas.

**Palavras-chave:** Propriedade intelectual e capital intelectual. Inovação e invenção: processos e incentivos. Indústrias regulamentadas e direito administrativo. Direito trabalhista.

**ABSTRACT:** This article is scoped to analyze the appropriation regime on inventive activity and its reflexes in the face of the development of the national productive system. For this, it seeks to examine the appropriation regime and its reflexes in the working relationship. It addresses an insight into the field of intellectual property and their legal institutes. It reflects on the aspects that involve the execution of the contract of employment in the face of titularity on inventive production considering the Industrial property law. From a methodological point of view, it is a bibliographical and exploratory research. In the end, possible limits and possibilities of inventive activity and the reflections of the consolidation of labor laws are presented.

**Keywords:** Intellectual Property and Intellectual Capital. Innovation and Invention: Processes and Incentives. Regulated Industries and Administrative Law. Labor Law.

### 1 INTRODUÇÃO

As transformações globais ocorridas nas relações de trabalho insurgiram-se a partir da Revolução industrial do século XVIII, em face das mudanças ocorridas na maneira em que a mão de obra passava a ser utilizada pelo empregador. Com a globalização, a conjuntura internacional impulsionou em escala mundial modificações nas condições trabalhistas, em que cunhou-se uma visão econômica do trabalho como fator de produção.

---

\*Doutor e Mestre em Direito Civil pela UFPE. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas - PPGCJ/UFPB e do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD/UNIPÊ. E-mail: fer.mengo@uol.com.br

\*\*Advogada. Doutora e Mestra em Ciência da Informação pela Universidade Federal da Paraíba. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. E-mail: adv.rpmsousa@gmail.com

\*\*\*Doutor e Mestre em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal da Paraíba. Acadêmico em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação - PPGCI/UFPB e Professor do Programa de Pós-Graduação do Mestrado Profissional em Gestão nas Organizações Aprendentes - MPOGA/UFPB. E-mail: marckson.dci.ufpb@gmail.com

A partir do capitalismo industrial percebeu-se o surgimento de uma grande variedade de atividades no mercado de trabalho, e conseqüentemente nas relações de trabalho. Neste interim, o campo da propriedade intelectual ganhou força tendo em vista o incremento no desenvolvimento econômico, científico e tecnológico oriundos da capacidade de inovação.

Surge, dessa forma, a necessidade de regular as relações de trabalho de uma nova categoria de empregado, a saber, o empregado autor de invenção. A falta de uniformidade nos institutos jurídicos da propriedade intelectual, mais especificamente nos reflexos gerados no andamento da execução do contrato de trabalho do empregado inventor, varia de acordo com a criação. Essa variação gera reflexos na execução do contrato de trabalho do empregado, pois, está intimamente relacionada ao regime de apropriação sobre o resultado do processo inventivo. Diante disso, pode-se questionar: até que ponto o trabalhador terá direito aos lucros de sua atividade intelectual sem violar o artigo 88, da Lei nº 9.279/96, ao admitir a exclusividade sobre a produção inventiva ao empregador?

Para que os direitos trabalhistas do empregado autor de invenção sejam reconhecidos na execução do contrato de trabalho, paralelamente aos direitos previstos na lei de propriedade industrial - considerado o interesse social da mesma e o desenvolvimento científico, tecnológico e econômico do País - surge a hipótese de que a valorização do empregado autor de invenção contribui para maior desenvolvimento científico, tecnológico e econômico do País.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a examinar aspectos que envolvem a execução do contrato de trabalho levando-se em consideração a titularidade sobre a produção inventiva na Lei de Propriedade Industrial, e mais especialmente, diante da compreensão do artigo 88 do referido diploma legal. Este estudo organiza-se de modo a contextualizar uma visão sobre o campo da propriedade intelectual e os institutos jurídicos que estruturaram a mesma. Na seqüência, apresenta-se, em particular o instituto da propriedade industrial e conseqüentemente o artigo 88, onde será abordado o regime de apropriação do autor inventor frente as invenções de serviço na execução do contrato de trabalho.

O tema proposto apresenta-se em conformidade com a temática da revista, “Estado, Trabalho e Desenvolvimento Econômico”, uma vez que trata do direito ao emprego sobre o crescimento econômico e a acumulação de bens e riquezas, destacando o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, ao enfatizar não apenas a forma de trabalho humano subordinado, mas a outras formas de trabalho as quais a massa ativa trabalhadora pode se ocupar.

Quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e exploratória. Bibliográfica, segundo Gil (2006), devido à necessidade de se verificar material já elaborado, constituído principalmente de livros, artigos científicos, leis, dentre outros. E exploratória, por ter como principal finalidade a necessidade de se desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias. Desta forma, considera-se exploratória na medida em que se deve buscar informações para um melhor entendimento do assunto, constituindo-se primeira etapa de uma investigação mais ampla. (GIL, 2006, p.43).

Nesse sentido, buscar-se-á analisar os instrumentos jurídicos que fundamentam a atividade inventiva, buscando mostrar como está ocorrendo à apropriação dos resultados financeiros sob a invenção de serviços. Além disso, procura apresentar possíveis limites e possibilidades da atividade inventiva e os reflexos da Consolidação das Leis Trabalhistas.

## 2 O CAMPO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL

Para uma compreensão mais apurada, torna-se relevante ressaltar aspectos que assinalaram a regulação da propriedade intelectual, enfatizando o alcance dos institutos que a regem no âmbito nacional.

Nesse sentido, a propriedade intelectual encontra amparo no artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): O inciso XXVII da Constituição determina que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. O inciso XXVIII do texto constitucional, trata da proteção sobre “participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas”, bem como o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras pelos autores, intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativa. E, o inciso XXIX, esclarece que “[...] a lei assegurará aos inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais [...]”.

A propriedade intelectual compreende o conjunto de direitos relativos às criações intelectuais nas diversas áreas da atividade humana. A Organização Mundial de Propriedade Intelectual/*World Intellectual Property Organization* (OMPI/WIPO), no entendimento de Barbosa (2010), constituiu-se em 1967, como órgão autônomo dentro do sistema das Nações Unidas, englobando as Uniões de Paris e Berna.

A WIPO apresenta como a propriedade intelectual pode ser compreendida:

Intellectual property, very broadly, means the legal rights which result from intellectual activity in the industrial, scientific, literary and artistic fields [...]. Generally speaking, intellectual property law aims at safeguarding creators and other producers of intellectual goods and services by granting them certain time-limited rights to control the use made of those productions. (WIPO, 2018, *online*).

Conforme Barbosa (2010, p. 10), o conceito de propriedade intelectual compreende a definição exposta pela OMPI:

A Convenção da OMPI define como Propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

No Brasil, conforme exposto em Sousa (2016), considera-se que a propriedade intelectual se divide em dois grandes grupos, quais sejam, o direito autoral e propriedade industrial, além da proteção *sui generis*. Para Zanirato e Ribeiro (2007, p. 47) os direitos *sui generis* são aqueles denominados híbridos, por compreendem tanto direitos de propriedade industrial como de direitos autorais, tendo sido cada tipo de proteção regulamentada por lei específica.

Os direitos autorais são regulados pela Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências (BRASIL, 1998b).

Os referidos direitos envolvem os direitos de autor sobre suas obras literárias e artísticas; direitos conexos como os direitos dos artistas-intérpretes e produtores de fonográficos; e, os que envolvem os programas de computador, regulados pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998a). Atualmente, a lei dos direitos autorais sofreu alterações pela Lei nº

12.853, de 14 de agosto de 2013 (BRASIL, 2013), para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais.

Os direitos de autor encontram guarida em sua teoria dualista originada na coexistência de dois direitos basilares, quais sejam, de natureza moral e patrimonial adotada na maioria dos países. Os direitos de natureza moral compreendem a criação do autor, tratando da manifestação de sua vontade individual, são denominados direito da personalidade, pelo seu caráter de inalienabilidade e irrenunciabilidade; já os de natureza patrimonial são os direitos de natureza econômica sobre suas criações (FRAGOSO, 2009).

Conforme expõe Basso (2000, p. 33), “[...] de uma parte, o elemento imaterial e pessoal, que se vincula à personalidade e à liberdade do autor, do criador; de outra parte, o elemento patrimonial e econômico, que é um valor suscetível de cessão e de alienação”. Dessa forma, os direitos de autor em sua teoria dualista encontra amparo por estar assentada na coexistência de dois direitos básicos, a saber, o direito moral e o patrimonial.

Para Barbosa (2009, p. 762), “autor é aquele que exerce a liberdade de escolha entre alternativas de expressão”. Segundo o referido autor, esse exercício de liberdade de escolha, determina a criação da obra intelectual, bem como seu criador.

Conforme especificado no inciso XXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, o autor, como criador intelectual, tem direitos exclusivos sobre suas criações. Essa condição está intimamente relacionada à personalidade do autor, não podendo ser conferida a pessoas jurídicas, sendo limitada aos direitos patrimoniais do mesmo. Essa ideia possibilita a percepção da existência da distinção entre criador intelectual e titular originário do direito sobre a criação intelectual.

Os direitos de propriedade industrial são regulados pela Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996 (BRASIL, 1996), que trata de patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais, indicações geográficas, registro de marcas e proteção de cultivares.

E, as proteções *sui generis* envolvem a topografia de circuito integrado e as variedades de plantas chamadas de cultivar, assim como os conhecimentos tradicionais e o acesso ao patrimônio genético (SOUSA, 2016).

No contexto da propriedade intelectual no Brasil, torna-se relevante para este artigo o estudo sobre os institutos da propriedade industrial.

### 3 OS INSTITUTOS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Após realizar considerações sobre propriedade intelectual, para uma melhor compreensão, faz-se necessário um exame mais específico dos principais aspectos que envolvem a propriedade industrial.

A Lei nº 9.279/96 que regula direitos e obrigações da propriedade industrial, conforme o artigo 2º, especifica como bens materiais protegidos a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e os sinais distintivos, (BRASIL, 1996, *online*):

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;

II - concessão de registro de desenho industrial [...].

A Lei da Propriedade Industrial prevê dois tipos de proteção por patentes, quais sejam, as patentes de invenção (PI) e as patentes de modelo de utilidade (MU). Por patente compreende-se o documento legal que descreve uma invenção ou modelo de utilidade do qual a invenção pode ser explorada somente com a autorização do titular da patente (SOUSA, 2016).

Para Viveiros (2010, p. 47), “[...] o que assegura na patente é a proteção que impede a terceiros a exploração do invento sem autorização do seu criador”. As patentes de invenção compreendem os processos, equipamentos ou produtos inovadores que geram efeitos técnicos ou utilizações novas sem decorrência do estado da técnica.

O modelo de utilidade tem seus requisitos definidos no artigo 9º da Lei 9.279/96 ao determinar que (BRASIL, 1996, *online*):

Art. 9º - é patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Quanto ao desenho industrial, o artigo 95 da referida lei, determina que se constitui numa “[...] forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto ornamental de linhas e cores aplicáveis a um produto apresentando resultado visual novo e original passível de fabricação industrial” (BRASIL, 1996, *online*). Sua distinção do modelo de utilidade se dá, especialmente, por se referir a aparência do objeto, que não é determinada pela necessidade técnica ou funcional, protegendo, assim, a forma externa do objeto e não sua função prática.

Os requisitos para a proteção da obra intelectual por meio de patente ou de registro são apresentados no artigo 8º da Lei 9.279/96, quais sejam, a novidade, atividade inventiva e a aplicação industrial. No caso do desenho industrial, os requisitos consistem em novidade, originalidade e aplicação industrial.

Ao tratar da novidade, enfatiza que a invenção e o modelo de utilidade deva ser nova, conforme o art. 11 da Lei de Propriedade Industrial, o que significa que nunca deve ter sido realizada, executada ou usada anteriormente. No entendimento de Minharro (2010, p. 39):

A invenção, o modelo de utilidade e o desenho industrial são considerados novos quando não estão compreendidos no estado da técnica, que é o acevo de todo conhecimento colocado a disposição do público, sobretudo dos especialistas, na data do depósito do pedido de patente.

No caso da atividade inventiva, deve haver na patente de invenção, conforme previsão do artigo 13 da referida lei, como condição necessária para seu reconhecimento. A atividade inventiva é um conceito subjetivo, pois, o texto da lei não a conceitua. Para o caso de modelo de utilidade, deve haver o denominado ato inventivo com previsão em seu artigo 14. Isto significa que, o modelo deve apresentar uma melhoria funcional no uso ou na fabricação em relação ao estado da técnica anterior a sua realização, para que seja considerado patenteável.

O terceiro requisito refere-se a possibilidade de aplicação industrial previsto no artigo 15, assevera que a invenção deve ser suscetível, de algum modo, de ser aplicada na indústria. Segundo o entendimento de Correia (2013, p. 38), “o requisito da utilidade industrial compreende a capacidade de aplicação da tecnologia em uma atividade econômica qualquer”. Em outras palavras deve-se aplicar a indústria com vista à existência de um retorno econômico.

Nesse contexto, levando-se em consideração os requisitos que definem os institutos da propriedade industrial, surge a necessidade de discutir o regime de apropriação em face da titularidade das invenções desenvolvidas pelo empregado.

#### 4 OS INSTITUTOS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O REGIME DE APROPRIAÇÃO NA PRODUÇÃO INVENTIVA

Desde o século XV, com a origem do capitalismo evidencia-se a percepção da necessidade de proteção do trabalho intelectual. No campo da propriedade intelectual, a partir do desenvolvimento científico e tecnológico que sucedeu a II Guerra Mundial, com o capitalismo industrial, percebeu-se uma crescente mudança na produção e capacidade intelectual humana, bem como, nos produtos decorrentes de sua criação.

Ao enfatizar a importância da propriedade intelectual para o crescimento do país, torna-se relevante voltar a atenção para as criações intelectuais do empregado durante a vigência do contrato de trabalho. Torna-se perceptível a falta de uniformização quanto ao regime de apropriação gerada no processo de criação que varia de acordo com o tipo de invenção, refletindo diretamente incongruências estabelecidas no âmbito da sua regulação.

Neste sentido, pode-se contextualizar que se torna possível constatar incoerências dos institutos que regulam a propriedade intelectual levando-se em consideração a forma como esses direitos são colocados diante do contrato de trabalho, como por exemplo, quando o empregado não é contratado especificamente para pesquisas e invenções.

Cumpre definir, para o reconhecimento da patente ou registro no âmbito da propriedade industrial, a figura do autor/inventor e do titular originário, cuja definição implicará diretamente na titularidade do bem produzido.

A necessidade dessa definição está no reconhecimento do direito moral ou de paternidade do inventor sobre a invenção, bem como, a existência de um direito material, patrimonial ou econômico sobre a mesma.

Ao se tratar do direito moral do inventor é posto que o inventor possui o direito de ser mencionado como tal na patente, conforme determina o artigo 4 *ter* da Convenção de Paris (PARIS, 1883, *online*), “*L’inventeur a le droit d’être mentionné comme tel dans le brevet*”. Esse direito constitui o direito de paternidade do inventor que é inalienável, imprescritível e que perpassa a expiração do prazo dos direitos intelectuais pertinentes a patente concedida.

O reconhecimento do direito moral não exige a patente, porém, conforme o direito supracitado, reconhece o direito a nomeação do inventor na patente que não é obrigatório, decorrente do direito moral. Barbosa (2010, p. 354), esclarece que salvo pelo direito de menção, ao nominado que alienou o direito de pedir patente, não lhe cabe outra coisa senão o resultante do direito moral, de modo que “[...] claramente, não lhe socorre o disposto no art. 49 da Lei 9.279/96, seja para anular a patente, seja para reivindicá-la para si; sua pretensão é, exclusivamente, de obter a nomeação”.

Ao tratar do direito patrimonial, abre-se possibilidade da existência de um direito de titularidade em face do direito patrimonial envolvido. O artigo 6º da Lei de Propriedade Industrial esclarece que “[...] ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei” (BRASIL, 1996, *online*).

Importante observação é apresentada por Viveiros (2010), ao mencionar que a autoria determina a propriedade, e coloca que, como regra, a titularidade do invento pertence ao inventor e por força de lei ou contrato essa titularidade da propriedade dele decorrente, pode ser atribuído a outrem. É o que determina o artigo 6º, §2º da Lei 9.279/96, *in verbis*: “A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade” (BRASIL, 1996, *online*).

A redação do artigo 6º, §2º da lei em tela, não afronta o reconhecimento da titularidade do direito moral do inventor, pois por meio do referido parágrafo, existe a presunção da existência de uma relação legal ou obrigacional entre o autor e o titular.

Ao se considerar a propriedade industrial, percebe-se que em cada um dos seus institutos jurídicos existe um regime de apropriação diferenciado tendo em vista os diferentes tipos de criação. A lei de propriedade industrial é também responsável pela regulação das marcas, que podem ter sua proteção nas formas nominativas, representando as expressões; figurativa, que regula apenas a figura sem letras e números; mista, pela conjunção de nomes e figuras; e, formas plásticas distintivas, que são as tridimensionais. Como requisito para o seu reconhecimento é exigida a distintividade.

O regime de apropriação sobre a criação das marcas é um caso peculiar em que se deve levar em consideração sua função. Segundo o entendimento de Prado (2011), se a sua função for para assinalar produtos ou serviços para diferenciá-los no mercado, a proteção será realizada pela lei de propriedade industrial.

Entretanto, se estiver se tratando de função apenas de forma, a proteção ocorre através da lei de direitos autorais, passível de apropriação pelo empregado, caso não haja termo de cessão de direitos ao empregador, de modo que esse termo não restringe a aplicação para uso comercial. Desse modo, a lei de propriedade industrial não trata expressamente sobre o regime de apropriação das marcas, apenas impõe condições de propriedade pelo registro validamente expedido.

A cultivar pode ser entendida de acordo com o artigo 3º, inciso V, da Lei nº 9.456/97 que dispõe sobre cultivar, como “variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores” (BRASIL, 1997, *online*).

No caso das cultivares há uma previsão nesta lei, no artigo 5º, § 3º, em que a sua obtenção em decorrência de contrato de trabalho, deverá indicar o nome de todos os melhoristas empregados (autor da criação protegida). O regime de apropriação de cultivares é próximo ao previsto na lei de propriedade industrial, porém, não há disposição sobre a apropriação exclusiva pelo empregado, possivelmente passível de proteção, dispondo também sobre a apropriação pelo empregador ou por ambos.

A topografia dos circuitos integrados é compreendida como “[...] imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado” (PRADO, 2011, p. 60).

O direito de nomeação referente a topografia, não tem previsão expressa na lei, mas aplica-se a previsão do artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal. A Lei nº 11.484/07 (BRASIL, 2007, *online*), que regula a topografia de circuitos integrados, prevê expressamente o regime de apropriação para o empregador e empregado, mas não prevê a apropriação por ambos, como ocorre na lei de propriedade industrial e na lei de cultivar.

Pelo empregador, de acordo com o artigo 28 da referida lei, ocorre a inclusão da apropriação, mesmo que o empregado desenvolva a topografia sem ter sido em decorrência do contrato de trabalho, mas que utilize instalações e equipamentos do empregador. Este caso gera de qualquer forma, insegurança jurídica, passível de resolução em juízo, pois retira totalmente a possibilidade de titularidade do empregado. E, pelo empregado, sem relação com contrato e sem relação com o uso de equipamentos e instalações do empregador.

Quanto ao *Software*, embora a Lei de Direito Autoral preveja sua proteção, regula-se por lei específica, a saber, a Lei nº 9.609/98 que dispõe sobre programa de computador (BRASIL, 1998a, *online*). Conforme ocorre com a regulação do regime de apropriação da topografia, o regime de apropriação tem previsão para o empregador e empregado.

A apropriação pelo empregado, na lei de programa de computador está previsto no § 2º do artigo 4º, para o caso em que o *software* tenha sido desenvolvido sem relação com o contrato de trabalho e sem utilização de recursos do empregador. Nessa situação não há previsão de apropriação conjunta entre empregador e empregado, como ocorre na invenção, desenho industrial e cultivar.

O capítulo XIV da Lei nº 9.279/96 (BRASIL, 1996, *online*), regula o regime de apropriação sobre “invenção e do modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviço”, explorado na sequência.

## 5 REGIME DE APROPRIAÇÃO E REFLEXOS DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

O desenvolvimento econômico de um país está atrelado aos incentivos e investimentos destinados a pesquisa em ciência, tecnologia e inovação. Essa visão teve seu grau de relevância ampliado a partir do processo de globalização, ao apresentar uma visão econômica do trabalho como fator de produção. Surge então a necessidade de se regular as relações de trabalho do empregado ‘autor de invenção’, considerando a discussão sobre a apropriação dos resultados financeiros oriundos da invenção de serviços. O regime de apropriação sobre invenção e do modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviço, está regulado nos artigos 88 a 93, do capítulo XIV da Lei nº 9.279/96.

Como já mencionado, o ponto de partida para a análise do regime de apropriação sobre a atividade inventiva se dá em face de uma relevante distinção diante do que se denomina criador e titular originário.

A necessidade dessa definição está no reconhecimento do direito moral ou de paternidade do inventor sobre a invenção, bem como, a existência de um direito material, patrimonial ou econômico sobre a mesma, assim como ocorre com o direito autoral. Com base nesse entendimento, pode-se dizer que os direitos do inventor se equiparam ao direito do autor de obras literárias e artísticas. Correia (2013, p. 28) destaca que “[...] a tutela do direito exclusivo do autor de publicar a obra literária, ou de produzir a obra artística, corresponde à do direito do inventor de usar e explorar a invenção de modo exclusivo”.

Nesse sentido, o regime de apropriação, conforme exposto em Prado (2011), pode ocorrer pelo empregador, pelo empregado ou por ambos e ocorre diante de três espécies de invenção consideradas pela lei em comento, quais sejam, a invenção de serviço, a invenção mista e a invenção livre.

A invenção mista ocorre por parte de ambos (empregador e empregado), caso em que trata especificamente, da previsão do artigo 91 da Lei nº 9.279/96, ao estabelecer que a propriedade “[...] será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador” (BRASIL, 1996, *online*).

A invenção livre tem seu fundamento no artigo 90 da mesma Lei, caso em que a propriedade exclusiva da invenção ou modelo de utilidade pertence ao empregado, desde que não tenha vínculo do contrato de trabalho e que não decorra de meios e materiais do empregador. O artigo 90 determina que “[...] Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador” (BRASIL, 1996, *online*).

A invenção de serviço com previsão no artigo 88 da Lei em comento realiza-se em cumprimento a dever contratual estabelecido na formação do contrato de trabalho. Desse modo, excepcionalmente, a titularidade pode ser atribuída também a pessoas jurídicas, por pertencer ao empregador à invenção em decorrência do contrato de trabalho.

Importante ressaltar, em particular, que o estudo do referido artigo trata especificamente da exclusividade do empregador sobre a invenção e do modelo de utilidade em decorrência de contrato de trabalho.

Determina o artigo 88 (BRASIL, 1996, *online*), que:

Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

A invenção de serviço pode ser compreendida como aquelas criadas pelo empregado, mas que pertencem ao empregador por decorrência de contrato de trabalho. Apresenta dois elementos importantes os quais a caracteriza, sendo o primeiro, o objeto do contrato que é a pesquisa ou atividade inventiva; e, segundo, o resultado dessa atividade que se trata da obtenção da invenção que advém do ato inventivo.

Nesse sentido, Correia (2013, p. 74) afirma que as invenções de serviços serão reconhecidas “[...] pela própria natureza da atividade, que será, necessariamente, de investigação, pesquisa, desenvolvimento de estudos, análises ou trabalhos que possam conduzir, eventualmente, à invenção”.

No artigo 88 ainda está previsto a titularidade do empregador sobre a invenção e atividade inventiva e, no que couber ao desenho industrial, que resulte da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado. Para Viveiros (2010, p. 64), as invenções de serviços estão diretamente ligadas as “[...] que são realizadas pelo empregado no cumprimento de suas funções (inventivas) expressas no contrato de emprego”.

Torna-se enfático o que essa determinação legalmente impõe, diante de que essa espécie de invenção está relacionada ao resultado da atividade para o qual o empregado foi contratado, e por esse motivo o § 1º do artigo em comento, determina que a retribuição pela invenção de serviço limita-se ao salário ajustado, salvo disposição contratual expressa. Isso significa que a legislação brasileira isentou o empregador de pagar qualquer remuneração adicional por inventos de serviço, conferindo a este uma mera faculdade.

Merece atenção a previsão do referido § 1º, porquanto, onde é possível perceber que a complexidade das normas de propriedade intelectual muitas vezes exige a inserção de outras, para proteção de valores que fogem aos limites de sua atuação. Nesse contexto, a propriedade industrial sofre restrições diante de outros valores constitucionais e infraconstitucionais, os quais muitas vezes suscitam incoerências, principalmente ao tratar do empregado autor de invenção.

Essa afirmação baseia-se na ideia de que, a propriedade intelectual de uma forma geral, na medida em que não pode servir de limitação ao desenvolvimento econômico, também não pode servir de obstáculo aos valores sociais do trabalho, visto que o artigo 170 da Constituição Federal deixa claro que a ordem econômica brasileira funda-se na valorização do trabalho humano (BRASIL, 1988).

Baracho e Souza (2011, p. 31) destacam que em relação às reformas econômicas, a Constituição de 1988 “[...] inaugura um novo momento na história constitucional brasileira, que conclama a construção de institutos jurídicos condutores da estabilização econômica.”

Pode-se observar ainda na órbita do § 1º, que o empregador, na maioria das vezes, com o intuito de obter lucro maior, não paga ao empregado, além do que a lei estipulou, no caso apenas o salário ajustado, deixando o empregado à margem dos ganhos obtidos com seu invento.

Essa questão vai além da relação de trabalho e perpassa aspectos que envolvem a relação de trabalho do empregado, abrangendo também as suas condições de bem-estar. Conforme Cecato e Rupert (2009), a relação que envolve empregador e empregado sofre os efeitos da intensificação da globalização no mundo do trabalho. Desses efeitos, surge a ameaça de que o empregado possa se submeter pelas circunstâncias, a condições de emprego e trabalhos degradantes em troca da manutenção do emprego.

Desta forma, afirmam ainda Cecato e Rupert (2009, p. 97), que “[...] o direito ao emprego, assim como os demais direitos sociais fundamentais devem ter primazia sobre o crescimento econômico e a acumulação de bens e riquezas”.

O que se evidencia na relação estabelecida entre empregador e empregado está intimamente ligado a uma grande diversidade nas relações de trabalho advindas com todos os avanços da globalização. Nesse sentido, Nunes e Dantas (2012, p. 76), afirmam que:

A heterogeneidade das relações de trabalho e o desemprego passaram a exigir uma reestruturação do Direito Laboral, de modo que seja conferida uma proteção adequada e mensurada ao trabalho, e garantido o respeito à dignidade da pessoa do trabalhador.

Aciole e Andrade (2015), corroborando com o pensamento de Nunes e Dantas (2012), esclarecem que na atualidade há uma necessidade de dirigir o sistema jurídico trabalhista não apenas de maneira relativa a forma de trabalho humano subordinado, que deixa à margem todas as outras demais formas de trabalho capazes de serem ocupadas pela massa ativa trabalhadora.

Os referidos autores destacam a importância do princípio da proteção social, ao afirmarem que “[...] é necessário fazer atuar a proteção do hipossuficiente para além das relações de emprego para aplacar a desigualdade econômica, técnica, jurídica e social encabrestada pelo sujeito de dominação econômica ao proletariado desde o limiar do sistema capitalista” (ACIOLI; ANDRADE, 2015, p. 55).

Newton e Oliveira (2010, p. 289) esclarecem que o “[...] investimento em capital humano desempenha um papel importante na trajetória laboral dos trabalhadores”. Diante das condições em que se apresenta o empregado autor de invenção pode-se verificar a necessidade de um olhar jurídico mais detalhista sobre o assunto tendo em vista que o referido empregado detém o conhecimento para a inovação, tornando-se passível de contribuição para um maior desenvolvimento científico, tecnológico e econômico do País.

Como exemplo das controvérsias entre empregado autor de invenção decorrente de contrato de trabalho e o empregador, destacando-se pelo grau de repercussão, encontra-se o caso de Nélio José Nicolai, inventor do BINA, aparelho de identificação de chamadas telefônicas, incorporado como sistema funcional da grande maioria dos telefones, que nunca recebeu royalties, pela sua invenção.

Algumas sentenças em favor de Nicolai já foram proferidas, como as que obrigam a Americel – Claro, e por último a Vivo, entre 20 empresas de telefonia a pagar royalties. Neste último caso, a decisão da 2.ª Vara Cível de Brasília determina que a Vivo pague em juízo 25% do valor do serviço de identificação de chamada para cada usuário e em cada aparelho.

Ainda assim, Segundo o referido autor, algumas das ações transitadas em julgado desde 1998, ainda se encontram em fase de liquidação. Nicolai, ainda não recebeu nenhum

valor correspondente ao seu direito sobre sua autoria de invenção, percebendo-se uma longa disputa judicial que a mais de vinte anos vem acontecendo.

Conforme Rabello (2012, online), Nélío é autor de outros quatro inventos utilizados mundialmente pela telefonia, quais sejam, o Salto (sinalização sonora ligação, que outra chamada está na linha), o sistema de Mensagens de Instituições Financeiras para Celular, operações bancárias via celular; o Bina-Lo, que registra chamadas perdidas; e o telefone fixo celular.

Desse modo compreende-se que a lei de propriedade intelectual ao voltar-se mais claramente ao crescimento econômico do país, põe em segundo plano aquele que é o alicerce desse crescimento – o empregado.

## 6 LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATIVIDADE INVENTIVA EM FACE DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Questão interessante envolve a competência para tratar sobre os entraves advindos da execução de contrato de trabalho do empregado autor de invenção. Sabe-se que a primeira norma que buscou regular o regime de apropriação de um invento foi o artigo 454 da CLT (BRASIL, 1943), atualmente revogado pelas sucessivas leis que regulamentaram a propriedade industrial desde então.

Neste aspecto, é suscitada por estudiosos do assunto, a questão da propriedade industrial, como lei geral, ter revogado o referido artigo da CLT, considerada lei especial, que embora tenha ocorrido, a competência para julgar os casos que envolvem as criações no âmbito da execução do contrato de trabalho é da Justiça do Trabalho.

Outro agravante que se pode destacar está na previsão do artigo 89, parágrafo único da Lei de Propriedade Industrial, ao estabelecer que a participação nos ganhos econômicos não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado (BRASIL, 1996). A CLT estabelecia no seu artigo 457, § 1º, que “[...] integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador” (BRASIL, 1943, *online*). Com a medida provisória nº 808, de 2017 (BRASIL, 2017, *online*), no referido parágrafo passou a constar que “[...] integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e de função e as comissões pagas pelo empregador”, restringindo ainda mais as incorporações ao salário.

Além disso, o artigo 7º, inciso XI da Constituição Federal, assegura ao trabalhador a participação nos lucros e nos resultados da empresa. O empregado autor de invenção, por sua contribuição pode interferir de maneira expressiva nos resultados obtidos. Nesse sentido, observa-se a existência de ambiguidades sobre quais direitos podem ser estipulados para o empregado, para que ele não seja prejudicado.

Diante desse quadro, torna-se perceptível a existência de incoerências da propriedade intelectual, na execução do contrato de trabalho em face da titularidade sobre a produção inventiva que se reflete diretamente na apropriação dos resultados financeiros do trabalho.

Ainda na análise do artigo 88 da Lei de Propriedade Industrial, especificamente, compreende-se a necessidade de se definir quem é o empregado para a CLT e como o mesmo passa a ser definido nessa relação estabelecida pelo artigo 88 da Lei de propriedade industrial. O artigo 3º da CLT define o empregado como “pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”, e ainda mais pode ser percebido no parágrafo único desse artigo “[...] Não haverá distinções relativas à espécie

de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.” (BRASIL, 1943, *online*).

Pode-se argumentar que uma das incoerências estabelecidas está em definir quem é o empregado nesta relação, diante do posicionamento de que, compreender o empregado como autor de invenção torna-se complexo, em virtude da Lei de Propriedade Industrial não o definir explicitamente por falta de critério específico, como exemplo, por não trazer em seu texto o conceito de invenção.

Não Há um conceito de invenção na lei e nem na doutrina, porém, a invenção pode ser compreendida como tudo aquilo que é inventado e que pode ser explorado no âmbito econômico. Compreende-se que o termo invenção pode ser interpretado de várias formas. Nesse sentido, o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI, 2014, p. 2), especifica que “uma invenção pode ser definida como uma nova solução para um problema técnico específico, dentro de um determinado campo tecnológico”.

A previsão legal do artigo 218, §3º da Constituição Federal conceitua o trabalhador inovador, por determinar que se conceda meios e condições de trabalho aos que se ocupem das áreas de ciência, pesquisa e tecnologia (BRASIL, 1988, *online*).

A invenção possuidora de características que possibilitem a sua utilização no mercado, com objetivo de gerar desenvolvimento econômico, torna-se inovação. O trabalho voltado para a inovação sugere uma categoria de trabalhador que está diretamente envolvido com pesquisa e criação. Nessa visão, remanesce como parâmetros para definição, a natureza jurídica da invenção que conforme já mencionado, varia conforme o tipo, em cada instituto jurídico que trata da propriedade intelectual.

Outrossim, existem discussões que abrangem o critério de subordinação na definição que envolve o empregado autor de invenção. Subordinação, para Abbagnano (1998, p. 924), compreende, “(lat. Subordinatio, in. Subordination; it Subordinazione). Relação entre dois conceitos: um deles (o subordinado) faz parte da extensão do outro (o sobre-ordenado)”.

Pode-se perceber que as características que definem o empregado, a saber, pessoalidade, onerosidade, continuidade, exclusividade e subordinação, também não se adequam em sua totalidade. Quando se tratar do requisito da subordinação, diante do grau de conhecimento profissional do empregado, do qual o empregador não é possuidor, pode-se falar em subordinação técnica invertida, compreendendo-a como critério de subordinação insuficiente. Conforme Ermida Uriarte e Hernández Álvarez (2003, p.276),

[...] pues no necesariamente el trabajador jurídicamente dependiente debería ser un hiposuficiente social o económico sujeto a tutela—, su imprecisión técnica —por cuanto el trabajador subordinado podría tener una alta calificación profesional e independencia técnica, llegando a hablar, en ocasiones, de subordinación técnica invertida [...].

Seguindo esse entendimento, se o poder de direção do empregador não ocorre, não há em que se falar de empregado pela falta do requisito da subordinação.

No entendimento de Minharro (2010, p. 164), a atividade exercida pelo empregado para a criação intelectual não pode ser considerada trabalho comum, visto que resulta não apenas da força de trabalho, “[...] mas sim de um conjunto de fatores que envolvem aptidão pessoal, experiência, inteligência, sensibilidade [...]”. Nesse contexto, torna-se visível que o poder diretivo do empregador se utilizado de forma interventiva nas criações de serviço, poderá inibir a criatividade do empregado.

Consequentemente, sugere o autor supracitado que o poder diretivo deve ser posto em prática de forma diferenciada, de modo que a subordinação possa ser colocada de forma relativa em que o empregado possa direcionar sua força de trabalho.

Duas são as formas de resolver os entraves advindos desta situação. As querelas são resolvidas no âmbito administrativo conforme previsão do artigo 50 da Lei de Propriedade Industrial, e serão decididas pelo presidente do INPI, sobre a nulidade ou não da patente. No âmbito judicial, nos casos que envolvem a execução do contrato de trabalho, a definição ficou estabelecida na previsão da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, em face dos princípios que as regem, sendo o direito do trabalho voltado para as questões que versam sobre contrato de trabalho, resta definida a competência da Justiça do Trabalho.

Percebe-se que de modo geral, na execução de contrato de trabalho, muitas vezes o empregador como parte mais favorecida financeiramente, e com objetivo de obtenção maior de lucro, acaba por utilizar a força de trabalho do seu empregado para atingir objetivo de maiores lucros. Desse modo em muitas ocasiões firmam contratos com conteúdos diversos ao estipulado por lei, e uma série de outras decisões que põem em questão a execução desses contratos, que precisam ter critérios melhor definidos em face dessa relação.

Torna-se extremamente importante uma reflexão sobre como o empregado autor de invenção terá direito aos dividendos de sua atividade intelectual sem violação do artigo 88 da Lei de Propriedade Industrial, ao envolver questões que versem sobre prestação de serviço sem vínculo empregatício, contrato de prestação de serviço em regime de autonomia, terceirizados, eventuais, avulsos. Outras formas podem ainda ser percebidas, conforme expõe Correia (2013, p.101), sobre “[...] trabalhador não contratado para fins inventivos, cria um produto ou solução inovadora aos negócios empresariais e seu empregador faz uso de sua criação com redução de tempo e custo, auferindo, portanto, vantagens econômicas”.

Diante dessa discussão, percebe-se a necessidade de valorização do empregado autor de invenção para o efetivo desenvolvimento científico, tecnológico e econômico do País, uma vez que o estímulo pode favorecer a criatividade, levando a promoção de aumento de produtividade, redução de custos e aumento das margens de lucros.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto abordado sobre a relação de trabalho que envolve o autor de invenção – empregado, e o titular originário na figura do empregador, torna-se possível observar que os direitos trabalhistas destes empregados devem ser reconhecidos na execução do contrato de trabalho, paralelamente aos direitos previstos na lei de propriedade industrial, considerado o interesse social da empresa.

Faz-se relevante levar em consideração que o desenvolvimento econômico do país depende em parte da mão-de-obra do trabalhador, de modo que a valorização do empregado, e em particular no caso em estudo, do autor de invenção, contribui para o maior desenvolvimento científico, tecnológico e econômico do país.

Outra questão que deve ser levada em consideração refere-se a necessidade de que a propriedade intelectual tem que redimensionar aspectos que envolvam a titularidade da atividade inventiva, nos seus institutos que variam de acordo com a criação. Essa variação dos institutos e em particular dos que envolvem a propriedade industrial, deve considerar o princípio da proteção social, de forma que possa amparar todas as formas de relação de trabalho, bem como os fundamentos da ordem econômica, previsto no artigo 170 da Constituição Federal, ao estabelecer como um de seus fundamentos a valorização do trabalho humano.

Desse modo, a necessidade de não haver uma dissociação das normas de direito do trabalho e de propriedade industrial para regulação do contrato de trabalho do empregado inventor, ou pelo menos um realinhamento de proposituras, pode vir a possibilitar o incentivo

a promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador e do desenvolvimento social e econômico.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ACIOLI, José Adelmy da Silva; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. Fundamentos do Princípio da Proteção Social: As alternativas para sua reconfiguração, a partir da economia social e solidária, de uma renda universal garantida e das teorias dos movimentos sociais. **Revista Acadêmica** - Faculdade de Direito do Recife, v. 87, n. 1, jan/jun, 2015. Disponível em: <<http://www.repositorios.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/1550/1212>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BARACHO, Hertha Urquiza; SOUZA, Jacyara Farias. As Reformas Econômicas no Estado Brasileiro Pós-Constituição Federal de 1988: uma proposta desenvolvimentista. **Revista Direito e Desenvolvimento**. a. 2, n. 3, jan./jun., 2011. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/164/147>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **A Propriedade Intelectual no Século XXI: Estudos de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). Brasília, DF: Senado Federal: **Centro Gráfico**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 de agosto de 1943. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art1)>. Acesso em: 24 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 08 de abril de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9456.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9456.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.484 de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/L11484compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11484compilado.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 12.853, de 14 de agosto de 2013. Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 de maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2018.

CECATO, Maria Aurea Baroni; RUPERT; Maria Belén Cardona. **Direito Social na União Européia e Mercosul**. João Pessoa, 2009.

CORREIA, Silvia. **Os Inventos no Cenário Empresarial: Aspectos trabalhistas e econômicos**. São Paulo: LTr, 2013.

ERMIDA URIARTE, Óscar; HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. Crítica de la Subordinación. In: KURCZYN VILLALOBOS, Patricia; PUIG HERNÁNDEZ, Carlos Alberto (Coords). **Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica, n. 148, 2003. p. 269-297. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/16.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: da antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2006.

INPI. **Instituto Nacional de Propriedade Industrial**. Pesquisa em Propriedade Industrial. 2014.

MINHARRO, Francisco Luciano. **A Propriedade Intelectual no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

NEWTON, Paulla Christianne da Costa; OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira. Flexicurity e Formação: O Investimento em Capital Humano como Elemento Potencializador da Segurança nas Relações Laborais. **Revista Dat@venia**. v. 3. n. 3. 2010. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/1522>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

NUNES, Claudio Pedrosa; DANTAS, Joama Cristina Almeida. Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Proteção ao Trabalho: Análise da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Direito Laboral. **PRIMA FACIE**, João Pessoa, v. 11, n. 20, ano 11, Jan-Jun, 2012, p. 75-92. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/10776/8596>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

PARIS. **Convention de Paris pour la Protection de la Propriété Industrielle**. 1883. Disponível em: <[http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file\\_id=288516](http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=288516)>. Acesso em: 24 mar. 2018.

PRADO, Elaine Ribeiro do. **Gestão e Justiça no Trabalho Inovador**: O direito do trabalho na propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RABELLO, João Bosco. Justiça Reconhece a Patente Brasileira do Bina. **ESTADÃO**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,justica-reconhece-a-patente-brasileira-do-bina,125963e>>. Acesso em: 02 out. 2015. SOUSA, Rosilene Paiva Marinho de. **A Informação como Elemento de Regulação dos Institutos Jurídicos da Propriedade Intelectual**. 2016. 125 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

WIPO. **The World Intellectual Property Organization**. The Concept of Intellectual Property. (WIPO). Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

VIVEIROS, Luciano. **Contraprestação Salarial do Empregado na Invenção**. São Paulo: LTr, 2010.

ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. In: **Ambiente & Sociedade**, Campinas, v. X, n. 1, p. 39-55, jan./jun. 2007.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

POLÍTICA INTERNACIONAL CLIMÁTICA:  
DO CONSENSO CIENTÍFICO À GOVERNANÇA GLOBAL

ERNANI DE PAULA CONTIPELLI

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# POLÍTICA INTERNACIONAL CLIMÁTICA: DO CONSENSO CIENTÍFICO À GOVERNANÇA GLOBAL

## INTERNATIONAL CLIMATE POLITICS: FROM SCIENTIFIC CONSENSUS TO GLOBAL GOVERNANCE

Recebido: 27/03/2018  
Aprovado: 17/09/2018

Ernani de Paula Contipelli\*

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade expor um breve histórico da evolução do processo de politização da questão climática. Assim, na primeira parte do trabalho, buscamos compreender, através de ponderações científicas, o funcionamento do sistema climático e os fatores antropogênicos que atuam em sua modificação. Posteriormente, passamos à investigação do processo histórico que implicou na formação do consenso científico sobre a contribuição das atividades humanas para a mudança climática até a busca de um modelo de governança global que possibilite a comunhão de esforços entre nações para o enfrentamento desse problema de proporções planetárias.

**Palavras-chave:** Mudança climática. Fatores antropogênicos. Governança global.

**ABSTRACT:** The present article aims to describe the historical evolution political process of climate change. Therefore, in the first part, we will comprehend, through scientific considerations, the climate system and how the anthropogenic factors acts in its changing process. After that we will investigate the historical process of the elaboration of scientific consensus about the contribution of the human activities to the climate change and the existing proposes of implementation of a global governance model that promotes union and efforts among nations in order to face this planetary problem.

**Keywords:** Climate change. Anthropogenic factors. Global governance.

### 1 INTRODUÇÃO

Com o agravamento de seus efeitos sobre a vida da sociedade, a questão climática passa a ser considerada mais que um problema ambiental ou mesmo econômico, para, na atualidade, se tratar essencialmente de uma questão de poder, sobretudo, no plano internacional, em que, nos processos de negociações destinados à conclusão de tratados e demais documentos normativos, verificamos a existência de um contínuo embate de interesses entre nações representadas por distintos níveis de desenvolvimento e de influência política.

Dessa forma, o poder, compreendido como a capacidade conferida a certas nações para fazer valer sua vontade política na esfera de negociação internacional, surge como fator decisivo para determinação de um compromisso global e vinculante contra os efeitos adversos da mudança climática, especialmente, quando constatamos a evolução do processo de politização do clima e sua consequente busca por efetivos mecanismos de equilíbrio e de conciliação de interesses diante das múltiplas assimetrias existentes entre as nações.

\* Pós-Doutor em Direito Político Comparado – Universidad Pompeu Fabra. Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado – Universidad Complutense de Madrid. Doutor em Direito do Estado – PUC/SP. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário – PUC/SP. Bacharel em Direito – Mackenzie/SP. Professor do Programa Pós-graduação Strictu Sensu em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECO). Pesquisador do Center for European Strategic Research (Itália). E-mail: ernanicontipelli@gmail.com

O presente artigo tem por objetivo expor um breve histórico da evolução institucional do processo de politização da questão. Assim, na primeira parte do trabalho, pretendemos compreender, através de ponderações de caráter científico, o funcionamento do sistema climático, bem como os fatores antropogênicos que atuam em sua modificação e no decorrente aquecimento do planeta. Posteriormente, passamos à investigação do processo histórico que implicou na formação do consenso científico sobre a contribuição das atividades humanas para o fenômeno da mudança climática até a discussão contemporânea sobre a necessidade de busca de um modelo de governança global, que possibilite a cooperação e a comunhão de esforços entre nações para o enfrentamento desse problema de proporções planetárias. Por fim, destacamos que a perspectiva metodológica utilizada será baseada em uma investigação histórico-exploratória com a revisão de características teóricas, empíricas e político-institucionais sobre o objeto analisado.

## 2. SISTEMA CLIMÁTICO E FATORES ANTROPOGÊNICOS

A mudança climática é reconhecida como uma questão ambiental de extrema complexidade, que gera um grande desafio para institucionalização de modelos de governança que promovam uma adequada política de enfrentamento de seus efeitos adversos. Tal dificuldade é causada, principalmente, pela existência de múltiplos fatores antropogênicos que contribuem para o aquecimento do planeta. Por exemplo, cada Estado, assim como as entidades dentro dos Estados, incluindo companhias, fazendas, lares e indivíduos, emitem um determinado nível de gases de efeito estufa (GEE) e, assim, contribuem para o problema. Ademais, a combinação de GEE na atmosfera conduzem a concentrações que são praticamente equivalente em todo planeta<sup>2</sup>.

Portanto, a compreensão do fenômeno da mudança climática desde a perspectiva científica revela-se essencial para a investigação de seus desdobramentos na esfera política, principalmente, em relação à análise do desenvolvimento histórico de seus aspectos institucionais e respectivos modelos de governança, propostos para combater as consequências negativas da influência dos fatores antropogênicos no sistema climático.

A determinação da temperatura do planeta resulta de um equilíbrio entre a energia recebida da radiação solar que é absorvida pela superfície e a parte que é irradiada ao espaço exterior em forma de energia calorífica (ou térmica). Entretanto, nem toda energia térmica chega ao espaço exterior, pois são refletidas novamente em direção à superfície pela ação das moléculas dos gases de efeito estufa e das nuvens, os quais permitem o estabelecimento de uma temperatura média global de 14°C, muito superior à temperatura de -19°C que seria sentida caso não existisse esse efeito estufa natural.

Em outras palavras, a energia solar entra na atmosfera terrestre em forma de raios ultravioletas e aquece a superfície terrestre, a qual, por sua vez, irradia energia em direção ao espaço como raios infravermelhos, mas uma parte deles fica retida na atmosfera e é novamente refletida em direção à superfície terrestre por uma espécie de “cortina” composta de gases, no caso os denominados gases de efeito estufa (GEE), o que produz um aquecimento geral do sistema climático. Em tal lógica, quanto maior é a quantidade de gases de efeito estufa maior é a quantidade de energia retida, que condiciona o aumento de temperatura do planeta<sup>3</sup>.

Assim, constatamos a existência do efeito estufa natural, o qual faz parte de um sistema balanceado de transferência e transformação de energias: a quantidade de energia solar que recebe o planeta é similar a que desprende, o que possibilita a estabilização do clima terrestre.

<sup>2</sup> PEEL, 2017, p. 1009.

<sup>3</sup> VIÑUALES, 2009, p. 12.

Não obstante, existem fatores que afetam consideravelmente o sistema climático terrestre, os quais são denominados “forçamentos climáticos”.

No último milênio, as transformações na energia solar, as erupções vulcânicas e o aumento na concentração de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera tem sido os forçamentos climáticos mais relevantes, sendo que o aumento da concentração de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) na atmosfera, que está sendo produzido desde 1750 pela atividade produtiva humana, sobretudo, com o início do processo de revolução industrial, se converteu na principal contribuição à mudança do sistema climático<sup>4</sup>.

Desse modo, o aumento dos níveis de gases de efeito estufa na atmosfera, como as emissões de CO<sub>2</sub> provocada pela ação humana, que absorvem e refletem radiação térmica, tem como consequência a intensificação da retenção de calor na atmosfera e, logicamente, o aumento da temperatura média global da superfície, com consequências adversas ao equilíbrio do sistema climático, o que denominamos de mudança climática antropogênica.

Ao contribuir com aproximadamente 64% do forçamento climático total gerado por causas antropogênicas, o dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) é o gás de efeito estufa de maior importância, utilizado inclusive como referência para o cálculo do Potencial de Aquecimento Global dos demais gases como metano (CH<sub>4</sub>), óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), hidrofluorcarbonetos (HFC), perfluorcarbonetos (PFC), hexafluoreto de enxofre (SF<sub>6</sub>) e o trifluoreto de nitrogênio (NF<sub>3</sub>), os quais são regulados pelo Protocolo de Kyoto.

De acordo com a Organização Mundial Meteorológica<sup>5</sup>, a concentração do CO<sub>2</sub> na atmosfera tem aumentado nos últimos 200 anos, em razão do uso indiscriminado de combustíveis fósseis, assim como o crescimento do desmatamento e da degradação ambiental.

Segundo alarmantes projeções climáticas realizadas pelo IPCC (2013), um cenário de emissões relativamente limitada de gases de efeito estufa pode ocasionar um aumento de 0,3 a 1,7°C da temperatura média da superfície terrestre comparado com o período anterior à era pré-industrial, enquanto que um cenário com emissões muito altas, o aumento pode alcançar entre 2,6 a 4,8°C, dificultando consideravelmente a continuidade do modelo de vida social desenvolvido pelo ser humano.

Portanto, a mudança climática afeta diversos setores essenciais para o desenvolvimento de nossas vidas, como por exemplo, a saúde que pode ser atingida pela propagação de vetores de enfermidades, os sistemas urbanos e as atividades econômicas que devem ser reconsideradas para evitar a intensificação do efeito estufa promovido pela ações humanas, ou ainda os conflitos sociais e as migrações, que serão provocadas pelos efeitos negativos do aquecimento global, tais como a elevação do nível do mar, atingindo sobretudo as zonas costeiras baixas.

Diante do panorama anteriormente descrito, é possível constatar uma crescente adoção de medidas políticas que evoluíram progressivamente com a formação do consenso científico sobre o problema. Tais medidas políticas têm por objetivo integrar a luta contra a mudança climática nas prioridades de desenvolvimento internacional e nacionais, desestimulando comportamentos e atividades que contribuam para emissão de gases de efeito estufa na atmosfera através da mitigação ou que propiciem a adaptação da vida social aos efeitos presentes e futuros do aquecimento do planeta.

---

<sup>4</sup> IPCC, 2013, 25.

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL METEOROLÓGICA, 2013, 10.

### 3 FORMAÇÃO DO CONSENSO CIENTÍFICO SOBRE AÇÃO HUMANA E MUDANÇA CLIMÁTICA

Os primeiros estudos científicos a respeito da mudança climática foram iniciados com Jean Baptiste Joseph Fourier (1768-1830) no século XIX, a partir de sua emblemática obra “*A Teoria Analítica do Calor*”, em que trata de forma pioneira sobre a questão do aquecimento do planeta. Fourier observou que alguns gases na atmosfera retêm o calor e deduziu que este efeito era similar a uma estufa, no sentido de armazenar o calor que entra desde o espaço exterior, repercutindo na superfície terrestre<sup>6</sup>.

Posteriormente, em 1896, o químico sueco Svante Arrhenius (1859-1927) atribuiu à produção de dióxido de carbono, mediante a utilização de combustíveis fósseis, a elevação da temperatura da terra. Arrhenius já compreendia que a ação humana poderia provocar o aumento da temperatura do planeta em uma medida entre 05 e 06 graus centígrados, através da duplicação da adição de dióxido de carbono na atmosfera, provocando o denominado efeito estufa.

Após um período de desinteresse pelo tema, justificado equivocadamente na ideia de que a atividade humana não causaria um grande impacto no ecossistema, em 1958, foi constatado pelo oceanógrafo norte-americano Charles Keeling (1928-2005), por intermédio de medições realizadas no Polo Sul e nas Ilhas de Havaí, o crescimento da concentração de dióxido de carbono na atmosfera juntamente com o incremento das atividades humanas contaminantes, motivando o uso de medições dos níveis de CO<sub>2</sub> através da denominada *Curva Keeling*, como forma de controle da temperatura global.

Em seguida, depois da descoberta de outros gases de efeito estufa (clorofluorcarbono, óxido nítrico e metano), as medições científicas realizadas durante a década 80 detectaram uma considerável elevação da temperatura global, impulsionando uma série de estudos científicos, ações políticas e manifestações populares para alertar sobre a mudança climática e seus nocivos efeitos, sendo inclusive validada pela Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos a teoria de Svante Arrhenius (1979).

Assim, a formação do consenso científico a respeito da intervenção humana no sistema climático e seus efeitos adversos ocorreu de forma gradual, conduzindo, posteriormente, ao reconhecimento político do problema, especialmente, no plano internacional, como na Primeira Conferência Mundial sobre Clima, realizada em 1979, Genebra, Suíça, e organizado em conjunto pela Organização Mundial Meteorológica (OMM), Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e o Conselho Internacional para Ciência (ICSU, sigla em inglês), em que se considerou a mudança climática como uma ameaça real e de nível planetário.

Com o despertar da atenção mundial para o problema do aquecimento global e sua consequente inclusão na agenda política dos países desenvolvidos, em 1988, foi criado pelo Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas e pela Organização Mundial Meteorológica, o Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática (IPCC, sigla em inglês) com o propósito de avaliar as causas e os efeitos da mudança climática, assim como formular recomendações sobre suas repercussões, a partir da elaboração de relatórios com perspectivas científicas, técnicas e socioeconômicas, para atribuir-lhes estratégias de respostas.

A partir da publicação de seu primeiro relatório (1990), em que já foi solicitada a celebração de um tratado mundial que enfrentasse o problema da mudança climática<sup>7</sup>, o IPCC

6 URRUTIA, 2010. Sobre a teoria de Fourier, o autor comenta que embora a analogia com a estufa não seja complementada correta, em termos práticos o efeito é o mesmo: quando a radiação solar ingressa na Terra repercute na superfície do planeta, os gases de efeito estufa nesse processo a absorvem, exercendo o efeito estufa que aquece nosso planeta.

7 De acordo com o primeiro relatório do IPCC, importantes modificações estavam ocorrendo na atmosfera do planeta Terra, por conta da emissão de GEE, especialmente, em razão de processos industriais e do desmatamento. Foi previsto que tais modificações provavelmente resultariam em maior severidade de tempestades e outros eventos extremos negativos nos

se tornou uma referência indiscutível em tal setor, de modo que suas demais publicações, as quais comprovam categoricamente que o aumento de emissões de GEE oriundos de atividades humanas altera o sistema climático em termos globais, são utilizadas científica e politicamente para o fomento de ações orientadas ao enfretamento do problema, sobretudo, no âmbito das Nações Unidas e de seus esforços para estabelecer compromissos multilaterais e vinculantes entre os países membros da organização.

#### 4 CONSOLIDAÇÃO DO DEBATE POLÍTICO INTERNACIONAL SOBRE O CLIMA

É possível considerar o ano de 1988 como um marco no debate político internacional sobre mudança climática, pois até tal momento a temática tinha sido tratada essencialmente por atores não-governamentais, como científicos dedicados a questões ambientais, ainda que algumas autoridades políticas tenham manifestado suas preocupações, sem maiores efeitos nas posições oficiais de suas respectivas nações. Entretanto, a partir de 1988, a mudança climática emerge como uma questão de caráter intergovernamental<sup>8</sup>, especialmente, com a resolução elaborada pela Assembleia Geral da ONU do mesmo ano (n. 43/53), a qual caracterizou o clima como preocupação comum de toda humanidade, que deve ser protegido para as gerações presente (*equidade intrageracional*) e futuras (*equidade intergeracional*).

Com a politização e a conseqüente busca de um modelo de governança<sup>9</sup> para questão climática, começam os conflitos e as negociações entre os blocos de nações para defesa de seus respectivos interesses, especialmente, de conteúdo econômico, como o caso dos emergentes (Brasil, Índia, China), que passaram a acusar os países ricos do norte e seu processo de industrialização de serem a causa dos atuais problemas relativos ao aquecimento da terra, cabendo a eles a solução da questão; ou a formação da Aliança de Pequenos Estados Insulares (AOSIS, sigla em inglês), que participou ativamente nas negociações para o estabelecimento de acordos vinculantes destinados à redução da emissão de carbono.

Diante de tais divergências e o crescimento das evidências científicas sobre a contribuição da intervenção humana para o aquecimento do planeta, foi iniciado o processo de negociação para o estabelecimento de uma resposta em âmbito mundial ao problema da mudança climática, através da definição de compromissos apropriados entre as nações.

Em 1992, na Cúpula da Terra realizada no Rio de Janeiro (Brasil), foi adotada a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática (UNFCCC, sigla em inglês), que, ratificada por 195 países, passa a ter vigência a partir de 1994, determinando: os quadros necessários para a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera, com o fim de evitar as interferências antrópicas que coloquem em risco o sistema climático; e os prazos e mecanismos de adaptação dos ecossistemas à mudança climática, para promoção do desenvolvimento sustentável.

---

ecossistemas e na biodiversidade, assim como o aumento do nível do mar. Somente em seu terceiro relatório (2011), que o IPCC pode afirmar que as mudanças anteriormente citadas estavam acontecendo; e no quarto relatório (2007), foi confirmado que elas ocorriam em razão das atividades humanas e que o nível das concentrações de dióxido de carbono na atmosfera revelavam o “perigo da mudança climática” (FREESTONE, 2016, p. 98).

<sup>8</sup> BODANSKY, 2001, p. 45.

<sup>9</sup> O conceito de governança pode ser compreendido como um sistema de normas orientadas à coordenação e colaboração entre distintos atores, com a finalidade de repartir os custos e benefícios de ações conjuntas. No âmbito das relações internacionais, a governança é compreendida a partir de duas perspectivas: como processos institucionais que estabelecem a cooperação entre diferentes atores na esfera global, suprimindo a ausência de um “Estado Mundial”; ou a manifestação compartilhada de poder na esfera internacional, de tal modo que esse papel estará encarregado aos Estados-nação, assim como aos demais atores não-estatais (Contipelli, 2016, p. 83). Assim, a governança visa reduzir o impacto aspectos negativos do processo de globalização e estimular a realização de ações destinadas à concretização de seus aspectos positivos, estabelecendo incentivos e ampliando os instrumentos de cooperação internacional.

Ao representar a busca pelo estabelecimento de um quadro global contra o aquecimento do planeta e a mudança climática, com decisões que influenciam iniciativas em diferentes níveis de governança (internacional, nacional, local), a UNFCCC compatibiliza os interesses e as necessidades comuns entre países em distintos graus de desenvolvimento, para assegurar o futuro do nosso planeta, promovendo a ideia de equilíbrio entre meio ambiente e progresso econômico.

Portanto, a Convenção não pode ser considerada apenas um documento legal, mas também o mais importante fórum internacional para a discussão das questões ligadas à mudança climática, ao impulsionar um canal de diálogo e a cooperação entre as nações para combater um problema comum da humanidade. Diante de tais afirmações, podemos dizer que a UNFCCC inaugura o sistema de governança climática global<sup>10</sup>, a qual tem por finalidade investigar o potencial das relações que podem existir entre específicos níveis de governo e construir conexões entre distintas iniciativas (internacional, transnacional, nacional e subnacional), para assegurar o alcance de objetivos comuns relativos ao controle da crise climática contemporânea.

Ressaltamos, então, que a UNFCCC determina as bases gerais para os trabalhos futuros que devem ser realizados para o enfretamento da mudança climática, transferindo a determinação de compromissos vinculantes específicos através de reuniões regulares das partes e a eventual adoção de protocolos substanciais. A própria Convenção prevê um conjunto de instituições que caracterizam uma nova proposta de governança fundada em acordos ambientais multilaterais<sup>11</sup> como: a Conferência das Partes (COP), para “realizar as decisões necessárias para promoção da efetiva implementação da Convenção” (art. 7º, UNFCCC); a sua Secretaria Permanente, com sede em Bonn (Alemanha), a qual promove apoio organizacional e conhecimentos técnicos para facilitar as negociações e o tramite de informações sobre a implementação da Convenção; e dois órgãos subsidiários permanentes (Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico e Tecnológico – OSACT, e Órgão Subsidiário de Execução – OSE).

As decisões estabelecidas com fundamento na UNFCCC são discutidas e aprovadas durante as Conferências das partes e materializadas em diferentes documentos, entre os quais destacamos o Protocolo de Kyoto (Japão, 1997), que ratificado por 184 países, configura um acordo para redução do total de emissões de gases de efeito estufa a uma média a 5,2% aos níveis correspondentes a 1990, com determinação de marcos legais vinculantes, o que inclusive levou a países como Estados Unidos e Austrália a se retirarem de tal Protocolo<sup>12</sup>.

Enquanto a Convenção declara a necessidade de estabilização das emissões de gases de efeito estufa, o Protocolo obriga a cumprir os compromissos assumidos, reconhecendo que os países desenvolvidos são os principais contribuintes dos altos níveis de GEE presentes atualmente na atmosfera como consequência de mais de 150 anos de atividade industrial, o que permite atribuir-lhes maiores encargos na solução da questão, nos termos do denominado “*princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas*”, é dizer, a capacidade para responder ao problema da mudança climática deve ser compartilhada, mas de acordo com as contribuições históricas e atuais de cada nação.

Essa ideia de responsabilidade diferenciada possui um duplo fundamento, na medida que, por um lado, considera a contribuição à degradação do meio ambiente global, o que pode supor para os países desenvolvidos a emergência da responsabilidade jurídica de adotar medidas para fazer frente aos problemas relacionados com o meio ambiente global; por outro lado, se

<sup>10</sup> BODANSKY, 1993, P. 451.

<sup>11</sup> CHURCHILL e ULFSTEIN, 2000, p. 645.

<sup>12</sup> De acordo com seu artigo 25, o Protocolo de Kyoto prevê uma *condição suspensiva de vigência*, segundo a qual ele somente entraria em vigor quando as nações representantes do 55% de emissões mundiais de GEE ratificassem o tratado, o que apenas ocorreu com a entrada de Rússia em 2005, haja vista que a retirada de EUA, responsável por aproximadamente 25% total de emissões mundiais, dificultou consideravelmente a implementação da mencionada condição.

baseia na capacidade tecnológica, financeira e organizativa para enfrentar os mencionados problemas, como o caso da mudança climática, o que implica na adoção de medidas a favor dos países menos desenvolvidos<sup>13</sup>.

Assim, o Protocolo de Kyoto se fundamenta nos objetivos e princípios da Convenção, prestando inclusive apoio nos países em desenvolvimento e economias em transição para iniciativas de mitigação (redução de emissões de GEE e preservação e melhoria dos sumidouros e dos reservatórios) e de adaptação (ajustes nos sistemas naturais ou humanos em resposta a estímulos climáticos reais ou esperados, ou a seus efeitos, com o fim de diminuir o dano que ocasionam ou aproveitar seus benefícios<sup>14</sup>).

Ademais, o protocolo estabelece instrumentos para redução de emissões, os quais tem por finalidade flexibilizar o cumprimento de obrigações por parte dos países desenvolvidos, como o caso do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), que possibilita a realização de investimento em projetos de desenvolvimento sustentável nos países em desenvolvimento, para o alcance das metas de redução de GEE, com a conferência de créditos de carbono<sup>15</sup>.

Compatibilizando as pretensões contidas na Convenção e no Protocolo de Kyoto, foi estabelecido, a partir do Roteiro de Bali (COP 13, 2007), um “enfoque de duas vias” nas negociações internacionais sobre mudança climática, a qual, entre outros avances, permitiu o estabelecimento:

a) do Acordo de Copenhague (COP 15, 2009), compromisso mundial que reconhece “a opinião científica de que o aumento da temperatura mundial deveria permanecer por abaixo de 2° C”, concretizando a disposição contida no artigo 2° da UNFCCC; e

b) do Acordo de Cancun (COP 16, 2010), que formaliza as promessas formuladas pelos países desenvolvidos no Acordo de Copenhague e determina a criação do Fundo Verde para o Clima, com o objetivo de facilitar o financiamento de medidas de mitigação e adaptação a longo prazo para os países em via de desenvolvimento.

No âmbito científico, importante mencionar o Quarto Relatório do IPCC (2007), em que foi concluído que o aumento mundial da temperatura do ar e do oceano, o derretimento de neves e gelo, e o aumento do nível do mar são fatores que comprovam inequivocamente o aquecimento do sistema climático. De acordo com o mencionado relatório, a variação da temperatura do planeta desde o século XX é causada (probabilidade de 90% de certeza científica) pelo aumento da concentração de GEE antrópicos. Além disso, o IPCC previu um aquecimento aproximado de 0,2°C por decênio, em razão do incremento das emissões mundiais até 2030<sup>16</sup>.

##### 5 BUSCA DA GOVERNANÇA CLIMÁTICA GLOBAL: ACORDO DE PARIS.

A partir da COP 17 (Durban, 2011), a diplomacia climática passou a seguir uma única via de negociações, a qual foi determinante para as decisões tomadas na COP 19 (Varsóvia, 2013), que conduziram ao alcance de um novo acordo climático universal para pós-2015, concluído na COP 21 (Paris, 2015).

Assim, o histórico Acordo de Paris, adotado através da Decisão n. 01/COP21, estabeleceu um marco global de combate à mudança climática a partir de 2020, com o propósito de “manter o aumento da temperatura média mundial muito abaixo de 2°C com respeito aos níveis pré-industriais e prosseguir os esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C”. Entre

<sup>13</sup> RODRIGO, 2015, p. 113.

<sup>14</sup> IPCC, 2007, 05.

<sup>15</sup> Sobre o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), Andrea Lucas Garín destaca: “a) as qualidades dos países que participam (desenvolvidos e em desenvolvimento); b) voluntariedade da participação; c) que cada Estado parte do Protocolo deve autorizar o projeto (através das autoridades nacionais do MDL); d) seu objetivo sempre é a mitigação, com outras consequências positivas, como a transferência tecnológica e o financiamento; e) autoriza a participação de entidades públicas e privadas, tanto nas atividades do projeto como na aquisição de unidades certificadas de redução de emissões, o que deve ser regulado” (GARÍN, 2017, P. 149).

<sup>16</sup> IPCC, 2007, p. 10.

as importantes determinações constantes do Acordo de Paris, as partes se comprometem a cumprir e comunicar os objetivos fixados nas respectivas Contribuições Definidas a Nível Nacional (CND), em que descrevem os meios utilizados por cada país para reduzir as emissões de gases de efeito estufa a longo prazo.

As ações comunicadas nas CNDs em conformidade com o Acordo de Paris consistem na chave para compreender sua proposta de governança em relação à diminuição das emissões globais de GEE, refletindo as ações que cada nação pretende realizar e suas aspirações e esforços para responder ao fenômeno da mudança climática, ao oferecer metas conectadas de redução, adaptação e métodos de implementação (financeiro, tecnológico etc.).

Com tais considerações, podemos constatar que o Acordo de Paris, diferentemente do Protocolo de Kyoto, não determinou uma meta específica de redução de GEE, senão estabeleceu um limite no aumento da temperatura da Terra (1,5°C em 2100). Tal proposta não representa um retrocesso na luta contra a mudança climática, mas sim um modelo de governança que valoriza a presença de políticas domésticas para direcionar as ações climáticas e permitir que os países realizem os ajustes de suas próprias metas para minimizar a emissão de GEE, sobretudo, em sintonia com o respectivo contexto socioeconômico nacional.

Essa mudança de perspectiva confirma as anteriores dificuldades encontradas pelas Partes para cumprir com as tarefas acordadas no Protocolo de Kyoto, principalmente, devido à ausência de coordenação entre as iniciativas tomadas em diferentes níveis de governo, assim como os obstáculos encontrados para estimular a realização de ações e conscientização do problema por parte da sociedade civil. Daniel H. Cole expressou sua preocupação com o pobre avanço no combate da mudança climática, afirmando que a revisão dos resultados obtidos nas reuniões internacionais sobre clima indicam um contínuo aumento dos níveis de desconfiança, representado, principalmente, por uma falta de progresso no âmbito da mitigação e pela existência de múltiplos conflitos entre as Partes<sup>17</sup>.

Em tal contexto, o Acordo de Paris propõem um novo modelo regulatório, enfatizando as características policêntricas do sistema de governança climática<sup>18</sup>, ao transformar as negociações internacionais de um conflito distributivo sobre metas legalmente vinculantes previstas pelo Protocolo de Kyoto em um processo *bottom-up* de compromissos voluntários de mitigação, permitindo que os países determinem de forma independente seus próprios esforços de mitigação<sup>19</sup>.

Em outras palavras, o policentrismo do Acordo de Paris desempenha um importante papel na luta global contra a mudança climática, ao possibilitar que cada nação ajuste e contextualize as tarefas e políticas assumidas no âmbito internacional com o seu respectivo processo de desenvolvimento. Embora, existam grandes obstáculos para o cumprimento de metas estabelecidas pelos países nas respectivas CNDs, compreendemos que essa proposta policêntrica de ajuste às condições sociais e econômicas de cada nação é decisivo para definição de sua respectiva capacidade para superar os desafios impostos pela equação desenvolvimento/mitigação<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> COLE, 2015, p. 117.

<sup>18</sup> A abordagem policêntrica baseada na teoria de Elinor Ostrom (2010, p. 30) compreende uma alternativa viável e um método pluralista de governança que enfoca a ação conjunta de múltiplos níveis de governo. Trata-se de uma ferramenta analítica para determinar a mudança global, operando através de jurisdições independentes e sobrepostas, através da experimentação, aprendizagem, construção de confiança e sensibilidade. Nesse cenário, as ações de distintos atores espalhados em múltiplas unidades de governança, potencializam a inovação dentro de um marco de ações cooperativas. Resumindo, os sistemas policêntricos são caracterizados por múltiplos centros de autoridade decisória com jurisdições sobrepostas que não estão em relacionamento hierárquico; em vez disso, eles cooperam entre si. Suas interações são desenvolvidas através de um processo de ajustamento mútuo com colaboração espontânea e aprendizado recíproco, gerando um padrão regularizado para definição de uma ordem social abrangente.

<sup>19</sup> FALKNER, 2016, p. 1124.

<sup>20</sup> CONTIPELLI, 2017, p. 07.

Como forma de melhor visualizar a ideia das CNDs, podemos citar, como exemplo, o Brasil, que, em 2016, após a ratificação do Acordo de Paris, entregou às Nações Unidas as metas brasileiras compreendidas na CND, em que se compromete a reduzir as emissões de GEE em 37% abaixo dos níveis de 2005 no ano de 2025, além de uma contribuição indicativa subsequente de redução em 43% abaixo dos níveis de 2005 no ano de 2030. Para alcançar tais objetivos, o país pretende aumentar a participação de bioenergia sustentável na sua matriz energética para aproximadamente 18% até 2030; restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas, bem como alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da sua matriz energética em 2030.

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente, o Brasil reduzirá as emissões de GEE no contexto de um aumento contínuo da população e do PIB, bem como da renda per capita<sup>21</sup>, o que conferi ambição a essas metas e reflete a oportunidade dada pela lógica policêntrica de governança climática prevista pelo Acordo de Paris, balanceando a equação desenvolvimento/mitigação.

Ainda que seja discutida a efetividade das ações propostas nos termos do Acordo de Paris, é relevante destacar que Estados Unidos e China, os quais representam 40% das emissões globais de gases de efeito estufa, formalizaram suas respectivas adesões a tal iniciativa, demonstrando, ao menos no momento da celebração do pacto, o compromisso que tinha sido assumido pelas maiores economias mundiais em cooperar com ações de mitigação para fortalecer e construir um verdadeiro marco jurídico internacional climático<sup>22</sup>.

Entretanto, com o êxito do republicano Donald Trump nas eleições presidenciais dos Estados Unidos de 2016, o qual sempre manifestou seu ceticismo em relação a existência da mudança climática e do aquecimento global, a situação se desdobra com o anúncio da retirada do país do Acordo de Paris, após a última reunião do G7, realizada em Itália (2017), colocando em risco toda perspectiva de estabelecimento de uma futura governança global climática.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a mudança climática está ocorrendo mais rápido do que nunca. De acordo com o cenário concebido pelo *Emission Gap Report 2016: A UNEP Synthesis Report*, é necessário reforçar significativamente a ideia de redução de emissões e alcançar as decisões do Acordo de Paris sobre metas “abaixo dos 2°C” e “prosseguir na realização de esforços para limitar o aumento de temperatura para 1,5°C”. Na verdade, a emissão total global de GEE continua a aumentar progressivamente, alcançando, em 2014, um montante aproximado de 52,7 gigatoneladas de dióxido de carbono (GtCO<sub>2</sub>), o que revela a existência de um cenário que continua muito distante dos objetivos fixados pelo Acordo de Paris, o qual representaria o equivalente a 44 GtCO<sub>2</sub> em 2020<sup>23</sup>.

Um interessante indicador sobre a ameaça que representa a mudança climática pode ser constatado na atual hora do denominado Relógio do Apocalipse (*Doomsday Clock*), o qual foi criado em 1945 pelo Boletim dos Cientistas Atômicos, como forma de retratar a imagem do

21 Ministério do Meio Ambiente: <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>.

22 Daniel Bodansky, Jutta Brunnée e Lavanya Rajamani compreendem que o Acordo de Paris propõe uma ambiciosa direção para o regime climático, que é complementada por um conjunto de obrigações essenciais comuns para todos os países, inclusive a obrigação legal vinculante de levar a cabo contribuições nacionais determinadas de mitigação e uma expectativa de progressão durante um certo período de tempo. Também, estabelece um marco comum de responsabilidade e transparência e um processo interativo, em que as Partes fazem um balanço, a cada cinco anos, de seus progressos coletivos e apresentar suas contribuições de redução de emissões para o próximo período de cinco anos. Ademais, o Acordo de Paris possui aceitação universal ou quase universal, e é aplicável para todos, haja vista que, em 20 de janeiro de 2017, mais de 190 países, que representam aproximadamente 99% das emissões globais, tinham apresentado suas pretendidas contribuições nacionalmente determinadas (BODANSKY, BRUNNÉE e RAJAMANI, 2017, p. 210).

23 OLHOFF e CHRISTENSEN, 2016, p. 04.

apocalipse como sendo meia-noite. Anualmente, esse grupo de cientistas formula a decisão sobre a hora que deve ser dada ao relógio, é dizer, se os minutos devem se aproximar ou não da “meia-noite”, de acordo com a incidência de fatores que tornam o mundo mais vulnerável a catástrofes de armas nucleares, mudanças climáticas e novas tecnologias.

Em 2017, o Conselho de Ciências e Segurança da Declaração do Relógio do Apocalipse decidiu alterar o horário em dois minutos e meio para meia-noite. Historicamente, trata-se da hora mais próximo do apocalipse desde a crise nuclear entre Estados Unidos e Rússia em 1947, justificando tal modificação na alta probabilidade de catástrofe global e a necessidade de serem tomadas em um breve período de tempo ações necessárias para reduzir os riscos de desastres planetários.

No que se refere às mudanças climáticas, o Boletim informa que as ações de combate às emissões globais de GEE decididas no âmbito do Acordo de Paris foram extremamente precárias em 2016, e os países não parecem estar interessados em promover cortes adicionais para manter a temperatura da terra abaixo de 2°C, afirmando ainda que durante a COP 22 (Marrakesh, 2016), a comunidade internacional não tomou as medidas necessárias para iniciar o caminho em direção a “um mundo de emissão de carbono zero”, produzindo, então, pouco progresso em relação aos objetivos prometidos no âmbito do Acordo de Paris<sup>24</sup>.

Ademais, o relatório destaca que a eleição do republicano Donald Trump e sua “descrença no esmagador consenso científico sobre a mudança climática” contribuiu para o agravamento desta ameaçadora situação mundial, o que culminou, como mencionamos linhas atrás, com a retirada do país do Acordo de Paris. No que diz respeito a particular posição do Partido Republicano de Trump, Noam Chomsky pondera que:

É um fato surpreendente sobre a atualidade é que no país mais poderoso da história mundial, com um alto nível de educação e privilégio, um dos dois partidos políticos praticamente nega os fatos bem estabelecidos sobre a mudança climática antropogênica”.

E o autor continua com suas críticas, argumentando que o país mais poderoso do mundo, praticamente sozinho, conduz o mundo ao desastre com entusiasmo e dedicação e a Administração do Presidente Trump ajuda o processo acelerando o *boom* do petróleo<sup>25</sup>.

Logicamente, a mudança climática é um problema supercomplexo e de longo prazo que exige ações imediatas, não apenas por parte dos Estados Unidos, mas também do mundo inteiro, para limitar sobretudo a emissão de GEE na atmosfera e controlar a temperatura da Terra abaixo de níveis perigosos a nossa existência. É o momento de concentrar a atenção global nos alvos de mitigação e manter o Acordo de Paris vivo, revertendo o caminho do sistema político e econômico baseado na “economia do carbono”.

Portanto, constatamos uma íntima relação entre ciência e política no âmbito da questão climática, elementos que evoluíram progressivamente e se compatibilizaram para reforçar a ideia de uma necessária governança global climática, a qual é exigida pela realidade sociopolítica mundial contemporânea, para possibilitar a sobrevivência de nossa espécie diante dos efeitos adversos do aquecimento do planeta.

Desse modo, compreendemos que a prosperidade das nações deve estar fundada no desenvolvimento das capacidades humanas, sobretudo, com a consciência de que os recursos de nosso planeta são limitados e apenas nos permitirão sobreviver em um contexto social caracterizado pela cooperação e solidariedade, em que o bem comum, os interesses individuais e o meio ambiente se relacionem de maneira equilibrada.

<sup>24</sup> MECKLIN, 2017, p. 07.

<sup>25</sup> CHOMSKY, 2016, p. 11.

## REFERÊNCIAS

BODANSKY, Daniel. The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary. **Yale Journal of International Law**, 1993. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/yjil18&div=29&id=&page=>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **The History of the Global Climate Change Regime**, em LUTERBACHER, Urs y SPRINZ, Detlef F. (eds), International Relations and Global Climate Change. MIT Press, Massachusetts, 2001.

\_\_\_\_\_. BRUNNÉE, Jutta e RAJAMANI, Lavanya. **International Climate Change Law**. New York: Oxford University Press, 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Convenção das Nações Unidas: Acordo de Paris. In: CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇA DO CLIMA (UNFCCC), Paris, 2016. **Anais Eletrônicos...** Paris. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CHOMSKY, Noam. Global Warming and the Future of Humanity. C. J. Polychroniou **interviews Noam Chomsky and Graciela Chichilnisky**, Truthout, Disponível em: <<https://chomsky.info/global-warming-and-the-future-of-humanity>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CHURCHILL, RR. e UFLSTEIN, G. (2000) **Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: a little-noticed phenomenon in International Law**. American Journal of International Law, 94, 623-59.

COLE, Daniel H. Advantages of a Polycentric Approach to Climate Change Policy. **Nature Climate Change**, 2015. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/nclimate2490>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CONTIPELLI, Ernani. **Trump's Doctrine and Climate Change: New Challenges for Global Governance**. IndraStra Global, vol. 3, n. 05, 2017.

\_\_\_\_\_. Estado Constitucional Cooperativo: Perspectivas sobre Solidaridad, Desarrollo Humano y Gobernanza Global. **Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas**, v. 18, n. 01, p. 81-92. 2016. Disponível em: <<http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/562/909>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

FALKNER, Robert. The Paris Agreement and the New Logic of International Climate Politics. **International Affairs**, 2016. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2346.12708>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

FREESTONE, David. The United Nations Framework Convention on Climate Change: The Basis for Climate Change Regime. GRAY, Kevin, TARASOFSKY, Richard e CARLARNE, Cinnamon (eds). **The Oxford Handbook of International Climate Change Law**. Nova York: Oxford University Press. 2016.

GARÍN, Andrea Lucas. Novedades del Sistema de Protección Internacional de Cambio Climático: el Acuerdo de París. **Estudios Internacionales**, Santiago. p. 137-167. 2017. Disponível em: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So719-37692017000100137](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So719-37692017000100137)>. Acesso em: 27 jul. 2018.

MECKLIN, John. It is Two and a Half Minutes to Midnight. Doomsday Clock Statement Science and Security Board. **Bulletin of the Atomic Scientists**, New York, 2017.

NOLLKAEMPER, André; PLAKOKEFALOS, Ilias (eds). **The Practice of Shared Responsibility in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.

OLHOFF, A. and CHRISTENSEN, J.M. **The Emission Gap Report 2016: A UNEP Synthesis Report**. UNEP, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL METEOROLÓGICA. OSTROM, Elinor. A Multi-Scale Approach to Coping with Climate Change and Other Collective Action Problems, **Boletín sobre los Gases de Efecto Invernadero**. 2010. Disponível em: <[https://library.wmo.int/pmb\\_ged/ghg-bulletin\\_11\\_es.pdf](https://library.wmo.int/pmb_ged/ghg-bulletin_11_es.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2018.

RODRIGO, Ángel J. **El Desafío del Desarrollo Sostenible: Los Principios de Derecho Internacional relativos al Desarrollo Sostenible**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

URRUTIA SILVA, Osvaldo. El Régimen Jurídico Internacional del Cambio Climático después del “Acuerdo de Copenhague”. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n. 34, p. 597-633. 2010. Disponível em: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=So718-68512010000100019&lng=en&nrm=iso&tlng=es.](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=So718-68512010000100019&lng=en&nrm=iso&tlng=es.)>. Acesso em: 26 jul. 2018.

VIÑUALES, J. E. El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: Cuestiones de actualidad. **Inter-American Juridical Committee, Course on International Law**, v. 34. 2009. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/132346368.pdf>> Acesso em: 26 jul. 2018.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES DE  
TRABALHO, A REFORMA TRABALHISTA E A  
PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

THIAGO PENIDO MARTINS  
VIRGÍNIA LARA BERNARDO BRAZ

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, A REFORMA TRABALHISTA E A PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

## LAS TRANSFORMACIONES EN LAS RELACIONES DE TRABAJO, LA REFORMA LABORAL Y LA PROHIBICIÓN AL RETROCESO SOCIAL

Recebido: 30/04/2018  
Aprovado: 18/09/2018

Thiago Penido Martins\*  
Virgínia Lara Bernardo Braz\*\*

**RESUMO:** Na conjuntura socioeconômica atual, em decorrência das transformações nas relações sociais, da intensificação da globalização e do neoliberalismo, os debates sobre a possibilidade de flexibilização dos direitos sociais têm ganhado repercussão social. Nesse contexto de mudanças sociais e transformações nas relações econômicas, sociais e de trabalho, o legislador se sente impulsionado a adotar medidas para modernizar a legislação trabalhista vigente, o que deve ser visto com cautela e parcimônia, para que as mudanças introduzidas não impliquem em restrição a efetividade de direitos e garantias trabalhistas constitucionalmente asseguradas. O artigo, portanto, mediante análise crítica e comparada das alterações introduzidas pela Lei Federal n.º 13.467/17, tem como objetivo aferir em que medida as principais alterações contribuíram para a evolução e modernização da legislação trabalhista e em que aspectos representam uma involução, ao contrariarem o princípio da proibição do retrocesso social.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais. Estado social. Crise. Mudanças na legislação trabalhista.

**RESUMEN:** En la coyuntura socioeconómica actual, como consecuencia de las transformaciones en las relaciones sociales, de la intensificación de la globalización y del neoliberalismo, los debates sobre la posibilidad de flexibilización de los derechos sociales han ganado repercusión social. En ese contexto de cambios sociales y transformaciones en las relaciones económicas, sociales y de trabajo, el legislador se siente impulsado a adoptar medidas para modernizar la legislación laboral vigente, lo que debe ser visto con cautela y parsimonia, para que los cambios introducidos no impliquen en restricción la efectividad de derechos y garantías laborales constitucionalmente aseguradas. El artículo, por lo tanto, mediante un análisis crítico y comparativo de las modificaciones introducidas por la Ley Federal n.º 13.467 / 17, tiene como objetivo estudiar en qué medida las principales alteraciones contribuyeron a la evolución y modernización de la legislación laboral y en qué aspectos representan una involución por contrariar el principio de la prohibición del retroceso social.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales sociales. Estado social. Crisis. Cambios en la legislación laboral.

\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna. E-mail: thiagopenido@yahoo.com.br

\*\* Mestranda em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM (2011) e especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2014). E-mail: virginia.adv.mg@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado passou por consideráveis transformações ao longo dos últimos séculos, em especial, no que tange aos papéis que desempenha em relação aos indivíduos e toda sociedade. Essas mutações são fruto da evolução da sociedade, que passa a demandar, na medida em que as relações sociais vão se tornando mais complexas, a tutela e proteção de novos direitos fundamentais.

Com o advento da segunda geração dos direitos fundamentais, passou-se a exigir do Estado que este não se limitasse à uma posição absenteísta, de não violação de direitos, para assumir um papel efetivo na consecução de prestações positivas em favor dos cidadãos, materializando o princípio da igualdade substancial, característica marcante do Estado de Direito Social ou Estado do Bem-Estar Social.

Os direitos sociais são direitos fundamentais caracterizados como liberdades positivas, que estabelecem garantias materiais aos indivíduos, devendo ser obrigatoriamente implementados pelo Estado para a concretização da igualdade social, com o desiderato de melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, em especial, mediante a implementação de direitos e garantias aos trabalhadores.

Com a globalização, o Estado Social perde gradativamente seu domínio sobre as variáveis que influenciavam a economia, bem como a capacidade para formular e implementar políticas públicas, o que acaba por comprometer a efetiva garantia dos direitos sociais. A globalização e o neoliberalismo trouxeram à tona debates e análises acerca da necessidade de flexibilização dos direitos sociais, tema de grande repercussão social.

Diante das crises de ordem econômica, o legislador se sente impulsionado a adotar medidas que mitigam os direitos fundamentais sociais, em especial, os direitos sociais trabalhistas, recentemente alterados e reduzidos pela reforma trabalhista. O alto custo dos direitos sociais e a questão dos limitados recursos financeiros para garantir esses direitos, têm levado o legislador a propor medidas de flexibilização.

Ressalta-se que é justamente nos cenários de crise que os direitos sociais são capazes de potencializar o seu propósito e garantir a dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, o legislador, de forma injustificada, não poderá reduzir o nível de concretização e efetividade das normas de proteção do trabalhador, uma vez que sua atuação é limitada pelo princípio constitucional da vedação ou proibição do retrocesso social.

Destaca-se que nem toda medida de flexibilização será considerada retrocesso social e, portanto, será vedada. Indispensável analisar o contexto no qual as alterações legislativas são realizadas, a existência de medidas compensatórias e as finalidades perseguidas, para, a partir de uma visão macro, definir se as alterações introduzidas implicam em redução da eficácia dos direitos sociais ou se está diante de alterações voltadas para a modernização da legislação e atendimento das novas realidades e demandas sociais, de modo a assegurar o desenvolvimento econômico.

O presente estudo tem por objetivo precípuo analisar algumas das alterações introduzidas na legislação trabalhista brasileira pela denominada reforma trabalhista, com o intuito de verificar se e em que medida as mudanças realizadas violam o princípio da vedação do retrocesso, em especial, avaliar se a reforma da legislação trabalhista teve o condão de mitigar os direitos dos trabalhadores assegurados na legislação infraconstitucional, protegidos pelo princípio constitucional da vedação ao retrocesso social, imprescindíveis à valorização do trabalho e à tutela da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, será realizada uma análise crítica e comparativa acerca das alterações legislativas introduzidas pela Lei Federal n.º 13.467/17, no tocante a alguns dos principais

direitos do trabalhador, sob a perspectiva do princípio constitucional da vedação ao retrocesso social, de modo a identificar em que medida as alterações promovidas poderão contribuir para evolução ou involução das relações de trabalho, sempre em busca da efetiva tutela e proteção dos direitos fundamentais do trabalhador insculpidos na Constituição da República.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO

“Os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir” (FERRAJOLI, 2011, p. 09). Para Silva (2002, p. 178), a expressão mais adequada para designá-los é direitos fundamentais do homem, pois se referem “a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, como também designam as prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantia de uma convivência diga, livre e igual de todas as pessoas”.

São titulares dos direitos fundamentais as pessoas físicas e as pessoas jurídicas. Quanto às pessoas físicas, podem ser titulares dos direitos fundamentais os brasileiros natos e naturalizados, bem como os estrangeiros residentes no Brasil, estendendo-se, consoante posição do Supremo Tribunal Federal, aos estrangeiros de “passagem” pelo território nacional, a toda e qualquer pessoa que seja alcançada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, pela jurisdição do Estado brasileiro. Quanto às pessoas jurídicas, “estas também são titulares de direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza” (SILVA, 2002, p. 191).

Os direitos fundamentais são conquistas dos cidadãos ao longo da história decorrentes da evolução do indivíduo e da sociedade. Assim, as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais referem-se à cronologia histórica destas conquistas. Demonstram o caráter cumulativo da evolução dos direitos no tempo, de forma que uma dimensão não substitui totalmente a outra, sendo que todas se complementam. Importante ressaltar que a doutrina abarca algumas outras dimensões, não havendo consenso no que tange às últimas. Porém, para os objetivos do trabalho, é suficiente a análise das três primeiras dimensões.<sup>3</sup>

A primeira dimensão ou geração se trata da dimensão de direitos individuais, relacionados à própria pessoa em sua individualidade. São direitos contemporâneos às Revoluções Liberais. Surgiram com a ideia de Estado de Direito, momento no qual os cidadãos se veem libertos frente ao Estado Absolutista que os assegurava apenas a paz e a segurança. Segundo Bobbio (1992, p. 32-33),

[...] a primeira geração contempla os direitos de liberdade, cujo fundamento é a limitação do poder estatal e a proteção da esfera privada da existência de cada indivíduo, estabelecendo para o Estado obrigações negativas, deveres de abstenção.

Tem-se, assim, a tutela do direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, a igualdade perante a lei, dentre outros. A segunda dimensão ou geração dos direitos cuida dos direitos sociais, econômicos, culturais, positivos, conquistados após a Revolução Industrial (Estado Social). Neste período se passou a exigir do Estado a consecução

<sup>3</sup> Salienta Mello que: “Com efeito, as classificações históricas valerem-se da categoria de gerações de direitos para explicar a evolução dos direitos fundamentais, concepção que poderá ser útil à historiografia do constitucionalismo, mas que passa a errada impressão de que uma geração de direitos substitui ou sucede a anterior, quando todo o fenômeno dos direitos fundamentais na história consiste num permanente acrescentar novas espécies jusfundamentais às já reconhecidas. A história dos direitos fundamentais é uma história de densificação e ampliação, não de sucessão.” (2001, p. 239) No mesmo sentido Gomes: “Denota-se dessa interação expansionista dos direitos fundamentais a necessidade de uma abordagem holística, de modo que as distinções entre os mesmos baseadas nas gerações e nas dimensões individuais e coletivas figuram como partimentalizações inadequadas. Assim, além da reafirmação de que todos os direitos humanos são interdependentes e inter-relacionados, a abordagem holística reconhece que todos eles são essenciais, estão sujeitos a violações, e à realização de cada um deles possui caráter instrumental na realização dos demais.” (2003, p.128).

de obrigações de fazer destinadas a atender às necessidades básicas dos cidadãos, com o desiderato de lhes garantir os direitos constitucionalmente positivados, tais como, o direito à saúde, educação, alimentação, moradia, segurança pública. Noutras palavras, exigiu-se a partir a implementação de direitos prestacionais destinados à promoção da igualdade e da justiça social. Para Mendes (2015, p. 137):

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

A terceira dimensão trata dos direitos difusos e coletivos (supraindividuais) para proteção da coletividade. São direitos que transcendem a tutela do indivíduo, possuindo como alvo a tutela de direitos e interesse titularizados pela coletividade. Surgem a partir da expansão dos meios de comunicação, de transporte e interação social. São exemplos dos direitos e terceira geração, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os direitos dos consumidores, os direitos da criança, adolescente, idosos, conservação do patrimônio histórico e cultural. Para Bonavides, os direitos de terceira geração dizem respeito aos direitos daqueles que passam a integrar a titularidade de grupos humanos, como a família, a sociedade e a coletividade:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2001, p. 523).

Tecidas as considerações acerca da classificação dimensional ou geracional dos direitos fundamentais, cumpre, antes de adentrar à análise dos direitos sociais, em especial, dos direitos dos trabalhadores, objeto do presente trabalho, destacar a necessidade em se diferenciar os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, na medida em que é corriqueira a confusão quanto às nomenclaturas.

Sarlet (2009, p. 29) esclarece que apesar de serem utilizados, por vezes, como sinônimos, direitos fundamentais “são aqueles positivados, aplicáveis aos cidadãos de determinado Estado, reconhecidos e protegidos por este”. Os direitos humanos guardam relação com o ser humano no âmbito internacional, independente da vinculação do cidadão com determinado Estado ou ordem constitucional, revelando seu caráter supranacional.<sup>4</sup>

4 Segundo Galuppo (2004, p. 417): Os direitos humanos transformaram-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transformou no princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade. Os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos. (2003, p. 233). Sarlet cita o critério do plano de posituação para diferenciar os conceitos de direito humanos e direitos fundamentais: “o termo ‘direitos fundamentais’ aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano com tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, que, portanto, aspiram à validade universal, revelando inequívoco caráter supranacional.”

### 3 OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são enquadrados como direitos de segunda geração que foram conquistados ao passo que a sociedade começou a demandar e exigir prestações positivas do Estado, mediante a adoção de ações estatais e elaboração de políticas públicas voltadas para a garantia de melhores condições de vida e promoção da justiça social. São direitos “à prestação estatal e ao reconhecimento de uma liberdade real e igual para todos” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 137), alcançadas a partir da garantia das condições materiais mínimas e essenciais a uma vida digna, não adstrita a mera igualdade perante a lei.

Sarmento, ao dissertar sobre o processo de positivação dos direitos sociais e econômicos, mediante sua incorporação nos textos constitucionais, destaca a importância da democratização política para o processo de ampliação dos direitos fundamentais:

A democratização política romperia a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abrindo caminho, no plano político, para a afirmação das necessidades dos extratos mais desfavorecidos da população. Surge então, na virada para o século XX, o Estado de Bem Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdências, à educação, etc.) Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 (SARMENTO, 2010, p. 18).

Com as lutas operárias, houve a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, principalmente em decorrência da positivação de normas de proteção ao trabalho, com a constitucionalização dos direitos sociais do trabalhador. Sarlet (2002, p. 94-95) afirma que os “direitos sociais, tanto os prestacionais, quando os direitos de defesa, constituem exigência para a concretização da dignidade da pessoa humana e que os direitos de cunho prestacional estão a serviço da liberdade e da igualdade”, objetivando a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência digna.

Sarlet (2002, p. 95), ao tratar das conquistas dos direitos sociais relativos à dignidade da pessoa humana no trabalho, destaca que:

O reconhecimento jurídico-constitucional da liberdade de greve e de associação e organização sindical, jornada de trabalho razoável, direito ao repouso, bem como as proibições de discriminação nas relações trabalhistas foi o resultado das reivindicações das classes trabalhadoras, em virtude do alto grau de opressão e degradação que caracterizava, de modo geral, as relações entre capital e trabalho, não raras vezes, resultando em condições de vida e de trabalho manifestamente indignas, situação que, de resto, ainda hoje não foi superada em expressiva parte dos Estados que integram a comunidade internacional.

Silva (2002, p. 174-175), ao prelecionar sobre a inspiração e fundamentação dos direitos fundamentais, destaca a origem dos direitos sociais como sendo direitos de segunda geração, nos seguintes termos:

Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a sua origem de outros direitos fundamentais – *os direitos econômicos e sociais* – e concomitantemente a transformação do conteúdo dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo. Daí também sobreviriam novas doutrinas

sociais, postulando a transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta desses direitos.

Bonavides (2001, p. 343) destaca a importância funcional dos direitos sociais, qual seja, “realizar a igualdade na sociedade; ‘igualdade niveladora’, volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.” De acordo com Moraes:

Os direitos fundamentais sociais são caracterizados como liberdades positivas, direitos prestacionais que devem ser obrigatoriamente assegurados pelo Estado para a concretização da igualdade social e a melhoria das condições de vida aos hipossuficiente, em especial, os trabalhadores (MORAES, 2006, p. 180).

Analisando a natureza jurídica e as características dos direitos dos trabalhadores, Moraes, é expresso ao consignar a sua fundamentalidade, ao assim prelecionar:

Os direitos dos trabalhadores, enquanto direitos fundamentais sociais, são normas cogentes, de ordem pública, cujas principais características são a efetividade, a inviolabilidade e a imperatividade no ato de manifestação de vontade das partes contraentes de uma relação de trabalho (MORAES, 2006, p. 181).

Silva (2002, p. 285) define os direitos sociais como sendo:

Dimensão dos direitos fundamentais do homem são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilita melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Ressalta-se que a Constituição da República (1988), em capítulo próprio, intitulado dos “Direitos Sociais”, elencou amplo catálogo de direitos sociais no seu artigo 6º e previu, de maneira exemplificativa, em seu artigo 7º, extenso rol de direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 também consagra em seu artigo XXII, que:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (BRASIL, 1988).

O extenso rol dos direitos sociais elencados na Constituição da República ressalta a importância que esses direitos possuem para a consolidação de uma democracia social efetiva, demonstrando “a inegável relação entre direitos sociais e Estado Social de Direito” (MENDES, 2015). Silva (2002, p. 463) ainda ressalta que esses direitos sociais dos trabalhadores “constituem ramo autônomo do direito, destinado a disciplinar e regulamentar as relações de trabalho, com o desiderato de tutelar os interesses dos trabalhadores”, mediante a proteção jurisdicional dessa categoria de hipossuficientes.

Os direitos do trabalhador, enquanto direitos sociais, contribuem para a democratização de poder na economia nas sociedades capitalistas, emancipação e inclusão socioeconômica, ao propiciar o alargamento do mercado, com melhor distribuição de renda e ampliação do poder aquisitivo dos indivíduos integrantes de uma sociedade. Os direitos sociais, mais especificamente

os direitos sociais dos trabalhadores, são frutos de conquistas históricas, decorrentes das lutas do proletariado, que foram formalmente constitucionalizados, desencadeando a promoção de uma liberdade concreta e efetiva em uma sociedade desigual.

#### 4 AS TRANSFORMAÇÕES E A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Conforme ensinamentos de Bolzan de Moraes (2011, p. 18), a instituição Estado se viu envolta de um “largo processo de consolidação e transformações no decorrer de toda a história”. Atualmente, para alguns, a forma Estado passa por uma desconstrução e, para outros, por uma necessária refundação, diante das várias crises a que se vê submetido. A instituição jurídico-política Estado passou por diversas mudanças em seu adjetivo, sendo que a forma “Estado” permaneceu durante essas transformações. Essas mutações foram ocorrendo na medida das gerações/dimensões que os direitos fundamentais foram sendo positivados.

Sarmiento (2010, p. 04) aduz que a trajetória histórica dos direitos fundamentais pode ser dividida em duas fases, sendo o “Estado Liberal e o Estado Social, além de um modelo em construção, o denominado Estado Pós-Social”. Afirmar ainda que não há uma completa ruptura entre esses modelos, mas evoluções gradualistas. Assim, quando da primeira geração de direitos fundamentais, isto é, da positivação dos primeiros direitos, primou-se pela abstenção dos governantes, sendo criadas as chamadas obrigações de não fazer, “limitando as intervenções estatais nos aspectos individuais da vida de cada pessoa” (MENDES, 2015, p. 137).

Mendes (2015, p. 137) destaca que diante desse cenário em que o paradigma do titular desses direitos é o homem individualmente considerado, com sua autonomia, “o Estado passou a se abster de intervir, prevalecendo as liberdades individuais da classe dominante, qual seja, a burguesia”. Nesse sentido, destaca-se o momento do denominado Estado de Direito Liberal ou Estado Mínimo. Este Estado de Direito Liberal, conforme ensinamentos de Leite (2014, p. 37), se caracterizava pela “total subordinação ao direito positivo editado pela burguesia, ou seja, pela classe dominante, sendo que servia de limitador da ação estatal”. Era nutrido, ainda, pela igualdade formal, gerando riqueza para poucos e miséria, pobreza para muitos.

Coadunando com esse entendimento, Sarmiento (2010, p. 8) descreve que:

Por muito tempo, estes direitos não eram nada mais do que deveres de abstenção do Estado, que deveria manter-se inerte para não violá-los. O essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem. Sob este prisma, foi de enorme utilidade a técnica da separação de poderes, divulgada por Montesquieu, que tinha como finalidade conter o poder estatal para assegurar o governo moderado. Esta era a engenharia institucional do Estado Liberal, que tinha como *telos* a liberdade individual.

Posteriormente, com a insuficiência para a garantia da dignidade humana pelo Estado Liberal, com as revoluções perpetradas pela classe do proletariado e suas reivindicações por melhores condições de vida e de trabalho, despontou-se a necessidade da participação positiva da figura estatal, com o fim de garantir a realização da justiça social, mediante a adoção de ações estatais e elaboração de políticas públicas de implementação dos direitos sociais. “A ideia liberal passou a não responder satisfatoriamente as exigências do momento” (MENDES, 2015, p. 137). Conforme assevera Perez Luño (2007, p. 38, tradução nossa)<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> “A lo largo del siglo XIX el proletariado va adquiriendo protagonismo histórico, a medida que avanza el proceso de industrialización, y cuando desarrolla una conciencia de clase reivindica unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales, fruto

Ao longo do século XIX o proletariado vai adquirindo protagonismo histórico, à medida que avança o processo de industrialização, e quando desenvolve uma consciência de classe reivindicando alguns direitos econômicos e sociais frente aos clássicos direitos individuais, fruto do triunfo da revolução liberal burguesa. A partir de então o direito ao trabalho, aos seus frutos e a seguridade social passam a ser as novas exigências, cuja proteção jurídica se reclama. Sob este aspecto se pode considerar como a carta destes novos direitos o Manifesto Comunista, redigido por Marx e Engels no ano de 1848.

Sarmento (2010, p. 17) destaca quanto a esta fase que: “com o passar do tempo, foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano”.

Diante disso, surgiu a segunda geração dos direitos fundamentais, da qual se exigiu do Estado prestações positivas, dando ênfase ao princípio da igualdade substancial, atendendo-se os direitos à prestação e reconhecimento das liberdades sociais. Diante desse cenário, destacou-se o Estado de Direito Social ou Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Assim, Sarmento (2010, p.18) explicita que:

Surge então, na virada para o século XX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele a consagração, constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação etc.).

E ainda acrescenta:

Assim, o Poder Público distancia-se de sua posição anterior, caracterizada pelo absentismo na esfera econômica, e passa a assumir um papel mais ativo, convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista da cena econômica. O Estado Liberal transformara-se no Estado Social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão. Assiste-se, neste contexto, a um crescente intervencionismo estatal em prol das partes mais fracas das relações sociais. O Direito do Trabalho desmembra-se do Direito Civil, afirmando-se como um novo ramo da ordem jurídica, fundado sobre premissas inteiramente diversas, com o objetivo de proteção do trabalhador diante do seu empregador, como parte mais fraca da relação jurídica (SARMENTO, 2010, p. 19).

Bolzan (2011, p. 41) demonstra exatamente esta evolução do Estado, passando-se, assim, do Estado do Bem-Estar Social ao Estado Democrático de Direito, no sentido de que, “dado o seu viés mutante, o Estado do Bem-Estar Social não se constitui definitivamente, de uma vez por todas, mantendo apenas a ideia do atingimento da função social”. Com a globalização econômica, o Estado Social foi perdendo o seu domínio sobre as variáveis que influenciavam a economia, havendo sua perda de capacidade para formular e introduzir políticas públicas, comprometendo a garantia dos direitos sociais (LEITE, 2014).

A partir da crise do Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito que emerge como um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do Estado Social. Leite, citando Bobbio, aduz que o Estado Democrático de Direito tem como diretriz “não só justificar os direitos sociais como direitos humanos e fundamentais, como também garanti-los” (LEITE, 2014, p. 41).

Há que se constar que com todas essas gerações dos direitos fundamentais, além de todas as transformações que a instituição Estado passou em sua adjetivação, isso não significa que uma geração foi melhor que a outra demonstrando uma evolução de maneira progressiva.

*del triunfo de la revolución liberal burguesa. A partir de entonces el derecho al trabajo, a sus frutos y a la seguridad social pasan a ser las nuevas exigencias, cuya protección jurídica se reclama. Bajo este aspecto se puede considerar como la carta de estos nuevos derechos el Manifiesto Comunista, redactado por Marx y Engels en el año 1848.”* (LUÑO, 2007, p. 38).

Cada etapa foi surgindo, mas não foram desfeitas as conquistas anteriores das demais; não são etapas estanques. Assim, foram sendo cumuladas as características de umas com as outras, não significando que houve evolução ou retrocesso nestas transformações. Mendes (2015, p. 138) descreve muito bem a situação acima exposta quando expõe que:

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.

Diante de todo o exposto, após o enfoque nas transformações da instituição Estado, em suas diversas adjetivações, iniciando-se como Liberal, vindo a se tornar Social, bem como Pós-Social, com as mudanças das necessidades da sociedade como um todo, necessário se faz a exposição, a seguir, sobre a crise do Estado Social de Direito.

#### 4.1 Crise do Estado Social de Direito

Para Pietro (2008), o Estado Social de Direito “tenta conjugar legalidade com justiça social, não sendo suficiente a abstenção estatal, mas ações próprias que assegurem o efetivo exercício da liberdade”. Na esfera trabalhista, há um compromisso entre o capital e o trabalho, favorecendo o pleno emprego, as condições de trabalho e o poder negocial dos trabalhadores. Bonavides retrata a passagem do Estado Liberal para o Estado Social com a descrição a seguir:

[...] quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional, ou fora deste, os direitos do trabalho da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social (BONAVIDES, 2001, p. 183-186).

A crise do Estado Social de Direito se acentuou sob o impacto da globalização econômica, momento de interdependência entre os Estados e de pluralismo normativo. Para Julios-Campuzano (2009, p. 62) “com a globalização se multiplicam as instâncias produtoras de direito e as fontes de normatividade, se deslocam os centros de decisão e a efetividade da Constituição é colocada em dúvida, pois a soberania do Estado foi desgastada”, bem como a capacidade reguladora do texto constitucional e de seu ordenamento.

Esta dinâmica da globalização enfraqueceu a capacidade de muitos Estados para cumprir suas obrigações, especialmente para implementar os direitos econômicos e sociais. Assim, a perda do protagonismo da Constituição na ordem social e sua incapacidade para submeter os processos socioeconômicos à força normativa de seus postulados, agrava a crise do direito regulador e do Estado Social “que se vê compelido a submeter-se aos ditados da economia transnacional e às exigências da nova ordem global” (CAMPUZANO, 2009, p. 99).

Pietro (2008) expõe que a crise do Estado Social decorreu de um misto de situações, sendo os custos sociais sempre maiores, a dificuldade em se controlar a qualidade no fornecimento

dos serviços, a proliferação de conflitos, a confusão de poder político e econômico, e a difusão de egoísmos e particularismos. Coadunando com esse entendimento, Sarmiento destaca que:

O Estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se burocrático e obeso, encontrava enormes dificuldades, para se desincumbir das tarefas gigantescas que assumira. A explosão das demandas reprimidas, gerada pela democratização política, tornada extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento. Por outro lado, o envelhecimento populacional, decorrente dos avanços na medicina e no saneamento básico, engendrou uma perigosa crise de financiamento na saúde e na previdência social – pilares fundamentais sobre os quais se assenta o Estado Social (SARMENTO, 2010, p. 26).

E acrescenta:

Sob o impacto da globalização, o Estado se debilita, na medida em que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia. Deteriora-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais (SARMENTO, 2010, p. 27).

A concretização dos direitos sociais no Brasil e em muitos países da América Latina passa por inúmeras dificuldades. Além de deficitária por diversos motivos, a implementação de direitos sociais se torna ineficiente, o que faz com que a população passe a acreditar que “somente por intermédio de ações judiciais e da atuação dos órgãos jurisdicionais é que será possível a concretização de direitos sociais” (MENDES, 2015, p. 694).

Diante dessa situação, o Estado brasileiro, apesar do compromisso com a promoção da justiça social e da igualdade material, passa por transformações ditadas pelo mercado globalizado, pela evolução das relações sociais e pelas mudanças nas formas de contratação do trabalho humano, em especial, com o desiderato de promover a modernização da legislação trabalhista, de modo a torná-la mais efetiva, menos formalista e burocrática, desde que as transformações não impliquem em redução da proteção dos trabalhadores (SARMENTO, 2010).

Sarmiento (2010, p. 33) ao tratar desta flexibilização expõe que “as normas jurídicas que este Estado produz são muitas vezes negociadas em verdadeiras mesas-redondas, e o Direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm o poder social”. Deste modo, em razão da crise, a situação de pleno emprego se vê comprometida, estando em ascensão a sua informalização, tornando-se, assim, necessária uma maior flexibilização das leis trabalhistas, sem afetar os direitos essenciais e garantidos constitucionalmente.

O que se depreende é que a crise do Estado Social, desencadeada principalmente pela conjuntura da globalização e pelas transformações nas relações sociais, podem afetar as garantias trabalhistas, uma vez que os empregadores procurarão cortar custos em busca da maximização dos lucros e de um maior crescimento econômico. Nesse contexto, os direitos trabalhistas não podem ser compreendidos como obstáculos para o desenvolvimento da economia e da competitividade de mercado.

Não se pode olvidar que a sociedade passou por transformações econômicas, bem como na esfera social, com mudanças no mundo do trabalho, sendo necessárias readequações normativas com o objetivo de garantir o emprego dentro de uma nova ótica capitalista, dentro de uma nova realidade social complexa, informatizada, tecnológica, garantindo os patamares mínimos de direitos sociais previstos constitucionalmente.

Vale destacar o posicionamento de Silva (2014), a qual aduz que deve haver um urgente ajustamento da atuação estatal para impedir a falência do sistema de prestações sociais, pois houve um inquestionável e generoso aumento dessas prestações, sem que se tenha pensado em

formas e meios para se garantir a sua sustentabilidade, isto é, forma de obtenção dos recursos econômicos indispensáveis à sua consecução. Segundo destaca:

Não se trata apenas de discutir, no plano constitucional, a existência ou não de um princípio de proibição de retrocesso social ou de colocar sob condição de reserva do possível a satisfação prospectiva dos direitos sociais (algo que se tornou especialmente claro com os regimes jurídicos dos sistemas de pensões e os denominados “factores de sustentabilidade” dos quais passaram a depender a idade da reforma e o montante das prestações dos futuros pensionistas), trata-se de um esquema de equilíbrio e justiça na repartição de recursos, (re)desenhado sob a égide do *princípio da justiça distributiva* perante as oscilações entre ciclos de crescimento e ciclos de recessão económica (SILVA, 2014, p. 186, grifo do autor).

Portanto, diante desse contexto de transformações sociais, de modernização das relações trabalhistas, de flexibilização e de crise do Estado Social de Direito, passa-se a analisar o princípio constitucional da proibição ao retrocesso social com o desiderato delinear seu conteúdo e verificar em que medida este princípio é limitador às alterações legislativas recentemente produzidas, principalmente no que concerne às alterações legislativas relacionadas à tutela dos direitos trabalhistas.

## 5 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um marco na proteção dos direitos fundamentais, principalmente, quanto aos direitos de segunda e terceira geração, dentre os quais, estão os direitos sociais do trabalho. Tais direitos são condições de garantia de existência mínima e digna do ser humano, sendo tutelados por esse sistema constitucional de proteção.

Com o advento do pós-positivismo, os princípios constitucionais consolidaram sua carga obrigacional, em razão do reconhecimento de sua força normativa e imperatividade. Enquanto normas constitucionais, os princípios constitucionais devem ser respeitados como normas jurídicas com vinculação social. Coadunando com esse entendimento, Streck (2003, p. 53). destaca que:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.

O texto constitucional consolidou um patamar mínimo de direitos fundamentais que devem ser respeitados e concretizados pelo legislador infraconstitucional, com o desiderato de promover a máxima efetividade dos direitos conquistados. Nessa perspectiva o princípio da proibição ao retrocesso social, implicitamente previsto no caput do artigo 7º, da Constituição da República de 1988, assume extrema relevância na ordem constitucional brasileira.

O princípio da proibição ao retrocesso social impõe que o Estado, após a constitucionalização de um direito fundamental, não poderá retroceder, isto é, praticar atos contrários à efetividade do direito e a sua fruição, “sem a correspondente adoção de outra medida efetiva substitutiva ou equivalente” (DERBLI, 2007, p. 223). Não pode, portanto, praticar atos tendentes a reduzir a eficácia do direito fundamental positivado.

## Segundo ensinamentos de Sarlet (2007, p. 434-435),

[...] são bases do princípio da proibição do retrocesso à dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático e Social de Direito, a máxima efetividade das normas constitucionais, a segurança jurídica, a proteção da confiança e da boa-fé.

Para Canotilho (2003, p. 339) o princípio da democracia social e econômica aponta para a proibição do retrocesso social e ainda descreve que:

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Mendes (2015, p. 645) define o princípio da proibição do retrocesso como sendo “a impossibilidade de extinguir direitos sociais já implementados evitando-se o retrocesso ou limitação que atinja o seu núcleo essencial”. O Poder Legislativo não está obrigado a apenas concretizar os direitos sociais, mas, após criá-los, possui o dever de mantê-los, de preservar a sua máxima efetividade, haja vista sua vinculação às normas constitucionais. Quanto ao princípio da proibição do retrocesso, Mendes (2015, p. 645) ainda ressalva que:

Embora se possa entender que a proibição do retrocesso tem em vista assegurar a preservação dos direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de carácter prestacional, não se pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos da forma inicialmente estabelecida.

Há referência ao princípio da proibição do retrocesso na jurisprudência da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida tendo como relator o Ministro Celso de Mello:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de carácter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 15-09-2011).<sup>6</sup>

<sup>6</sup> No direito comparado, há decisões sobre a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social. Nesse sentido, o acórdão n. 39/84 da Corte Constitucional Portuguesa: [...] Que o Estado não se dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe está cometida, isso só poderá ser objecto de censura constitucional, em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas, quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir a tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Quer isto dizer que, a partir do

Ao tratar da garantia dos direitos sociais pelo Estado e o princípio do não retrocesso, Silva, aduz que:

Não se trata de discutir novamente se ao analisar os direitos sociais estamos perante normas programáticas ou dotadas de eficácia jurídica plena. Sabemos hoje que são normas jurídicas que vinculam o Estado, mas sabemos também que o Estado não é um milagreiro e que a petrificação dos direitos sociais (*princípio da proibição do retrocesso social*) ou outras teorias aparentemente mais garantísticas dos direitos subjectivos dos indivíduos podem constituir um fenómeno de injustiça social ainda maior do que a revogação pura e simples de alguns direitos consagrados em lei, na medida em que alguém terá de suportar a despesa. Atendemos, por exemplo, nos resultados preocupantes do desempenho económico e financeiro dos Estados, que não conseguem sustentar as suas necessidades financeiras e recorrem ao endividamento externo, instituindo facturas pesadas para as novas gerações (SILVA, 2014, p. 195).

Ressalta-se que, assim como os demais princípios constitucionais, o princípio da vedação do retrocesso não se reveste de carácter absoluto, mas exige que as alterações que possam ser realizadas pelo legislador infraconstitucional não afetem diretamente o conteúdo mínimo, a essência dos direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, assegurados constitucionalmente, retirando ou reduzindo-lhes a efetividade.

Isso significa que não há que se falar em impedimento de adequação das normas trabalhistas às novas realidades que surgem com o desenvolvimento da sociedade nas suas relações laborais. O que se abomina, sob a perspectiva do princípio da vedação do retrocesso, é a adoção de medidas retrocessivas de direitos, sem a adoção de outra compensativa que melhore a posição do trabalhador de forma concreta e efetiva, devendo prevalecer a proteção e a busca pela justiça social.

O princípio da proibição do retrocesso atua como limite ao legislador, impedindo-lhe de adotar medidas destinadas a reduzir a efetividade dos direitos sociais positivados, ou seja, reconhecidos e sedimentados. O princípio se apresenta como valioso instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da estabilidade das próprias posições jurídicas, sendo, assim, barreira e limite às flexibilizações maléficas à legislação trabalhista, garantidora dos direitos protetores dos trabalhadores.

## 6 A REFORMA TRABALHISTA – LEI FEDERAL N.º 13.467 DE 2017

A Lei Federal n.º 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, bem como algumas leis especiais, teve por objetivo adequar estas legislações à nova realidade social, às novas relações de trabalho, às novas práticas na contratação do trabalho no mercado, principalmente pelo fato da Consolidação das Leis do Trabalho ser datada de 1943, ou seja, possuir mais de 74 anos de vigência.

Inquestionavelmente, neste período, a sociedade passou por diversas transformações de comportamento e nas relações interpessoais, mas a legislação trabalhista não acompanhou tais mudanças na realidade brasileira. A nova realidade social, mais dinâmica, tecnológica e informal, tornou obsoletas e incompatíveis inúmeras normas jurídicas e institutos jurídicos contidos na legislação trabalhista vigente, de inspirada pela legislação italiana.

---

momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação, positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social (Diário da República n.º 104/1984, Série I de 1984-05-05).

É importante frisar que os direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, não são imutáveis, devendo acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade em razão de sua evolução. As alterações promovidas na tutela dos direitos trabalhistas, para amoldá-los à evolução dos comportamentos sociais, devem se destinar a promover acréscimos, ampliar a sua efetividade, sem se falar em redução ou, até mesmo, extinção de direitos e garantias.

O Estado Social, surgindo em meados do século passado e ainda presente em quase todas as formas de organização estatal, tem como sua principal característica, a função reguladora da economia-social de mercado. Esse Estado tem como objetivo cuidar e atender os interesses dos cidadãos, “apesar de suas características interventivas terem se alterado substancialmente com a mudança do paradigma econômico” (SILVA, 2014, p. 204).

Com a globalização, a atuação do Estado se voltou para o crescimento da economia e para o fortalecimento do mercado. Com essa mudança de perspectiva, surgiram movimentos para a flexibilização dos direitos trabalhistas, encarados como impasse ao desenvolvimento econômico. O enfoque adotado é a garantia do arranjo econômico como justificativa para o corte de gastos públicos, principalmente, de gastos sociais, enfraquecendo os institutos constitucionais.

Sarlet (2007, p. 2), ao tratar da crise do Estado Social de Direito e a problemática da proteção dos níveis vigentes de segurança social, descreve que:

[...] se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.

Nesse contexto, a legislação trabalhista passou por diversas mudanças, sendo parte delas encaradas por alguns segmentos da sociedade como redução/fragilização de direitos trabalhistas protegidos constitucionalmente, diminuindo o valor do trabalho na economia e na sociedade brasileiras. Para alguns segmentos sociais, a Lei Federal que trata da reforma não teria introduzido quase nenhum preceito favorável ao trabalhador, além de ter apresentado várias regras desfavoráveis, com objetivos antissociais e anti-humanistas.

Assim, proceder-se-á a análise acerca das alterações legislativas introduzidas pela Lei Federal n.º 13.467/17, no tocante a alguns dos principais direitos do trabalhador, sob as luzes do princípio constitucional da vedação ao retrocesso social, de modo a identificar em que medida as alterações promovidas poderão contribuir para evolução ou involução das relações de trabalho, sempre em busca da efetiva tutela e proteção dos direitos fundamentais do trabalhador insculpidos na Constituição da República.

## **7 ANÁLISE ACERCA DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI FEDERAL N.º 13.467 DE 2017**

Dentre as mudanças inseridas na legislação trabalhista está a previsão da prevalência do negociado sobre o legislado, valorizando e dando força de lei às negociações coletivas entre empresas e sindicatos, mesmo que não destinadas à ampliação de direitos. Essa valorização do negociado sobre o legislado pode ser considerada positiva sob a perspectiva de se permitir ao trabalhador a flexibilização da forma de usufruição de seus direitos, valorizando e enaltecendo sua autonomia e liberdade contratual, ao permitir que escolha a melhor forma de exercer seus direitos constitucionais.

Há que se ter, todavia cautela e parcimônia, uma vez que, algumas das alterações introduzidas pela Lei Federal n.º 13.467/17, se mal utilizadas, podem caracterizar verdadeiro retrocesso social e afronta à Constituição da República, com o enfraquecimento da classe trabalhadora. Daí a importância das discussões em torno das alterações legislativas, da atuação dos órgãos de controle e fiscalização, bem como a intervenção judicial, nos casos em que se verificar lesão aos direitos do trabalhador, de modo a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador.

Nesse diapasão, objetivando contribuir para o debate e para a efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador, passa-se à análise crítica de algumas das principais alterações introduzidas na legislação trabalhista.

Extinção contratual por acordo entre empregado e empregador, com restrição das verbas rescisórias. Conforme preceitos legais contidos no artigo 484-A, da Consolidação das Leis Trabalhistas, preceituou-se a possibilidade de que o contrato de trabalho seja extinto por mútuo acordo entre empregados e empregadores. Nessa hipótese, será devido aos empregados, metade do aviso prévio integral ou proporcional, se indenizado; metade da multa incidente sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (20%); bem como a movimentação/saque de até 80% do saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

A alteração promovida, fomentando a negociação entre os contratantes, tem por objetivo flexibilizar/facilitar a extinção do contrato de trabalho em razão de negociação entre empregado e empregador, para atender aos seus interesses das partes. Se por um lado permite ao trabalhador movimentar em até 80% do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o que pode ser considerado um avanço, por outro lado, reduz pela metade o valor do aviso prévio, integral ou proporcional, a multa incidente sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e elimina o direito ao recebimento do seguro desemprego.

Outra alteração promovida foi a inserção da modalidade de Contrato de Trabalho Intermitente, conforme preceitos contidos no artigo 443, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Nessa modalidade contratual, o trabalho pode ser prestado em intervalos de atividade e inatividade, podendo ser em horas, dias ou meses. A referida alteração pode ser interpretada, de certa forma, como prejudicial ao trabalhador, ao retirar a certeza do salário no final do mês, fortalecendo a classe empregadora. Por outro lado, não se pode olvidar que essa nova modalidade de contratação de trabalho pode facilitar e estimular a contratação de trabalhadores, para atender demandas específicas e pontuais dos contratantes, contribuindo para a formalização de relações de trabalho.

O empregador pode convocar o empregado, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência, o qual, terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa. A principal crítica ao contrato de trabalho intermitente está no fato de que essa modalidade de contratação flexibilizaria dois conceitos justralhistas elementares, quais sejam, a noção de duração de trabalho e de salário. A Lei Federal n.º 13.467/17, em que pese estabelecer a possibilidade de que o empregado fique à disposição do empregador, não atribui efeitos jurídicos ao tempo à disposição, pelo qual o empregado não será remunerado.

Quanto ao salário, este será pago ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho, uma vez que ele terá o seu pagamento na estrita medida desse trabalho ocasional, com observância da garantia do salário mínimo vigente, sendo que não pode receber menos que o mínimo legal. Dessa maneira, ao final do expediente, receberá remuneração, férias proporcionais com acréscimo de 1/3, 13º salário proporcional, repouso semanal remunerado, adicionais legais, sem prejuízo à obrigação do empregador recolher as contribuições previdenciárias e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Ponto controvertido diz respeito ao pagamento das férias no Contrato de Trabalho Intermitente. Nos termos do parágrafo nono, do artigo 452-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, a cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador. Assim, pela literalidade da lei, há a possibilidade de que as férias sejam gozadas sem que o empregado tenha reservado os valores a ela correspondentes e seu acréscimo de um terço, relativos a cada contratação, o que pode comprometer os objetivos e finalidades almejadas com a concessão das férias.

Ademais, outro grande risco nessa modalidade de contrato está no fato do empregado passar o dia à disposição do empregador, sem ter seu trabalho utilizado, somente recebendo pelas horas trabalhadas, tornando possível que, ao final do mês, perceba valores inferiores a um salário mínimo, bem como, a depender da forma e da intensidade que esse “estar à disposição” se concretizar, não lhe ser materialmente possível prestar serviços a outras pessoas, nem realizar outras atividades remuneradas, desvirtuando a lógica e a finalidade dessa modalidade de contratação, que se traduzirá em benefícios apenas aos empregadores.

Jornada de Trabalho 12 x 36. Essa modalidade de contratação já constituía prática comum e reiterada nas relações de trabalho, em especial em trabalhos como os de porteiros, seguranças, enfermeiros, sendo reconhecida, inclusive, pela jurisprudência, tendo o Superior Tribunal do Trabalho editado a Súmula n.º 444, para discipliná-la. Conforme preceitos legais contidos nos artigos 59-A e 60, da Consolidação das Leis Trabalhistas, o contrato de trabalho com jornada de 12 horas de trabalho, por 36 horas de descanso, pode ser fixado por simples acordo bilateral escrito entre as partes sem a necessidade de observância do intervalo intrajornada para repouso e alimentação, mediante sua indenização em pecúnia.

Note-se, que objetivando a preservação da saúde do trabalhador submetido à jornada de trabalho de 12 x 36, bem como a tutela da segurança no ambiente de trabalho, a legislação não deveria permitir a possibilidade de indenização em pecúnia do intervalo intrajornada, suprimindo esse período de descanso do trabalhador. A mudança introduzida na legislação trabalhista, em descompasso com a Súmula 437, do Superior Tribunal do Trabalho e com inúmeros precedentes jurisdicionais, coloca em risco a saúde do trabalhador ao permitir a negociação do intervalo intrajornada, com sua conversão em pecúnia, caracterizando verdadeiro retrocesso na proteção do trabalhador.

O artigo 59-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, além de legalizar a adoção do regime de jornada de trabalho de 12 x 36, previu a possibilidade de que sua adoção seja realizada por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Destaque-se, que em sua redação original, a Lei Federal n.º 13.467/2017, estabelecia a possibilidade de adoção do regime de jornada de trabalho de 12 x 36 também por meio de acordo individual, hipótese excluída em razão da edição da Medida Provisória n.º 808/2017, exceto para a área da saúde. Em razão da não conversão da Medida Provisória n.º 808/2017 em lei, passou a ser possível, novamente, a adoção do regime de jornada de trabalho de 12 x 36 por meio de acordo individual, o que pode representar um risco às relações de trabalho e à proteção do trabalhador.

Outra mudança diz respeito ao pagamento de ajuda de custo, prêmios e diárias de viagem. Conforme preceitos legais contidos no parágrafo segundo, do artigo 457, da Consolidação das Leis do Trabalho, com as alterações introduzidas pela Lei Federal 13.467/17, as importâncias pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, diárias para viagem, prêmios e abonos, ainda que habituais, não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

A mudança enfraquece a relevância do salário no contrato de trabalho, reduzindo os custos trabalhistas para os empregadores, bem como o custo previdenciário. Se por um lado podem representar um estímulo à contratação, em razão da redução dos encargos sociais, as alterações introduzidas pela Lei Federal 13.467/17 solapam o sistema brasileiro de seguridade social, não só por rebaixar gravemente o valor do trabalho na economia e na sociedade, mas também por comprometer a base salarial das contribuições previdenciárias. A mudança, além de refletir no ganho do trabalhador, altera a arrecadação dos encargos sociais, reduzindo, assim, o valor a ser recebido pelo trabalhador após sua aposentadoria ou no saque do seu Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Diante das alterações introduzidas pela Lei Federal n.º 13.467/17, no que tange ao pagamento dessas verbas, competirá aos órgãos de fiscalização e aos órgãos jurisdicionais especial atenção aos casos concretos em que ficarem evidenciadas simulações ou fraudes no pagamento de salário mediante o pagamento de ajuda de custo, auxílio-alimentação, diárias para viagem, prêmios e abonos. Em que pese a previsão legal vigente, constatada a simulação ou fraude no pagamento do salário, deverá ser reconhecida às verbas natureza salarial. Observe-se, por oportuno, que a reforma trabalhista, ainda explícita que para que os valores pagos a título de prêmio não integrem o salário dos colaboradores, as condições estabelecidas devem incentivar o desempenho extraordinário do empregado, ou seja, que seu desempenho exceda o regular, superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

Outra mudança que merece ressalva é aquela referente à possibilidade da empregada grávida trabalhar em locais insalubres. O artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho preceitua de forma inequívoca que a grávida deve ser afastada de atividade insalubre, quando grau máximo de insalubridade. Em atividades insalubres durante a lactação, ou em caso de grau médio ou mínimo, o trabalho seria permitido mediante apresentação de atestado médico, conforme mudanças introduzidas pelo advento da Medida Provisória n.º 8080/17. Assim, a grávida ou lactante poderiam apresentar atestado médico com o objetivo de continuar trabalhando em local insalubre para continuar recebendo o adicional, colocando em risco a vida e a saúde da mulher grávida e do nascituro.

A questão se tornou ainda mais controversa em razão da não conversão da Medida Provisória n.º 808/217 em lei, principalmente se não houver nenhuma regulação decorrente da dessa não conversão, haja vista que a exigência de apresentação de atestado médico, nos casos de atividades insalubres de grau médio ou mínimo, não consta da redação originária do artigo 394-A, da Lei Federal n.º 13.467/17, mas tão somente da Medida Provisória que perdeu sua eficácia. Assim, caso não regulamentada essa questão, torna-se possível à gestante ou lactante trabalhar em ambientes de grau de insalubridade mínimo ou médio, independentemente da apresentação de atestado, recebendo pelo risco o adicional de insalubridade.

Seguindo a tônica da prevalência do negociado sobre o legislado, do fortalecimento da liberdade contratual e da autonomia do empregado, em especial, daqueles que possuem grau de formação superior, o artigo 444, da Consolidação das Leis do Trabalho, permite que empregadores façam acordos individuais com trabalhadores que tenham ensino superior e que ganhem valor igual ou superior a duas vezes o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, qual seja, a quantia de R\$ 11.062,62. Por sua vez, o artigo 507-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, permite a estipulação de cláusula compromissória de arbitragem, para solução de conflitos oriundos da relação de emprego de empregado, cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que por iniciativa do empregado ou sua expressa concordância.

Essas alterações se apresentam polêmicas e controversas, devendo ser analisadas com parcimônia, haja vista que a Constituição da República não autoriza a flexibilização de direitos

por meio de acordos individuais. De fato, o reconhecimento de maior liberdade e autonomia na negociação trabalhista para empregados classificados como hiperssuficientes representa uma evolução em matéria trabalhista. Todavia, não se pode olvidar que portar diploma universitário, diante da questionável qualidade do ensino superior no Brasil, nem sempre afastará a hipossuficiência do portador de diploma na negociação de condições contratuais, o que poderá representar um risco a tutela de seus direitos trabalhistas.

Por esse motivo, competirá aos órgãos jurisdicionais avaliar, diante do caso concreto, se eventuais cláusulas contratuais ou renúncias efetuadas pelo empregado decorreram de seu livre e expresso consentimento, afastando decisões maculadas por vícios capazes de subtrair a autenticidade da vontade contratual. Ademais, cumpre salientar que determinadas condições, a título de exemplo, a redução salarial, continuam sob a égide da negociação coletiva, haja vista que a Constituição da República regulamenta esta circunstância específica, exigindo para essa matéria a obrigatoriedade de acordo ou convenção coletiva.

Além das alterações no que tange ao direto material do trabalho, cumpre salientar as alterações que recaíram sobre aspectos do processo do trabalho e da tutela jurisdicional dos direitos do trabalhador. Nesse sentido, os artigos 793-A ao 793-D, da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplinam o instituto da litigância de má-fé, no processo do trabalho, ao estabelecerem a responsabilidade por dano processual, com apenação do litigante, da testemunha ou de terceiro interveniente que atentarem contra a lealdade e boa-fé processuais, por terem adotado quaisquer das condutas descritas no artigo 793-B, da Consolidação das Leis do Trabalho.

As alterações têm por desiderato reduzir pretensões infundadas, falsidades, lides temerárias ou outras condutas indesejáveis à efetividade do processo do trabalho e da tutela dos direitos do trabalhador, adotando rigor superior ao do Código de Processo Civil. A interpretação e a aplicação das penalidades previstas, todavia, devem ocorrer de forma excepcional e parcimoniosa, desde que presentes os seus pressupostos legais, sob pena de constituir uma forma indireta de restrição ao acesso à justiça na tutela dos direitos do trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica, nem sempre dotado de conhecimentos técnicos para a defesa de seus interesses.

Nota-se, portanto, que a reforma trabalhista flexibiliza o exercício de alguns direitos assegurados pela legislação infraconstitucional, protegidos pelo princípio da vedação do retrocesso social, implicitamente contido na Constituição da República, que veda a supressão ou a redução de direitos sociais já efetivados. O que não se pode admitir são as interpretações da legislação ou práticas trabalhistas que vão de encontro ao progresso social do trabalhador, uma vez que os direitos sociais estão sujeitos ao princípio da proibição do retrocesso, importante instrumento de garantia social da valorização do trabalho, bem como para a tutela da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Estado, baseado em critérios econômicos e políticos, não pode suprimir ou reduzir direitos sociais que foram conquistados ao longo dos anos e que possuem a finalidade de concretizarem os direitos fundamentais. Tanto os órgãos de fiscalização e controle, quanto os órgãos jurisdicionais devem estar atentos aos abusos ou à interpretação lesiva da legislação trabalhista, não tolerando práticas atentatórias aos direitos fundamentais do trabalhador. A esse respeito, vale frisar a citação de Souto Maior que alerta para o fato de que a flexibilização do direito do trabalho não é garantia de geração de empregos, mas sim, pode representar um impulso para o aumento da informalidade e do subemprego, conforme preleciona a seguir:

Menos direitos trabalhistas não significam mais emprego, por uma razão muito simples: o sucesso econômico não implica desenvolvimento social, pois a tendência, em longa escala (talvez nem tão longa assim), é a de que os trabalhadores que ocupam os empregos

precários que se criam são os mesmos que antes ocupavam os empregados efetivos. Pode-se dizer que pelo menos não passaram a ser desempregados, mas esse argumento do mal menor despreza a dignidade humana (MAIOR, 2000, p. 29-30).

Acrescenta ainda que:

Ainda que se encontre algo que a legislação trabalhista brasileira precise de atualização – pois todo direito deve evoluir –, nada justifica que se altere o enfoque do problema. O direito do trabalho brasileiro, no geral, não é, como visto acima, rígido e antiquado. Por isso, a discussão está desviando-se do problema central. A questão crucial, que se opõe à efetividade dos direitos trabalhistas, é o desemprego, mas este não pode ser, em hipótese alguma, creditado ao direito do trabalho (MAIOR, 2000, p. 164).

Isso não quer dizer que a Constituição da República e as normas infraconstitucionais são imutáveis, mas “caso sejam modificadas, há que se ter maior benefício à sociedade em decorrência da obrigação de avanço social, não ignorando os direitos sociais adquiridos” (DERBLI, 2007, p. 202). Derbli (2007, p. 223) ainda acrescenta que

[...] alcançado determinado patamar de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social, através de lei, será defeso ao legislador suprimir ou reduzir essa concretização, sem que, ao menos, crie algum mecanismo equivalente ou substituto.

Assim, a lei da reforma trabalhista, que entrou em vigor em novembro de 2017, deverá ser interpretada em conformidade com o texto constitucional, sob pena de ser declarada inconstitucional, pois os direitos conquistados, reconhecidos no ordenamento, são impassíveis de supressão pelo Estado. Portanto, o núcleo de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, dentre estes os direitos sociais do trabalho, é intangível face às flexibilizações que reduzam ou extingam os seus efeitos sem que se substitua por algo equivalente.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que com a globalização e a necessidade de progresso da sociedade, há uma incompatibilidade entre as medidas de ampliação econômica e o equilíbrio social de garantia das políticas públicas e direitos sociais. Os direitos sociais levaram considerável período da história para serem conquistados e positivados na legislação brasileira, não podendo ser reduzidos ou excluídos do ordenamento em prol de um suposto crescimento econômico, havendo que se respeitar o princípio da proibição do retrocesso, que atua como limite e mecanismo de proteção aos direitos sociais.

Assim, é vedado o desequilíbrio da ordem jurídica em prol de um progresso econômico desenfreado. Nesse sentido, qualquer ato normativo ofensivo ao ordenamento constitucional que promove os direitos dos trabalhadores não deve ser sustentado ou admitido, de forma a garantir conquistas para a satisfação dos interesses econômicos de uma minoria privilegiada. Deve-se repreender com rigor qualquer atitude ou interpretação que cause prejuízo social aos trabalhadores, sendo que a lei da reforma trabalhista deverá ser interpretada e aplicada de modo a não trazer retrocessos à classe trabalhadora.

O Estado, em razão da globalização e baseado em critérios econômicos e políticos, não pode suprimir ou reduzir direitos sociais que foram conquistados ao longo dos anos e que possuem a finalidade de concretizarem os direitos fundamentais, quais sejam, os direitos sociais trabalhistas. O princípio da proibição do retrocesso está intimamente relacionado com

a proteção do trabalhador, alcançando-se a igualdade real entre as partes em uma relação de trabalho. Sob o aspecto deste princípio, não há que se falar em imutabilidade dos preceitos justralhistas.

O que não poderá haver são recuos, exclusões ou reduções de direitos das classes trabalhadoras sem que primeiramente se apresente medidas substitutivas equivalentes, compensatórias e qualitativamente mais vantajosas. Portanto, pelo fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ter como fundamento os valores sociais e do trabalho, demonstrando que o Estado deve garantir os direitos sociais do trabalho, estes somente serão preservados se, sempre que ocorrerem necessidades de mudanças legislativas, for observado o princípio do não retrocesso social.

As alterações introduzidas na legislação trabalhista deverão ser interpretadas em conformidade com o texto constitucional, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, haja vista que os direitos do trabalhador, enquanto direitos sociais fundamentais, não são passíveis de supressão ou mitigação de sua eficácia pelo Estado. Por esse motivo, tanto os órgãos de fiscalização e controle, quanto os órgãos jurisdicionais, devem combater abusos ou interpretações lesivas da legislação trabalhista, não tolerando quaisquer práticas atentatórias aos direitos fundamentais do trabalhador e à promoção de sua dignidade.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7. ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467, de 2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.11, n.45, p.109-140, out./dez. 2003.

JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MELLO, Claudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 239-284, abr./maio/jun. de 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2012.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL  
DAS POPULAÇÕES FRONTEIRIÇAS DO MERCOSUL SOB  
A PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS  
DIREITOS HUMANOS

ELIO RICARDO CHADID DA SILVA  
VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# O DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL DAS POPULAÇÕES FRONTEIRIÇAS DO MERCOSUL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

## THE RIGHT TO PERSONAL SECURITY OF MERCOSUR BORDER POPULATIONS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Recebido: 30/07/2018  
Aprovado: 19/09/2018

Elio Ricardo Chadid da Silva\*  
Vladmir Oliveira da Silveira\*\*

**RESUMO:** Na presente pesquisa aborda-se a problemática da criminalidade transnacional nas fronteiras do Mercosul sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, analisa-se como isso afeta os indivíduos das referidas regiões, bem como se o Direito à Segurança Pessoal é salvaguardado pelos atores internacionais. Discute-se se a efetividade dos referidos direitos humanos em questão pode ser alcançada por paradigmas fundados na acepção clássica da Teoria Geral do Estado, em que a soberania nacional é exercida de forma hermética, ou se um novo referencial, baseado na cooperação internacional, seria mais adequado à resolução da problemática proposta. Para tanto, traça-se um panorama da violência decorrente da atividade criminosa nas fronteiras e como isso impacta o Direito ao Desenvolvimento de suas vítimas naquelas regiões e, ainda, se examina a efetividade da forma tradicional de combate à criminalidade. Utiliza-se, na pesquisa, o método hipotético-dedutivo, e as técnicas descritiva, documental e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito internacional dos direitos humanos. Mercosul. Direito à segurança pessoal. Direito ao desenvolvimento. Fronteiras.

**ABSTRACT:** This research deals with the problem of transnational crime on the borders of Mercosur under the perspective of International Human Rights Law. In this sense, it is analyzed how this affects the individuals of those regions, as well as if the Right to Personal Security is safeguarded by the international actors. It is discussed whether the effectiveness of these human rights in question can be achieved by paradigms based on the classical General State Theory, in which national sovereignty is exercised hermetically, or whether a new referential based on international cooperation would be solution to the proposed problem. In order to do so, a picture of the violence resulting from the criminal activity at the borders is presented and how this impacts the Right to Development of its victims in those regions, and also examines the efficiency of the traditional way of combating crime. The hypothetical-deductive method and the descriptive, documentary and bibliographic techniques are used in the research.

**Keywords:** International human rights law. Mercosur. Right to personal security. Right to development. borders.

\* Mestrando em Direito, com área de concentração em Direitos Humanos (UFMS). Pós-Graduado (Lato Sensu) em Direito Penal e Processual Penal, pela Faculdade Damásio de Jesus - SP (2015) e em Direito Tributário, pelo Instituto LFG / Universidade ANHANGUERA-UNIDERP - MS (2010). Analista Judiciário (na função de Assessor de Desembargador) no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. E-mail: eliochadid@gmail.com

\*\* Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2009). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003), Graduação em Direito em (1997) e Graduação em Relações Internacionais pela mesma Universidade (2000). Professor Titular em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Foi Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE (2011-2016). É Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. E-mail: vladmir.silveira@ufms.br.

## 1 INTRODUÇÃO

A atual realidade mundial, moldada pelo processo de globalização iniciado no final do século XX, traz consequências não vivenciadas antes e, portanto, não pensadas pela sociedade pós-moderna. Uma dessas consequências é a mudança do conceito de fronteiras, que anteriormente se configuravam como limites entre os territórios e proteção de uma determinada nação, ou seja, serviam de delimitadoras do exercício da soberania de um determinado Estado. Atualmente, porém, se mostram como sendo nada mais do que simples marcos formais, dado o crescente fluxo de pessoas e bens entre os espaços geográficos de cada país, propiciado, dentre outros fatores, pelo fenômeno da economia transnacional e dos avanços tecnológicos, experimentados pelo mundo no alvorecer do século XXI.

Em razão do processo globalizador há um verdadeiro enfraquecimento da função de proteção e vigilância das fronteiras, mormente as existentes nos países do Mercosul. Note-se que, se por um lado, é até necessário para a integração pacífica entre os povos, por outro, acaba propiciando o aumento da violência nessas regiões, pelo incremento de atividades das organizações criminosas transnacionais, as quais se modernizaram e se internacionalizaram, fator que pode comprometer o exercício do Direito ao Desenvolvimento das populações que habitam as regiões estudadas.

Com efeito, pela atuação contundente das mencionadas organizações criminosas nas fronteiras, as pessoas que habitam essas regiões ficam desprotegidas e, desse modo, descobertas da proteção relativa ao direito à segurança pessoal, que deveria lhes salvaguardar de todo tipo de atentado a suas vidas e integridade, seja física, moral e/ou psíquica, bem como proporcionar-lhes o desenvolvimento pleno e saudável.

É a partir da problemática da violência nas fronteiras, contrastando com a garantia do direito humano à segurança pessoal, que se analisará as razões pelas quais as regiões fronteiriças se transformaram em palco de atuação de organizações criminosas internacionais, bem como se o modelo de enfrentamento a tal situação é eficiente ou não. A pesquisa terá, como objetivos, traçar um breve panorama da violência decorrente da atividade criminosa nas regiões de fronteiras do Mercosul, e verificar se o atual panorama indica se a segurança pessoal está sendo garantida em tais regiões, bem como se oferece condições de desenvolvimento dos indivíduos que lá habitam.

A pesquisa se justifica na medida em que se analisará a necessidade de proteção às pessoas nas regiões limítrofes dos países do Mercosul, uma vez que, se é objetivo do bloco buscar a integração plena entre seus membros (como, inclusive, consta no artigo 4º, parágrafo único, da Constituição do Brasil, quando propugna a “formação de uma comunidade latino-americana de nações”), é dever de todos eles, via cooperação internacional, oferecer ao menos segurança pessoal a seus cidadãos, principalmente para aqueles que habitam as faixas de fronteira, com o que se poderá propiciar o tão desejado desenvolvimento interestatal e, ainda, a integração entre as nações sul-americanas.

Para atingir seu desiderato, o trabalho se iniciará com uma abordagem sobre o direito à segurança pessoal no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente como consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em seguida, se analisará o conteúdo jurídico do direito à segurança pessoal no âmbito da OEA, do Mercosul e dos países componentes deste último bloco. Na sequência, contextualizará a situação do direito à segurança pessoal nas faixas de fronteira do Brasil no Mercosul, assim como as consequências de tal contexto em relação ao Direito ao Desenvolvimento das pessoas nas mencionadas regiões. Por fim, se ponderará acerca da cooperação regional entre os países como possível forma de efetivação do direito à segurança pessoal nas fronteiras sul-americanas.

A pesquisa se valerá do método hipotético-dedutivo, e das técnicas descritiva, documental e bibliográfica.

## **2 O DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL NO DIREITO INTERNACIONAL**

Em diversos momentos históricos, seja qual for o referencial dogmático levado em consideração (o religioso, o positivista, o jusnaturalista, o pós-moderno ou o relativo à teoria do risco), a vida é, na quase totalidade das vezes, colocada como o centro e maior preocupação dos juristas.

É bem verdade que, em alguns países ou situações, o valor da vida é relativizado, como ocorre em nações que ainda insistem em admitir a aplicação da pena de morte e outras práticas que fragilizam esse direito essencialmente civilizatório.

Contudo, num contexto jurídico mundial, o direito à vida é, seguramente, o direito angular de todos os direitos a partir de determinados momentos históricos, sendo basilar também no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Obviamente que seria inócuo falar-se em direito à vida sem prover meios para que ele seja preservado de maneira digna, sem abalos externos. É nesse contexto que surge, como garantidor do direito à vida, o direito à segurança pessoal, que deve, como ocorre com o direito antes mencionado, ser objeto de salvaguarda tanto pelos Estados quanto pelas Organizações Internacionais.

A preocupação com a salvaguarda (no sentido de proteção) do direito à vida é explicitada no artigo III, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual estabelece que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (ONU, 1948). Nesse sentido, o ordenamento jurídico internacional busca não somente assegurar o direito à vida propriamente dito, mas também colocar a salvo os indivíduos de toda e qualquer violação à integridade física, moral e psíquica daqueles, ou seja, protegê-los de toda forma de violência que pode ser perpetrada contra o ser humano. É nessa perspectiva que se desenvolve o direito à segurança pessoal, tanto no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), como nas esferas regionais das Organizações Internacionais, como é o caso da Organização dos Estados Americanos (OEA), em especial a sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), e também do Mercado Comum do Sul (Mercosul), o que torna o tema objeto de estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

### **2.1 O Conteúdo Jurídico do Direito à Segurança Pessoal na Organização dos Estados Americanos (OEA)**

Primeiramente, convém esclarecer que a Organização dos Estados Americanos (OEA) utiliza o termo “segurança cidadã” como terminologia padrão para tratar a problemática em epígrafe (em lugar das tradicionais terminologias “segurança pública”, “segurança humana”, “segurança interior” ou “ordem pública”), tendo em vista que referido termo invoca uma abordagem dos problemas da criminalidade e da violência a partir de uma perspectiva de direitos humanos. Ainda segundo a OEA, o conceito em questão deriva de um enfoque na construção de maiores níveis de cidadania democrática, colocando a pessoa humana como objetivo central das políticas, de forma diversa da visão ultrapassada de segurança do Estado ou de ordem política.

A preocupação com a garantia do direito à segurança cidadã na OEA se intensifica a partir do ano de 2008, quando se realizou, na Cidade do México, a “Primeira Reunião de Ministros em Matéria de Segurança Pública das Américas”, ocasião em que as autoridades reunidas firmaram o “Compromisso pela Segurança Pública nas Américas”. No compromisso restou estabelecido, dentre outras prioridades: a) o fomento e o fortalecimento de políticas de Estado em matéria de segurança pública de longo prazo, com respeito aos direitos humanos; b) o fortalecimento da capacidade dos Estados para promover a segurança cidadã, com resposta eficaz à insegurança, delinquência e violência; c) o fortalecimento da segurança fronteiriça, conforme os ordenamentos jurídicos e administrativos aplicáveis aos Estados Membros, como forma de prevenir a delinquência e a violência, sempre facilitando o fluxo legítimo de pessoas e bens; e d) considerar iniciativas de cooperação para ampliar o conhecimento sobre os diversos aspectos e o impacto da criminalidade nos Estados Membros, com vistas ao fortalecimento das estruturas de políticas de segurança pública (OEA, 2008).

Posteriormente, no ano de 2010, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas, emitiu o “Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos”, documento que traça um panorama acerca da temática no continente americano, nos 25 (vinte e cinco) anos anteriores à elaboração do estudo, bem como estabelece recomendações a serem observadas pelos países membros da OEA. Dentre essas recomendações destacam-se: a) assumir o cumprimento de suas obrigações internacionais de proteção e garantia dos direitos humanos em relação com a segurança cidadã a partir da elaboração e implementação de políticas públicas integrais que desenvolvam, de maneira simultânea, ações específicas e planos estratégicos sob a ótica operacional, normativa e preventiva; b) garantir a execução por parte das forças policiais de todas as atividades operacionais que permitam a implementação das funções de prevenção, dissuasão e repressão legítima de atos violentos ou criminosos, como parte da obrigação do Estado de proteger e garantir os direitos humanos comprometidos diretamente na política de segurança cidadã; e c) gerar as capacidades estatais necessárias para identificar e punir os autores de crimes contra a vida (CIDH, 2010).

Dessa forma, é possível perceber-se que a preocupação com a segurança cidadã é algo recorrente no âmbito dos organismos internacionais das Américas, sendo constatável que tais organismos, responsáveis pela promoção e proteção dos direitos humanos, além de estudar e mapear a criminalidade no continente americano, propõem uma série de recomendações a serem seguidas por seus países membros, como forma de, senão debelar, ao menos minimizar os efeitos maléficos da violência perpetrada contra as populações do continente, mormente os mais vulneráveis, como se pode concluir a partir de trecho do Relatório produzido pela CIDH:

Ainda, a CIDH recomenda aos Estados membros que garantam os parâmetros especiais de proteção requeridos por aquelas pessoas, ou grupos de pessoas, em especial situação de vulnerabilidade frente à criminalidade, como as crianças e adolescentes, as mulheres, a população indígena e afrodescendentes e as pessoas migrantes e seus familiares, sem prejuízo de que as obrigações de proteção e garantia dos direitos humanos comprometidos na política de segurança cidadã assumidas pelos Estados Membros incluam a todas as pessoas sob sua jurisdição. (CIDH, Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos, 2010, p. 10).

Realizadas as explanações acerca de como o tema é versado no âmbito regional das Américas, convém trazer o tratamento da questão na América do Sul, mais especificamente no âmbito sub-regional do Mercado Comum do Sul (Mercosul), que possui cinco países membros efetivos (Brasil, Paraguai, Uruguai, Argentina e Venezuela), e tem os demais países sul-americanos como membros associados do bloco.

## 2.2 O Conteúdo Jurídico do Direito à Segurança Pessoal no âmbito do Mercosul

No âmbito do Mercosul, seguindo as diretrizes e terminologias adotadas pela OEA, o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH) e o Escritório Regional para América do Sul, repartição do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), lançaram, no ano de 2012, o documento “Produção e gestão da informação e do conhecimento no campo da segurança cidadã: os casos da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai”. Conforme esclareceram as pesquisadoras responsáveis, “o estudo propôs mapear, identificar e descrever os tipos de sistemas de informação existentes nas áreas de Justiça, Interior e/ou Segurança nos Estados parte do Mercosul em matéria de violência e criminalidade”. Destacou-se, ainda, que a gestão adequada e o conhecimento no campo da segurança cidadã é condição essencial para alcançar uma governabilidade democrática da segurança pública que tenha como centro os direitos humanos (IPPDH; ACNUDH, 2012).

Apesar das diretrizes traçadas pelo estudo em epígrafe, e de existirem algumas outras poucas iniciativas sobre o tema, é forçoso concluir-se que, no Mercosul, a abordagem acerca das questões relacionadas à segurança cidadã ainda é incipiente, se tomar-se como base o fato de que o bloco é bem menor do que a OEA, o que, ao menos em tese, e justamente pela dimensão reduzida, deveria facilitar a aplicação das recomendações, tanto da OEA quanto daquelas produzidas no próprio bloco sul-americano, como forma de efetivar as diretrizes da segurança pessoal na América do Sul.

Convém pontuar, também, que a pouca efetividade das medidas tendentes à minoração dos efeitos das práticas criminosas transnacionais nos países do Mercosul, como forma de proteção a seus concidadãos (oriundas dos debates na OEA e no próprio bloco sub-regional), provavelmente é fruto das mesmas dificuldades encontradas para a efetiva formação do próprio bloco latino-americano. Se o bloco não consegue, por diversos fatores, consolidar todas as suas metas iniciais, a exemplo das questões de livre comércio e da diminuição (ou eliminação) da lista de exceções da TEC (Tarifa Externa Comum), é evidente que também terá dificuldades de implementar, como bloco sub-regional, providências efetivas no sentido de oferecer segurança às pessoas que habitam as nações do bloco, seja nas regiões de fronteira, seja em qualquer outro ponto da América do Sul.

## 3 O CONTEXTO DO DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL NAS FRONTEIRAS DO MERCOSUL

Conforme os relatórios sobre segurança cidadã elaborados tanto no âmbito da CIDH quanto no do Mercosul, a violência contra os indivíduos que habitam o continente americano, decorrente da prática de crimes que atentam contra a vida e integridades física e psíquica das pessoas, é preocupante e cresce a cada ano. Em relação às fronteiras do Mercosul, o quadro em comento se deve, em grande parte, à atuação de grandes organizações criminosas transnacionais, responsáveis pelo cometimento de vários delitos, como homicídios ligados a atividades de narcotráfico, tráfico de armas e contrabando, e, em contraposição, à escassez ou falta de efetividade de medidas de prevenção e repressão a esse tipo de atividades ilícitas, que põem em risco os habitantes dessas regiões.

### 3.1 A fronteira como elemento facilitador da prática de crimes

Partindo-se do senso comum, o conceito de fronteira passa pela ideia de limite, de barreira, seja ela física ou jurídica. Com a evolução das organizações sociais humanas, que se politizaram ao longo da história, a fronteira passou a ter outras conotações, denominações e diferenciações terminológicas.

Assim, é comum a distinção entre fronteiras e limites, por exemplo, sendo que o termo 'fronteira' refere-se a uma região ou faixa, enquanto o termo 'limite' está ligado a uma concepção imaginária". Ainda no mesmo sentido, "A fronteira é mais abrangente e refere-se a uma região ou faixa do território situado em torno dos limites internacionais. Limite é uma concepção precisa, linear e perfeitamente definida no terreno" (LARA ALEGRE, 2011, p. 19).

Seja um ou outro o termo adotado, o fato é que, por conta do fenômeno da globalização, as fronteiras passaram por um processo de ressignificação. E isso porque o avanço desse fenômeno, ocorrido principalmente nas últimas décadas do século XX e começo do atual, principalmente pelas conquistas tecnológicas vivenciadas na pós-modernidade, acabou por redesenhar a maneira como as pessoas da região de fronteira se inter-relacionam. Essa é a constatação dos estudiosos que pesquisam sobre a questão:

Diante desse aumento vertiginoso do fluxo de pessoas, inegavelmente a porosidade das fronteiras políticas se intensificou. Com a maior mobilidade humana e o conseqüente maior contato entre os povos, diversas questões delicadas podem ser postas em observação. Uma delas é o aumento do contato entre culturas verificado pelo maior fluxo de mobilidade humana que a globalização acarretou. (AGUILERA URQUIZA; RIBEIRO, 2017, p. 249)

O aumento de contato entre pessoas e culturas na fronteira, por conta da porosidade daquela região gerada pela globalização (na expressão utilizada pelos autores nominados), propiciou, também, a facilitação de um maior trânsito das organizações criminosas internacionais entre as fronteiras dos países do Mercosul, possivelmente pela baixa eficácia de controle ou fiscalização por autoridades de quaisquer dos países fronteiriços, tendentes a inibir a prática de crimes transnacionais.

Com efeito, a prática de crimes transnacionais certamente foi muito favorecida com o aumento e facilitação do fluxo de pessoas e bens entre os países, pois, se com as fronteiras relativamente vigiadas de antigamente, o crime organizado já era, de certa forma, "globalizado" (podendo mesmo ser chamado de precursor de um tipo de globalização negativa), a partir do processo em questão, com o afrouxamento das antigas barreiras (que é necessário e bem-vindo para a integração das nações), a prática de crimes e a fuga de criminosos para os países vizinhos, lamentavelmente, se tornou muito mais rotineira e fácil de ser observada.

### 3.2 Análise da efetividade da forma tradicional de combate aos crimes transnacionais

Analisando-se vários excertos sobre a temática de prática de crimes transfronteiriços, há praticamente um consenso de que é primordial que ocorra a conjugação das forças policiais, investigativas e acusatórias de todos os atores responsáveis pela gestão da segurança cidadã, para o enfrentamento eficaz do problema.

Todavia, a forma tradicional de combate à criminalidade nas regiões de fronteira, na qual cada país enfrenta o problema utilizando-se somente de seus próprios arcabouços

jurídicos e forças de segurança, de forma estanque e sem integração efetiva e eficaz com os países vizinhos, acaba por proporcionar o incremento das atividades criminosas, haja vista que, na grande maioria das vezes, basta que o criminoso atravesse a linha de fronteira de volta para seu país de origem, para que se torne muito difícil puni-lo, vez que a persecução criminal pelo país onde o crime foi cometido esbarraria, na hipótese, na soberania da nação contígua, que “protege” seu cidadão da incidência das leis do país vizinho, além é claro da garantia da não extradição de nacional.

Para se ter uma ideia da dimensão do problema de fiscalização e controle fronteiriços, convém trazer a lume a situação do Brasil, o maior país membro do Mercosul. As fronteiras do Brasil com 10 (dez) países sul-americanos se estendem por nada menos do que aproximadamente 17.000 quilômetros, passando por um total de 11 (onze) Estados-membros e 588 (quinhentos e oitenta e oito) municípios brasileiros. Com o intuito de conter o avanço da criminalidade transnacional, o Brasil conta com algumas iniciativas, entabuladas, em conjunto ou separadamente, pelos Ministérios da Defesa, da Justiça e da Segurança Pública do país, destacando-se as seguintes: a) o SISFRON (Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras Terrestres), do Ministério da Defesa; b) o SIVAM (Sistema de Vigilância da Amazônia), do Ministério da Defesa (Comando da Aeronáutica); c) a ENAFRON (Estratégia Nacional de Segurança Pública nas Fronteiras), dos Ministérios da Defesa, Justiça e Segurança Pública, dentre outras medidas.

Todos esses e outros sistemas e estratégias vêm sendo implantados e modificados desde o começo dos anos 1990, mas são realizados, em sua maioria, somente pelo governo brasileiro, de forma exclusiva. É verdade que, em uma ou outra ocasião, ocorrem operações conjuntas com um ou outro país vizinho, mas essas são apenas pontuais e, geralmente, não envolvem todos os países do bloco sul-americano de forma coordenada. Note-se que essa é a forma tradicional de vigilância e combate à criminalidade transnacional, do ponto de vista do Brasil, que, segundo os informes e estatísticas oficiais, não é suficiente para a resolução do problema.

Observa-se, ainda, que o problema fica ainda mais complexo quando se verifica que a persecução criminal, em relação a seus nacionais e aos crimes cometidos nos próprios territórios, é muito fraca, ineficaz, dentro de cada país do Mercosul, em razão da constatação de que existe um grande número de crimes nacionais não solucionados e não punidos. Assim, se os países membros do bloco não conseguem combater, eficazmente, nem os crimes cometidos exclusivamente em seus territórios, envolvendo seus próprios cidadãos, é evidente que o combate aos crimes transnacionais se torna muito fraco e inexpressivo, se for levado a cabo por cada país de forma isolada. Tal conclusão é praticamente unânime na comunidade acadêmica:

Ao operar no plano internacional, as associações criminosas transnacionais põem por terra o conceito de soberania Estatal, desrespeitando todo e qualquer limite territorial ou político, sempre que necessário para o sucesso de suas atividades. O crime organizado transnacional é uma ameaça aos Estados e à própria sociedade internacional, não sendo possível a qualquer Estado combater a atividade desses grupos isoladamente. (LESSA, 2017, p.48)

Assim, os fatores alinhavados nos parágrafos anteriores geram, em relação aos agentes criminosos internacionais, o que se denomina de certeza da impunidade, do que decorre, mais uma vez, a conclusão de que a forma usual de combate aos crimes transnacionais encontra-se totalmente defasada.

### 3.3 A violência nas fronteiras e os obstáculos ao exercício do Direito ao Desenvolvimento

Antes de tratar do impacto que a violência fronteiriça causa ao direito ao desenvolvimento, é salutar uma breve explanação acerca do tema. O direito ao desenvolvimento é direito humano doutrinariamente classificado como de terceira dimensão, e é mencionado pela primeira vez, de forma expressa, na Carta das Nações Unidas, de 1945. Depois disso, foi objeto de outros documentos, merecendo destaque a “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento”, de 1986, que, em seu artigo 1º, § 1º, dispõe: “o direito ao desenvolvimento é um direito inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar”. Consta, ainda, na Declaração, que pelo desenvolvimento deve-se propiciar ambiente para que todos os direitos humanos e liberdades públicas possam ser realizados de forma plena.

A importância da Declaração de 1986 se deve ao fato de o documento retirar do Direito ao Desenvolvimento o antigo paradigma de direito referente aos Estados e colocar o ser humano como titular de tal direito, cotejando-o com outros direitos humanos, numa perspectiva de necessidade de aprimoramento de direitos nacionais em conjunto com a cooperação internacional, como alertam os pesquisadores:

Em meio a esse quadro de reestruturação do cenário internacional, o vetor político-econômico sempre apresentou um grande peso, especialmente no estabelecimento de normas de regulamentação das relações econômicas e financeiras internacionais. Considerando essa questão, o grande marco da Declaração de 1986, que reconhece o direito humano ao desenvolvimento, é o de aproximar esse direito com os conceitos de justiça social, democracia, meio ambiente, política pública, direitos humanos e cooperação internacional.

Nesse sentido, cumpre destacar as três dimensões centrais que Allan Rosas (1995) apresenta sobre o conteúdo do direito ao desenvolvimento, a partir da Declaração de 1986, em que, em primeiro lugar endossa a importância da participação, em segundo corrobora para a necessidade básica de justiça social, e em terceiro enfatiza a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais e programas de cooperação internacional. (SÁTIRO; MARQUES; OLIVEIRA, 2016, p. 182).

É de bom alvitre esclarecer, também, que o direito ao desenvolvimento, além de se tratar de direito humano de terceira geração, é aglutinador de todos os demais Direitos Humanos, uma vez que, para que seja realizado em sua integralidade, é necessário que os direitos de outras dimensões, fundamentados no paradigma da dignidade da pessoa humana, também sejam efetivados.

Dessa forma, para que de fato haja desenvolvimento, é imprescindível garantir-se direitos de primeira dimensão, como o direito à vida e à liberdade; direitos de segunda geração, como os direitos sociais (saúde, educação, segurança, trabalho, etc.); além de outros direitos de terceira dimensão, como o direito ao meio ambiente equilibrado e à paz. Em outras palavras, o Direito ao Desenvolvimento acaba por condensar, em certa medida, o que se convencionou denominar de processo de “dinamogenesis” dos Direitos Humanos, segundo o qual a sociedade inicialmente reconhece o valor fundante dos direitos humanos, que é a dignidade da pessoa humana. A partir daí, “[...] reconhecido como valioso, este valor impulsiona o reconhecimento jurídico, conferindo orientação e conteúdos novos (liberdade, igualdade, solidariedade, etc.), que expandirão o conceito de dignidade da pessoa” (SILVEIRA; ROCASSOLANO, 2010, p.199).

Feitas essas considerações acerca do desenvolvimento, é interessante ressaltar que é indubitável que o processo de globalização e, mais especificamente, o de integração dos povos latino-americanos, tende a impactar primeiramente os cidadãos que habitam as regiões de fronteiras. No contexto da pesquisa, de análise de salvaguarda do direito à segurança cidadã no Mercosul, seria lógico pensar que os governos dos países envolvidos na questão deveriam dar maior atenção aos habitantes das regiões fronteiriças, com maior suporte econômico, principalmente às pessoas de baixa renda que, por serem mais vulneráveis do ponto de vista social, costumam ser a parcela mais atingida pelos desmandos impostos pelo crime organizado internacional.

Todavia, parece que não é esse o cenário identificado no bloco sul-americano, se verificada, por exemplo, a situação da violência nas fronteiras das três regiões do Brasil (Norte, Centro-Oeste e Sul) que possuem Estados federados limítrofes com algum país sul-americano. A título de ilustração, pode-se mencionar o caso do Estado do Acre, que faz fronteira com a Bolívia e com o Peru, e que experimenta, desde o ano de 2015, uma escalada de violência sem precedentes, por conta da disputa travada entre facções criminosas que iniciaram uma verdadeira guerra, tendo como objetivo a apropriação das rotas internacionais do tráfico de drogas. Desde o ano de 2015 e até o ano de 2018 o número de homicídios no Estado saltou 150% em relação a período imediatamente anterior, o que demonstra que o território estadual é o que mais teve um incremento desse tipo de crime no país, segundo dados estatísticos apurados pelo Observatório de Análise Criminal do Ministério Público do Estado do Acre.

Outro exemplo da situação periclitante da região de fronteiras é consta num estudo realizado pelo Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras (IDESF), denominado “Características das Sociedades de Fronteira”, que analisa as condições sociais das chamadas “cidades gêmeas” entre dois países. Referido estudo teve como objeto diversos municípios brasileiros das três regiões localizados nas fronteiras do Mercosul, sendo que, ao analisar o número de homicídios por cem mil habitantes na cidade de Guaíra, Paraná, que é limítrofe ao Paraguai, a pesquisa constatou que tal índice, no ano de 2013, foi de 68,34/100mil, o que é alarmante para uma cidade com aproximadamente 30.000 habitantes, e, também, se comparado ao mesmo índice da Capital do Estado (Curitiba) naquele mesmo ano, que foi de 28,39/100mil. (IDESF, 2014)

Pode-se apontar, também, os números de estudo semelhante em relação a outra região do Brasil (Centro-Oeste), elaborado nas fronteiras do Estado de Mato Grosso do Sul com o Paraguai e a Bolívia, em 2016, que conclui que as cidades fronteiriças do referido Estado federado estão: a) entre as com renda *per capita* mais baixas do país; b) com baixa empregabilidade; c) com altos índices de evasão escolar ainda no ensino fundamental e; d) com números proporcionais de homicídios maiores do que os da cidade do Rio de Janeiro. (IDESF, 2016)

Todos os números mencionados dão conta de que o direito à segurança pessoal nas fronteiras sul-americanas não está sendo provido pelas autoridades públicas que deveriam por ele se responsabilizar, pois são titulares únicos do poder que lhes é atribuído pelo povo e, portanto, garantidoras da segurança cidadã que deve ser franqueada à população. Essa ausência do poder público das nações envolvidas traz consequências sociais diretas nos campos da educação, trabalho, segurança, dentre outros, o que, indubitavelmente, autoriza a concluir-se, por consequência, que o Direito Humano ao Desenvolvimento, que abarca todos os demais, não está sendo franqueado aos indivíduos que habitam tais regiões.

Convém frisar, também, que não são raras as vezes em que as populações fronteiriças, justamente pelo baixo ou nenhum suporte social e econômico por parte dos Estados envolvidos, se veem obrigadas a se submeterem às regras impostas pelos narcotraficantes, contrabandistas e traficantes de armas, sem contar os episódios em que os residentes dessas áreas são cooptados,

de forma praticamente compulsória, pelas organizações criminosas para delas fazer parte (uma vez que não há oportunidades dignas de trabalho e estudo nessas áreas).

É de bom alvitre ressaltar, ainda, que o projétil do fuzil e o próprio armamento presentes nas comunidades dominadas pelo tráfico de drogas do Rio de Janeiro, ou o *crack* que é vendido e consumido à luz do dia nas *cracolândias* na cidade de São Paulo e em outras cidades brasileiras, são produtos que invariavelmente passam pelas fronteiras do Brasil com os países vizinhos, o que demonstra que as consequências sociais da violência nessas regiões não se limitam às linhas fronteiriças, mas também avançam para as demais partes dos países que as compõem, a exemplo do que ocorre nas grandes cidades acima mencionadas.

#### **4 COOPERAÇÃO REGIONAL COMO FATOR DE EFETIVIDADE DO DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL NAS REGIÕES FRONTEIRIÇAS**

Existem diversos paradigmas que podem ser invocados para se tratar da questão envolvendo a efetividade do direito à segurança pessoal nas fronteiras, que vão desde a concepção clássica de Estado soberano, com todas as suas instituições políticas de internalização do direito, aos conceitos de Estado Cooperativo, que buscam propiciar e pavimentar uma maior interação e cooperação internacional, tanto no aspecto jurídico quanto em outros setores fundamentais. É de alguns desses paradigmas que cuidam os tópicos que seguem.

##### **4.1 A correlação entre o conceito clássico de Estado soberano e os entraves na efetivação do Direito à Segurança Pessoal**

A vasta região de fronteira existente entre os países do Mercosul acaba se tornando um facilitador da prática de crimes, e um dos fatores que contribui para isso, certamente, são os entraves que o conceito de Estado soberano, dado pela acepção clássica da Teoria Geral do Estado, criam para uma eventual atuação integrada dos países fronteiriços. Segundo tal teoria, o Estado é constituído por população, território e governo, sendo que esses três elementos, em conjunto, são tidos como formadores e justificadores da soberania nacional.

Nessa visão, a soberania do Estado não encontraria qualquer limite dentro do próprio Estado da qual emana. Seria um poder uno, não contrastável por qualquer outro ente político dentro de um mesmo país. Conforme essa visão minimalista, a soberania bastaria a si própria, e regularia as relações de poder dentro de uma determinada ordem jurídica nacional. O problema surge quando essa visão é tomada como parâmetro para se sobrepor às normas de direito internacional, quando, então, o direito nacional teria como optar pelo “reconhecimento” ou não das normas internacionais em relação a seu território e cidadãos. Kelsen aponta os percalços e o imbróglio de ordens jurídicas resultantes desse pensamento:

Essa é uma consequência inevitável da teoria do reconhecimento baseada na hipótese de primazia do Direito Nacional. A maioria dos expoentes desses pareceres, porém, não os desenvolve até as suas últimas consequências. Eles concebem o mundo do Direito como uma quantidade de ordens jurídicas nacionais isoladas, cada uma delas soberana e cada uma delas contendo o Direito internacional como parte. Por motivos já explicados, esse pluralismo jurídico é logicamente impossível. Com base nesse parecer, existiriam, incidentemente, tantas ordens jurídicas internacionais diferentes quanto há Estados ou ordens jurídicas nacionais. É, porém, logicamente possível que diferentes teóricos interpretem o mundo do Direito partindo da soberania de diferentes Estados. Cada teórico pode pressupor a soberania do seu próprio Estado, isto é, pode

aceitar a hipótese da primazia da sua própria ordem jurídica nacional. Então, ele tem de considerar o Direito internacional que estabelece as relações com as ordens jurídicas dos outros Estados e essas ordens jurídicas nacionais como parte da ordem jurídica do seu próprio Estado, concebido como uma ordem jurídica universal. Isso significa que o quadro do mundo do Direito variaria de acordo com o Estado que fosse tomado como base da interpretação. Dentro de cada um desses sistemas, erigidos sobre a hipótese da primazia do Direito nacional, apenas um Estado é soberano, mas esse Estado nunca seria o mesmo sequer em dois desses sistemas (KELSEN, 2000, p.548).

Nesse contexto, o conceito de soberania, que também tem seu viés político, pode servir e base para ações dos defensores do nacionalismo exacerbado, que não raras vezes o utilizam em seus discursos políticos (e não jurídicos) inflamados, principalmente quando querem fazer valer alguma norma oriunda de seu país em detrimento de norma estrangeira, ou como tentativa de esquiva de normas de direito internacional. Dallari, utilizando-se de ponto de vista próprio, e também com auxílio dos argumentos de outros estudiosos, alerta para referida questão ao refletir sobre o conceito de soberania:

[...] Por isso mesmo, deu margem ao aparecimento de uma tão farta bibliografia e à formulação de uma tal multiplicidade de teorias que acabou sendo prejudicado, tornando-se cada vez menos preciso e dando margem a todas as distorções ditadas pela conveniência. Essas distorções têm sido uma consequência, sobretudo, da significação política do conceito, que se encontra na base de seu nascimento e que é inseparável dele, apesar de todo o esforço, relativamente bem-sucedido, para discipliná-lo juridicamente. Atualmente, porém, não obstante a imprecisão ou as controvérsias, a expressão *soberania* vem sendo largamente empregada na teoria e na prática, às vezes até mesmo para justificar as posições de duas partes opostas num conflito, cada uma alegando defender sua soberania. Daí a observação feita por Kaplan e Katzenbach, de que não há no Direito Internacional um termo mais embaraçoso que soberania, parecendo-lhes que o seu uso impreciso e indisciplinado talvez se deva ao fato de haver-se tornado um “símbolo altamente emocional”, amplamente utilizado para conquistar simpatias em face das tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época. (DALLARI, 2009, p.74).

Dentre essas diversas facetas da soberania, e sobre o pretexto de exercê-la, há ainda os casos (a maioria) em que os Estados conferem algumas prerrogativas àqueles seus denominados cidadãos, dentre as quais encontra-se a negativa de extradição de um cidadão nato, sendo que disso decorre, por exemplo, a impossibilidade de um outro país processar, julgar e cumprir a sentença condenatória em relação ao estrangeiro, ainda que este tenha cometido crimes no território dessa outra nação, sejam eles de natureza transnacional ou não.

Obviamente que não se olvida que o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 7º, privilegia o princípio da extraterritorialidade da lei penal, segundo o qual a lei penal pode ser aplicada a brasileiros que tenham cometido delitos em território estrangeiro, ou a estrangeiros que tenham perpetrado determinadas práticas criminosas. Também não se desconhece a existência e vigência do Decreto Federal nº 3.468, de 17 de maio de 2000, que promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os governos do Brasil, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai, que visa a facilitação de notificações de atos processuais, localização ou identificação de pessoas, medidas acautelatórias sobre bens, dentre outras providências de cunho burocrático e administrativo.

Contudo, mesmo diante da vigência de tais medidas legislativas, na prática, os Estados costumam oferecer demasiada proteção a um nacional quando este é detido praticando um delito transnacional, sob a justificativa do exercício da soberania, conforme se conclui pela simples análise dos números e informes oficiais dos países do Mercosul acerca da questão. Essa

mencionada proteção quase absoluta ao cidadão de determinado país acaba inviabilizando as tentativas de efetivação de punição, de forma legal e legítima, às pessoas que cometem crimes nas faixas de fronteiras ou imediações. Isso ocorre porque, no caso das fronteiras do Mercosul, basta atravessar uma rua ou um rio, logo após cometer qualquer crime (seja homicídio, tráfico de drogas, de armas, etc.), que o cidadão, natural do país vizinho, estará protegido pela legislação de sua própria nação, que geralmente não permite a extradição de um nacional e, muitas vezes, não pune ou pune inadequada e insuficientemente o delinquente. Tal fato gera, nos criminosos internacionais, a tão propalada certeza da impunidade.

#### **4.2 Aplicação dos preceitos de Cooperação Internacional à problemática do Direito à Segurança Pessoal nas fronteiras**

Antes de analisar-se os preceitos da Cooperação Internacional, convém esclarecer que, nada obstante o apontamento das mazelas da soberania vista de uma maneira quase absoluta, referida qualidade do Estado foi e é importante para o desenvolvimento dos conceitos modernos de Estado Constitucional, que possui enfoque social e que preza pela observância dos Direitos Humanos. Isso decorre do fato de a soberania nacional servir e ter servido como contraponto à tentativa de domínio hegemônico das políticas externas econômicas neoliberais que, principalmente em países subdesenvolvidos, potencializa o capitalismo de tal modo que os Direitos Humanos, muito embora façam parte do arcabouço jurídico formal de determinada doutrina, são negligenciados na prática. É o que adverte Paulo Bonavides, ao tratar das tentativas do mercado internacional globalizado de remover ou enfraquecer o conceito de soberania de algumas nações:

E tais diligências destrutivas da autodeterminação das Nações se fazem com muito empenho, porque a soberania nacional é óbice à soberania dos mercados.

De titularidade internacionalizada e invisível, esta nova e dissimulada soberania dos mercados executa o projeto recolonizador das gigantescas associações de capital, que ignoram por completo os direitos dos povos e das Nações periféricas a romper as cadeias do subdesenvolvimento e espancar as trevas da noite em que a globalização os mergulhou. (BONAVIDES, 2012, p.35).

Esclarecidos os aspectos positivos da soberania nacional (quando serve de freio à imposição da soberania dos mercados), e os aspectos negativos de tal qualidade do Estado (quando o faz se fechar para o direito internacional), faz-se necessário ponderar que, no que se refere à segurança cidadã, o clamor de determinados países pelo respeito à soberania nacional, quando se contrapõe às tentativas de assegurar-se os Direitos Humanos, dentre eles o Direito à Segurança pessoal, tem um impacto deveras negativo.

Isso porque, no caso específico do direito à segurança pessoal no âmbito do Mercosul, o recurso (muitas vezes falacioso) à defesa da soberania, vista a partir do conceito arcaico de Estado, acaba por criar obstáculos para que tal direito se desenvolva e seja observado de forma satisfatória. Cumpre, assim, pesquisar a existência de alternativas ao modelo ultrapassado de soberania nacional hermética que, ao que parece e conforme consta nos relatórios da CIDH e do Mercosul, é incapaz de debelar as violações do direito à segurança cidadã, mormente nas regiões de fronteira.

Uma alternativa possível e viável seria a mudança de paradigma constitucional nos países do Mercosul, a partir da migração do modelo clássico de constitucionalismo, embasado

na soberania nacional exacerbada, para o que se denomina de “Estado Constitucional Cooperativo”, enunciado por *Peter Häberle*, nos seguintes termos:

Estado Constitucional Cooperativo é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.

O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta *interna* do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à *mudança* no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação.

O Estado Constitucional aberto somente pode existir, a longo prazo, como Estado cooperativo, ou não é um Estado ‘Constitucional’. Abertura para fora se chama cooperação.

Hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se *em conjunto*. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional.

Os cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensivas para que se dê a esta forma externa de complementariedade uma ideia exata. O resultado é o ‘Direito comum de cooperação’.

O Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma ‘primazia’ do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; ele considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num todo. (HÄBERLE, 2007, p.4 e 10)

Analisando-se os problemas enumerados nesse trabalho, decorrentes da violação do direito à segurança cidadã nas regiões de fronteira do Mercosul, a mudança para o paradigma acima proposto poderia ser objeto de ponderação entre os países componentes do bloco sul-americano, ainda que inicialmente esta mudança se opere somente em relação a alguns pontos sensíveis ao problema da segurança cidadã, para, depois, expandir-se às demais áreas, principalmente àquelas relacionadas à observância e preservação dos Direitos Humanos.

Outra opção igualmente viável, e que poderia ser utilizada singularmente ou em conjunto com a tratada anteriormente, é a do Transconstitucionalismo, idealizada por Marcelo Neves, que vislumbra a existência de problemas comuns a duas ou mais nações:

O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação de poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais.

Em face dessa situação, introduzo o conceito de transconstitucionalismo. Não se trata, portanto, de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta justamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução. (NEVES, 2018, p. XXI)

Em outra passagem, o autor, apresentando seu trabalho, destaca a problemática envolvendo mais de duas ordens jurídicas, e a inter-relaciona com questões de direitos humanos:

[...] passarei a considerar o transconstitucionalismo não apenas entre duas ordens jurídicas, da mesma espécie ou de tipos diferentes, mas também entre uma pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por hierarquias entrelaçadas. Também como base em casos jurídicos de natureza constitucional, serão discutidas situações em que diversas ordens estão envolvidas, simultaneamente, na solução de um caso. A esse respeito, terá relevância particular o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, envolvendo uma multiplicidade de ordens jurídicas. (NEVES, 2018, p. 29).

Com a aplicação paradigmática de um dos conceitos apresentados, ou de ambos harmonicamente, a problemática referente à efetividade da segurança cidadã nos países do Mercosul muito provavelmente seria melhor equacionada e tratada, dentro de uma perspectiva de garantia dos direitos humanos que, há muito, são negados às populações fronteiriças das nações componentes do bloco.

## **5 PROPOSIÇÕES INTEGRATIVAS PARA O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS POPULAÇÕES FRONTEIRIÇAS DO MERCOSUL**

É verdade que o Mercosul, por iniciativas do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH) e de outros órgãos, vem debatendo a problemática, com a realização de reuniões de autoridades, painéis, seminários e relatórios. Mas também é verdade que por diversas razões o direito à segurança cidadã é pouco franqueado às populações do bloco latino-americano, mormente as que habitam as regiões de fronteira.

Daí advém a necessidade premente de se criar um modelo de gestão da segurança cidadã com base nos paradigmas de cooperação apresentados no item antecedente deste trabalho, quais sejam, o Estado Constitucional Cooperativo e/ou o Transconstitucionalismo.

Um modelo de cooperação internacional possível seria um em que cada país do Mercosul compartilharia parcialmente sua soberania em favor de uma organização (ou agência) internacional, composta por agentes de todos os países envolvidos que atuariam em conjunto, com objetivo a combater, de forma coordenada e efetiva, a problemática da prática de crimes transnacionais nas faixas de fronteira e, dessa forma, salvaguardar os direitos à segurança cidadã das populações fronteiriças e todos aqueles que lhe são conseqüentes (direito à vida, à integridade física e psíquica, ao desenvolvimento, etc.).

A título de exemplo, essa organização (ou agência) transnacional proposta poderia comandar e coordenar ações de investigações policiais para coibir crimes transnacionais. Seria uma espécie de Polícia Especial, formada por agentes dos Estados membros do Mercosul, juntamente com os Ministérios Públicos de tais países, todos especializados na investigação dos delitos em questão, que poderiam transitar entre os países para proceder às investigações e aos procedimentos policiais e investigativos necessários. Ao mesmo tempo, Magistrados

dos países do bloco sul-americano, atuando em nome da novel organização transnacional, previamente preparados e designados para servir a esse tipo de trabalho (em respeito, portanto, ao princípio do Juiz Natural), também atuariam juntamente com a Polícia Especial. Assim, em um determinado caso hipotético de investigação de um crime de tráfico de drogas internacional, um mandado de prisão poderia ser expedido por um Juiz brasileiro e cumprido no Paraguai pela Polícia Especial transfronteiriça, sendo que o agente policial responsável pela prisão do criminoso poderia ser de nacionalidade boliviana. Ter-se-ia, na hipótese, um exemplo de atuação de membros de pelo menos três países do Mercosul em um caso real de elucidação de fato criminoso.

Como não há no bloco documento(s) que tenha(m) referida amplitude, a questão seria objeto de normativa de *lege ferenda*, ou seja, a ser criada posteriormente, depois de discussões e ajustes detalhados e muito bem alinhavados entre os países envolvidos. Nesse sentido, as questões legais necessárias para a operacionalização da proposta passariam pela elaboração de Tratados e outros instrumentos de Direito Internacional debatidos, confeccionados e assinados pelos países integrantes do Mercosul, num esforço conjunto para minorar os efeitos do crime organizado que atua principalmente nas regiões de fronteira das nações sul-americanas.

Os tratados supramencionados estabelecer, também, que eventuais abusos perpetrados pelos agentes constituídos para atuarem em nome da referida agência transnacional, seriam objeto de investigação e processo perante alguma comissão integrante do Mercosul ou, ainda, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, eventualmente, de punição perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, se for o caso. A Corte, nesse caso, puniria a organização supranacional formada no âmbito do Mercosul para operacionalização do direito à segurança cidadã no bloco, que, na hipótese, teria eventualmente permitido que Direitos Humanos fossem violados por organização criada a pretexto de combater a violação de tais direitos. Na própria criação da organização supranacional já haveria um sistema de freios e contrapesos para controlar e fiscalizar suas atividades.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento do presente trabalho abordou-se a problemática da segurança das populações fronteiriças do Mercosul. O enfoque emprestado à questão foi o da efetividade do Direito à Segurança Pessoal que se deve conferir ao indivíduo, numa perspectiva de direitos humanos, como forma de garantia do direito à vida e à integridade física, moral e/ou psíquica e, ainda, do direito ao desenvolvimento, o que se contrapõe à notória atuação de organizações criminosas internacionais principalmente na região de fronteiras, com atividades ligadas ao narcotráfico, tráfico de armas, contrabando, dentre outras.

Para tanto, pesquisou-se sobre os conteúdos jurídicos do Direito à Segurança Pessoal no âmbito da OEA e do Mercosul, ocasião em que foi possível constatar-se que a temática tem espaço cada vez mais crescente e preocupante, fato que levou as organizações supracitadas a se reunirem e a produzirem documentos, com vistas a traçar um panorama do quadro de violência do continente e a expedir recomendações aos Estados membros dos blocos sobre como atuar em relação aos problemas constatados.

Foi objeto de pesquisa, também, o contexto social das pessoas que habitam as fronteiras, sendo possível observar-se que a violência naquelas regiões, ocasionada pela prática excessiva de crimes transnacionais, afeta sobremaneira a vida cotidiana dessas pessoas. Tal conclusão se deu por análise de relatórios e outros documentos produzidos no âmbito dos órgãos da OEA, do Mercosul e de outras instituições, os quais apontam que, além de atentar contra a

vida e integridade dos indivíduos, a crescente criminalidade transnacional também contribui para o subdesenvolvimento social, cultural e econômico das regiões de fronteira do Mercosul, com baixos índices de empregabilidade e de escolaridade, o que tem impacto direto e viola frontalmente o Direito ao Desenvolvimento dos indivíduos.

Como resposta à problemática constatada, sugeriu-se a implantação de instrumentos que visem a cooperação entre as nações integrantes do Mercosul, por meio de conceitos tirados do Estado Constitucional Cooperativo e/ou do Transconstitucionalismo, e a instituição de organização (ou agência) supranacional, constituída por agentes especializados na prevenção e repressão às condutas típicas dos criminosos transnacionais que atuam nas regiões de fronteira, como forma racional de resposta à situação, tendente a efetivar, de forma satisfatória, o direito à segurança cidadã e, conseqüentemente, o desenvolvimento no âmbito sub-regional.

Constatou-se que, pelos anos de construção de uma Teoria Geral do Estado arcaica nos países sul-americanos, que vislumbra a soberania como valor absoluto e incontestável interna ou externamente, poderá haver alguns entraves e empecilhos para a integração e cooperação efetiva do bloco latino-americano. Em contraposição, restou confirmada a premente necessidade de atuação dos membros do Mercosul no sentido de dialogar e cooperar de forma mútua, coordenada e integrada, haja vista que o que está em jogo é a preservação dos direitos humanos à vida, à integridade pessoal e ao desenvolvimento, dentre outros, que certamente só podem ser salvaguardados por um funcional e efetivo sistema transnacional que privilegie a segurança cidadã, como preconizado pelas Organizações Internacionais das Américas.

## REFERÊNCIAS

AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilario; RIBEIRO, Leonardo Cavallini. Paradoxos da Globalização, Fronteiras Culturais e Direitos Humanos. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, volume 3, número 2, p. 241/260, 2017.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. Perspectiva: São Paulo, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. Malheiros Editores: São Paulo, 2012.

CARVALHO, Luciani Coimbra de; ARAUJO, Ana Paula Correia de; CONCEIÇÃO, Orsolina Fernandes da. A Escola no Brasil para brasileiros e bolivianos. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilario. **Fronteira dos Direitos Humanos – Direitos Humanos nas Fronteiras**. Ed. UFMS: Campo Grande, 2016.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CIDH. Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos. OEA, 2010. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20PORT.pdf>> Acesso em: 04 jul. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Saraiva: São Paulo, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Saraiva: São Paulo, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

LARA ALEGRE, Ana Isabel Burke de. Globalização vs. Segurança: o papel das fronteiras. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Globalização, justiça e segurança humana: capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI**. Ed. Escola Superior do Ministério Público da União – Série pós-graduação: Brasília, 2011.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. **A Assistência Direta e a Persecução Penal Transnacional pelo Ministério Público Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2009. 353 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2017.

MERCOSUL. Produção e gestão da informação e do conhecimento no campo da segurança cidadã: os casos da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. **Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH)**. 2012. Disponível em: <<http://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/producao-e-gestao-da-informacao-e-do-conhecimento-no-campo-da-seguranca-cidada-os-casos-da-argentina-brasil-paraguai-e-uruguai/>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilho. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. Saraiva: São Paulo, 2017.

MIRANDA, Jorge. O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** – 50 anos, Rio de Janeiro, n. 63, p. 99-111, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Editora WMF Martins Fontes: São Paulo, 2009.

Operações de Segurança nas Áreas de Fronteira. Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras. **IDESF**, 2016. Disponível em: <<http://www.idesf.org.br/wp-content/uploads/2016/08/Opera%C3%A7%C3%B5es-de-seguran%C3%A7a-nas-%C3%A1reas-de-fronteira.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos-1948. **ONUBR**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento- 1986. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Saraiva: São Paulo, 2006.

SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O Reconhecimento Jurídico do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano e sua Proteção Internacional e Constitucional. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 1, p. 170-189, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras: São Paulo, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. Direitos Humanos Econômicos na Perspectiva da Solidariedade: Desenvolvimento Integral. **Anais...** Salvador, 2008. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani\\_contipelli.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani_contipelli.pdf)>. Acesso em: 04 jul. 2018.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Tratados de Direitos Humanos e a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. **A Problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa** – Desafios materiais e eficácias. Ed. Unesco: Joaçaba, 2012.

\_\_\_\_\_. NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua relação com os países da América do Sul. In: IV SEMINÁRIO LATINO-AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Anais...** Ceará, 2013.

\_\_\_\_\_. ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. Saraiva: São Paulo, 2010.

TORRADO, Jesús Lima. Globalización y derechos humanos. **Anuário de filosofia del derecho**, n. 17, 2000. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142424>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E AS  
EXTERNALIDADES AMBIENTAIS

REGINA CÉLIA CARVALHO DE MARTINS  
MARISA ROSSIGNOLI

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E AS EXTERNALIDADES AMBIENTAIS

## SUSTAINABLE ECONOMIC DEVELOPMENT AND ENVIRONMENTAL EXTERNALITIES

Recebido: 19/12/2017  
Aprovado: 01/10/2018

Regina Célia Carvalho de Martins\*  
Marisa Rossignoli\*\*

**RESUMO:** O presente estudo objetiva a discussão conceitual das externalidades no que se refere à questão ambiental, embasado nos novos paradigmas da sustentabilidade que ela deve respeitar. É elaborado por meio de revisão bibliográfica nos autores que tratam de externalidades negativas, direito ambiental e desenvolvimento econômico sustentável e análise do texto da Constituição Federal, principalmente dos preceitos apresentados no artigo 170 que permeiam o desenvolvimento econômico que atenda a diversos critérios, entre eles a necessidade de preservar o meio ambiente. Apresenta-se assim como problema de pesquisa central a atuação do Estado no que se refere à regulação das externalidades empresariais. A pesquisa é de caráter exploratório. Verifica-se que a exigência de desenvolvimento sustentável que se busca com preservação e recuperação de bens ambientais degradados exige que o Estado atue regulando as atividades empresariais, quando estas atingem o meio ambiente em seus processos produtivos, criando normas que determinem à empresa a internalização dos custos que as externalidades ambientais ocasionam; assim, com este complexo de atuação que engloba empresas, sociedade e Estado, busca-se cumprir as metas de desenvolvimento econômico sustentável desejável para a preservação do meio ambiente e da vida saudável.

**Palavras chave:** Desenvolvimento sustentável. Externalidades. Função social da empresa. Regulação.

**ABSTRACT:** This study aims at the conceptual discussion of externalities with regard to the environmental issue. The article is elaborated through a bibliographical review focused on authors dealing with negative externalities, environmental law and sustainable economic development and analysis of the text of the Federal Constitution, mainly the precepts presented in article 170 that permeate the economic development that meets several criteria, among them the need to preserve the environment. Thus, as a central research problem, the State's performance regarding the regulation of corporate externalities. The research is exploratory. It is verified that the requirement for sustainable development that seeks to preserve and recover degraded environmental goods requires the State to regulate business activities, when they reach the environment in their production processes, creating norms that determine the company to internalize the costs that environmental externalities cause; thus, with this complex of action that encompasses companies, society and the State is sought to fulfill the goals of sustainable economic development desirable for the preservation of the environment and healthy life.

**Keywords:** Sustainable development. Externalities. Company's social function. Regulation.

\* Professora de Direito Civil e Direito Ambiental da Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Direito pela UNIMAR-SP. Doutoranda em Direito – UNIMAR-SP. Presidente da Comissão de Meio ambiente da 31ª subseção da OAB/SP. E-mail: martinsre31@hotmail.com.

\*\* Economista pela UNESP- Araraquara. Mestre em Economia pela PUC-SP. Doutora em Educação (Política e Gestão) pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP; Professora da área de Economia do Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR. Delegada Municipal do CORECON SP – Conselho Regional de Economia de São Paulo para o Município de Marília – SP. E-mail: mrossignoli@unimar.br.

## 1 INTRODUÇÃO

Desenvolvimento econômico sustentável é um dos maiores desafios para as sociedades contemporâneas. A visão histórica de desenvolvimento calcada na inerente necessidade humana de reduzir desigualdades e promover a justiça distributiva, melhorando as condições sociais dos indivíduos, por certo deve observar que o desenvolvimento das atividades da humanidade afeta o meio ambiente e leva a necessidade de reavaliar tais conceitos.

Desde os primórdios até o homem moderno, o ser humano interage com o meio ambiente e retira da natureza todos os recursos que julga necessários para atender suas necessidades e prazeres.

Alguns pensadores, como é o caso de Schumpeter (1997) comungam do entendimento de que existe uma teoria destruidora, afirmando que para o surgimento de uma inovação, outro bem deve ser destruído. Trazendo esse paradigma para os bens ambientais que são transacionados verifica-se que a escassez de um bem resulta em aumento de seus preços, impulsionando a criação de novas tecnologias com o fito de poupar esses recursos que se escasseiam.

Pode-se observar com o decurso do tempo e o crescimento econômico, que as sociedades reagem de forma pronta em relação a esta escassez, já que acabam sofrendo com a poluição crescente em razão da degradação ambiental, o que as faz voltar seu olhar para a necessidade de mudanças efetivas contra essa degradação; assim, é possível perceber que com o desenvolvimento econômico e cultural, ocorre uma mudança de paradigmas em relação ao meio ambiente e sua preservação.

A observação dos fatos históricos mostra que a intervenção humana no meio ambiente, trazendo externalidades negativas, data do surgimento da espécie humana no planeta; entretanto, os de preservação ambiental, no Brasil somente ganham maior intensidade após década de 1960, com uma fase de intenso movimento migratório das lides do campo para as áreas urbanas. Foi a crise do petróleo, ocorrida no final dos anos sessenta e início da década de setenta que demandou uma reflexão mais efetiva sobre o futuro da humanidade em relação ao meio ambiente.

É neste contexto que surge o conceito de desenvolvimento sustentável como um termo que expressa os anseios coletivos, tais como a democracia e a liberdade, momento em que se aprofundam os estudos sobre as externalidades negativas da ação humana sobre o meio ambiente.

Em todo o cenário apresentado, pode-se compreender que a empresa desempenha importante papel, sendo preciso equalizar as finalidades a que ela se propõe; se por um lado ela deve proporcionar desenvolvimento econômico, por outro lado para que ela venha a promovê-lo de modo eficiente e sustentável, deve se preocupar de forma integrativa, com as externalidades negativas ambientais que ocasiona, as quais devem ser consideradas em seus custos operacionais, de modo a desenvolver atividades empresariais e contribuir para a preservação ambiental.

Assim, com o uso da revisão bibliográfica, o presente artigo busca a discussão conceitual das externalidades no que se refere à questão ambiental, bem como dos conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade, para, na sequência, analisar a questão dos investimentos empresariais frente a estas questões e discutir o problema da regulação para que as externalidades não tenham um custo para a sociedade e sim sejam internalizadas nos custos empresariais. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo.

## 2 EXTERNALIDADES E EXTERNALIDADES AMBIENTAIS

A preocupação com o meio ambiente que deu origem à noção de sustentabilidade demonstra que a não observação da sustentabilidade ambiental tende a limitar o crescimento econômico em geral. A exaustão de determinados insumos ambientais, gera a elevação dos preços e restringe o uso dos mesmos, o que não acontece no caso dos serviços ambientais, cujo mercado não sinaliza a escassez; surgindo então o conceito de externalidade.

As externalidades são as falhas de mercado que alcançam grande importância no estudo dos recursos naturais e na economia ambiental. Desta forma se reconhece que o mercado pode não funcionar de modo eficiente, perfeito, ótimo, para com isso organizar a economia, apresentando falhas (BAGNOLI, 2008).

Externalidades são “falhas de mercado nas quais efeitos de determinada atividade atingem terceiros (externos) nela não envolvidos” (DERANI, 2007, p.57).

Dentro de um processo produtivo as externalidades ambientais surgem no momento em que o setor produtivo se utiliza do meio ambiente e seus recursos de forma gratuita. O setor produtivo deveria pagar pelo uso dos bens ambientais ou mesmo pela poluição destes recursos naturais; entretanto, a inexistência de meios legais para a cobrança ou punição, faz com que os recursos naturais sejam utilizados, muitas vezes, de forma indevida e irresponsável.

Motta (1997) defende que a utilização dos bens ambientais deve gerar uma contribuição e um bem estar social:

Bens públicos e externalidades: na qual analisam se as imperfeições do mercado em definir apropriadamente os direitos de propriedade que determinam o padrão de uso e distribuição dos recursos e sua contribuição para o bem estar social (MOTTA, 1997, p. 197).

Com estas avaliações percebe-se que a utilização das águas e do ar atmosférico por uma indústria, por exemplo, pode gerar externalidades negativas. A indústria não tem custo por liberar fumaça e poluir o ar e não paga também por despejar dejetos nas águas dos rios. Tais comportamentos podem ocasionar mortandade de peixes, ou chuvas ácidas, que são externalidades negativas à produção e que devem ser consideradas quando se pensa em preservação ambiental.

As externalidades podem ser positivas ou negativas. As externalidades positivas são consideradas benéficas e se consubstanciam na atuação de um agente, que externaliza benefícios para terceiros sem que esses paguem pelos benefícios recebidos, podendo se citar como exemplo a geração de empregos e maior circulação de recursos econômicos em uma localidade onde se instala uma fábrica. Já externalidades negativas ocorrem quando as decisões de produção e de consumo afetam a disponibilidade dos serviços e reduzem o bem-estar ou a produção de outros. A mesma fábrica sobredita, por exemplo, polui o rio local por falta de legislação ambiental que a proíba de agir assim.

As externalidades não estão relacionadas a um comportamento bondoso ou malicioso das empresas que geram estes efeitos, mas por vezes é fruto de uma dificuldade de se policiar o uso de recursos. Ademais, as externalidades são involuntárias, ou seja, não são previamente planejadas. A poluição atmosférica do exemplo acima é um caso; trata-se de uma consequência da atividade industrial desenvolvida, que ocasiona efeitos nocivos a terceiros.

Observando-se por outro ângulo é possível se dizer que ocorre um enriquecimento do empreendedor à custa de um efeito negativo suportado pela sociedade, já que no custo deste

produto não se incluiu o desgaste suportado pela sociedade. Pode-se dizer que ocorre uma privatização de lucros (empresa) e socialização de perdas (sociedade).

“Neste sentido, o papel do Estado e a participação social são de fundamental importância para que haja a internalização dos custos pelas empresas e o desenvolvimento econômico de forma sustentável” (ROLIM et al., 2014, p. 63-67).

Não obstante, o debate sobre o real papel do Estado tem se estendido pela análise econômica do Direito. Tal debate pode ser resumido pelas visões de Pigou (1920) e Coase (1960).

Na teoria econômica Pigou (1920, p. 20-22) “defende que o Estado deveria intervir definindo uma tributação que compensasse a externalidade negativa e garantisse o bem estar social.” O Estado deveria agir de forma repressiva, por meio da tributação e responsabilização, mas deveria também estimular a redução das externalidades por meio de incentivos.

O referido autor trabalha com o conceito de custo marginal; assim, deveria ser mensurada a diferença entre o custo marginal privado e social.

Pigou (1920) utiliza o exemplo de uma fábrica, nesta atividade poluidora garante o lucro a um grupo de empresários, mas há externalidades negativas à sociedade. Assim, as mercadorias produzidas por estas empresas deveriam ser tributadas, elevando os preços para compensar a sociedade.

Com elevação da tributação e correspondente elevação do preço ocorreria queda na demanda. Caberia às empresas buscarem formas diferentes de produzir para que não fossem taxadas. Importante observar que neste processo há necessidade de um conhecimento pleno por parte do Estado sobre as atividades realizadas pelas empresas.

Por outro lado, Ronald Coase (1960) entende que as externalidades devem ser analisadas de forma bilateral. Devendo ser a regra na solução dos problemas a adoção pela opção que causasse menor prejuízo, devendo haver uma negociação entre as partes, e não a intervenção estatal direta.

O mercado se autorregularia, quando não houvesse a autoregulação em função dos custos de transação o Estado interferiria.

Importante destacar que é necessário que as externalidades negativas passem a ser computadas no custo de produção, ou seja, o custo social da externalidade deve ser levado em conta pelo agente na decisão de produção, bem como deve ser computada e utilizada como forma de responsabilizar os geradores dessas externalidades pelos danos ao meio ambiente.

Externalidades negativas devem ser internalizadas, ou seja, seu custo deve ser pago por quem as produz e não podem gerar consequências para terceiros; atividades potencialmente poluidoras devem internalizar para o empreendedor a responsabilidade pelas externalidades negativas.

Cabe ao produtor fomentar as práticas necessárias à diminuição, eliminação ou neutralização do dano ambiental e não à sociedade continuar arcando com os custos negativos dessa poluição.

Padilha (2010) ao se referir às falhas do mercado econômico apresenta que as externalidades negativas deveriam ser suportadas, pelo empreendedor, como consequência do princípio do poluidor pagador e não pela sociedade, que está alheia a este processo econômico.

A produção de resíduos é decorrência das falhas do mercado econômico. Tais falhas são denominadas “externalidades”, pois geram prejuízos suportados por terceiros, alheios ao processo econômico, em decorrência do uso de determinados recursos naturais. Nesse sentido, o objetivo do princípio do poluidor pagador significa promover a “internalização” do custo ambiental, transformando a externalidade negativa, ou o custo social, num custo privado, pois não é possível admitir-se a socialização do prejuízo e a privatização dos lucros (PADILHA, 2010, p. 257).

As externalidades negativas em matéria ambiental são danos gerados a terceiros e que precisam ser contabilizados para que seja possível se cumprir o princípio ambiental da reparação integral. A relação entre as externalidades negativas e este princípio ocorre quando se observa que externalidades negativas são causadoras de danos ambientais, que não sendo contabilizados ou suportados por seus geradores criam uma desproporção e imputam à sociedade sofrer estes danos, os quais deveriam ser suportados por aquele que se beneficia da atividade ambientalmente impactante.

Isso contraria o princípio da reparação integral do dano ambiental o qual dispõe que todo o dano ambiental deve ser suportado por quem o ocasionou e reparado, exigindo que a reparação seja integral.

Como visto até agora, a doutrina vem reiterando o entendimento da necessidade de ser sedimentada a nova ordem econômica social, criando novos paradigmas empresariais quanto à geração de externalidades ambientais, situação está presente na Constituição Federal em seu artigo 170, em que se pode constatar ter ocorrido sensível preocupação do legislador constitucional com os três pilares básicos do desenvolvimento sustentável que são: a) eficiência econômica; b) justiça social e c) preservação do meio ambiente.

Assim, as atividades de produção devem passar a entronizar essa nova visão de desenvolvimento econômico, em que os lucros da atividade empresarial devem ser balizados e computar também o uso de recursos naturais, verificando-se as perdas geradas por degradação ou exaustão de recursos naturais, fatores que precisam ser contabilizados, ou seja, a empresa deve deixar de externalizar os danos para a sociedade e o meio ambiente, internalizando-se estes à atividade empresarial.

Por isso, é importante que o governo atue para regular e fiscalizar a ocorrências das externalidades ambientais, introduzindo custos dela no sistema de preços ou criando mecanismos para sua redução.

O surgimento da legislação ambiental e a necessidade das empresas em cumpri-las é um fator que veio corroborar com estas necessidades do meio ambiente e faz com que o custo ambiental seja inserido nas atividades empresariais; assim, para se adaptar às normas ambientais e a nova exigência de sociedade, que hoje clama por empresas ambientalmente responsáveis, paulatinamente as empresas vêm realizando este processo de internalização de externalidades negativas.

A Constituição de 1988 tem papel fundamental nesta mudança de paradigmas empresariais, porque é por meio dela que se efetivou a nova visão econômica buscada pelo legislador constituinte. A empresa hoje deve pautar seu alicerce na sustentabilidade; o desenvolvimento econômico deve inserir em seus custos operacionais as externalidades ambientais negativas e fomentar as positivas, isto porque é o único meio da empresa cumprir sua responsabilidade social ambiental. Tal objetivo necessita de políticas públicas eficientes e fiscalização pontual, para que se cumpram os pilares do desenvolvimento sustentável, capazes de promover a preservação e recuperação dos recursos naturais.

### **3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE**

Se faz de fundamental importância a discussão sobre o desenvolvimento, uma vez que seu conceito pressupõe uma melhoria da condição de vida da população como um todo, pressupõe a existência de desenvolvimento social.

A ideia de desenvolvimento surge em um contexto histórico como uma necessidade de mudança de paradigma para se reparar as desigualdades sociais que podem ser

observadas desde as épocas das antigas, em que existiam as nações metropolitanas e periferia colonial, situação semelhante que persiste até hoje, que se verifica a discrepância entre as minorias ricas e a maioria ainda exausta e atrasada de trabalhadores pobres. O desenvolvimento é o termo empregado como a promessa de uma modernidade inclusiva, com mudanças estruturais neste sistema (SACHS, 2008, p. 38).

Desde Aristóteles economia e ética caminhavam interligadas por duas questões de fundo relativas ao problema da motivação humana e avaliação das conquistas sociais, mas as questões logísticas da economia fizeram com que, ao longo do tempo a questão de lucros fosse preponderante e a ética ficasse esquecida. Atualmente, a reaproximação de ambas, economia e ética, aliadas à política (SEN, 2010) é fundamental para realizar o efetivo anseio do desenvolvimento com redução de desigualdades sociais; qual seja, o desenvolvimento sustentável.

Assim, o crescimento acelerado da economia que se verifica na era moderna não pode ser confundido com desenvolvimento, na medida em que não propicie o aumento de empregos, não seja capaz de reduzir a pobreza e nem atenuar desigualdades sociais. É preciso que ocorra equidade em termos operacionais, de forma a tornar mais inclusiva a participação dos mais fracos no sistema. O conceito de desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade ambiental passa a integrar a dimensão do desenvolvimento e sustentabilidade social e neste campo, as externalidades negativas ambientais da produção não podem ser esquecidas como parte do custo operacional de produção.

O desenvolvimento só ocorre quando há uma redistribuição dos frutos do crescimento econômico e isto se dá de forma sustentada (SUNKEL, 2001).

No relatório denominado “Nosso Futuro Comum” desenvolvido pela Comissão de Brundtland ocorrida no processo preparatório para a Conferência das Nações Unidas – também chamada de Rio 92 surgiu efetivamente o termo desenvolvimento sustentável. Neste relatório está inserida uma das definições mais difundidas do conceito de desenvolvimento sustentável: “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades” (COMISSÃO MUNDIAL..., 1988, p. 46).

O relatório Brundtland faz muito mais do que estabelecer o conceito de desenvolvimento sustentável, ele considera que as políticas ambientais e de desenvolvimento para cumprirem os requisitos da sustentabilidade devem incluir a preservação da paz, o crescimento, mas alterando a qualidade deste, bem como remediando os problemas da pobreza e satisfazendo necessidades sociais, abordando os problemas do crescimento populacional e de conservação e reforço da base de recursos naturais, reorientando a tecnologia e gerindo os riscos; assim, reconhece que é necessária a fusão do ambiente e da economia, alicerçados pelas bases governamentais na tomada de decisões.

O conceito de desenvolvimento sustentável deve assim atender a um duplo imperativo ético que integra a geração atual com as futuras gerações, obrigando-nos a trabalhar com noções diversas daquelas relacionadas com a economia tradicional, que observa somente o lucro como objetivo precípua. Reconhece-se que é preciso buscar soluções que eliminem o crescimento selvagem obtido ao custo de elevadas externalidades negativas e exige estratégias para propiciar um crescimento benéfico tanto do ponto de vista social como ambiental.

Paffarini, et al. (2017) observa que hoje o conceito de desenvolvimento está totalmente integrado à questão da sustentabilidade, apresentando a impossibilidade de haver crescimento econômico em longo prazo sem progresso social e sem cuidado com o meio ambiente.

Sachs vai além do já dito neste trabalho e ao estudar o tema, propõe cinco pilares para se alcançar o desenvolvimento sustentável:

- a) Social, fundamental por motivos tanto intrínsecos quanto instrumentais, por causa da perspectiva de disrupção social que paira de forma ameaçadora sobre muitos lugares problemáticos do nosso planeta;
- b) Ambiental, com as suas duas dimensões (os sistemas de sustentação da vida como provedores de recursos e como “recipientes” para a disposição de resíduos);
- c) Territorial, relacionado à distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades;
- d) Econômico, sendo a viabilidade econômica a *conditio sine qua non* para que as coisas aconteçam;
- e) Político, a governança democrática é um valor fundante e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem; a liberdade faz toda a diferença (SACHS, 2008, p. 15).

Os requisitos supra, demonstram uma necessária mudança de paradigma em relação ao modo pelo qual ocorre a exploração econômica dos bens em relação à sociedade para que os objetivos que derivam do conceito de desenvolvimento sustentável e que estão relacionados com o processo de crescimento econômico e tecnológico permitam a conservação dos recursos naturais e estabeleçam o uso racionalizado destes nas atividades produtivas, inserindo assim, definitivamente a empresa como parte integrante deste sistema, responsabilizando-a efetivamente pelas externalidades ambientais que gera.

Entre os objetivos do desenvolvimento sustentável estão: - crescimento renovável; - mudança de qualidade do crescimento; - satisfação das necessidades essenciais por emprego, água, energia, alimento e saneamento básico; - garantia de um nível sustentável da população; - conservação e proteção da base de recursos; - reorientação da tecnologia e do gerenciamento de risco; - reorientação das relações econômicas internacionais (BARBOSA, 2008).

A empresa hoje, aliada a políticas públicas eficientes e norteadoras, desempenha papel indispensável no tema desenvolvimento sustentável. Assim, deve fazer parte da estratégia do desenvolvimento empresarial urbano a busca por alternativas sustentáveis e que esquadrinhem qualidade de vida para a dinâmica urbana, consolidando uma referência para o processo de planejamento urbano alicerçado no conceito de sustentabilidade ambiental.

Neste sentido, em sua obra Ferreira afirma que

[...] o padrão de produção e consumo que caracteriza o atual estilo de desenvolvimento tende a consolidar-se no espaço das cidades e estas se tornam cada vez mais o foco principal na definição de estratégias e políticas de desenvolvimento (FERREIRA, 1998, p. 32).

Outros autores que se debruçam sobre o tema da sustentabilidade alertam para as mesmas necessidades, neste sentido apresenta-se que: - a eficiência, antagônica ao desperdício como base material do desenvolvimento, com reflexos da racionalidade econômica sobre o

[...] espaço não mercantil planetário; a escala, determinante de limites quantitativos para o crescimento econômico e suas respectivas pressões sobre os recursos ambientais; - a equidade, articuladora analítica entre princípios de justiça e ecologia; - a autossuficiência, desvinculadora de economias nacionais e sociedades tradicionais dos fluxos de mercado mundial, como estratégia apropriada para a capacidade de auto regulação comunitária das condições de reprodução da base material do desenvolvimento; a ética, evidenciadora das interações da base material do desenvolvimento com as condições de continuidade da vida do planeta. (ACSELRAD; LEROY, 1999, p. 39).

Pode se verificar que o discurso sobre a necessidade de se atentar para o desenvolvimento sustentável é recorrente entre os doutrinadores, resgatando com este discurso que deve ser implantado na prática, a visão ética que a economia perdeu quando se focou somente nos lucros, sem se preocupar com os danos ambientais, passando a propiciar um desenvolvimento econômico de longo prazo e eficiente.

O Brasil, no cenário ambiental, tardou em mostrar preocupação com a necessidade de se educar a população, principalmente aquela que se dedica à área empresarial, no sentido de preservação do meio ambiente, como única forma de perpetuar a sobrevivência, sendo que, ainda hoje se apresenta carente de educação e consciência sobre preservação ambiental.

No entanto, é preciso se impulsionar por meio de políticas públicas ambientais eficientes esse novo empresariado, que seja consciente das suas responsabilidades pelas externalidades que gera ao meio ambiente, criando uma nova equação que permita com ações equilibradas entre desenvolvimento empresarial, lucro, meio ambiente saudável e desenvolvimento social, implementar de modo escorreito as exigências do modelo econômico descrito na Constituição Federal, notadamente o artigo 170, fazendo com que a ordem econômica brasileira atinja o pleno desenvolvimento e a pretendida justiça social. Assim, no tópico a seguir discute-se a questão das externalidades e a responsabilidade social das empresas.

#### **4 A EMPRESA – RESPONSABILIDADE SOCIAL E EXTERNALIDADES**

Atribuir uma definição para função social da empresa não é tarefa fácil. Ocorre muita confusão com relação ao tema e não são raros os casos em que se confunde a responsabilidade social com “ação social”. Estes termos, no entanto, são distintos e a ação social está relacionada a projetos sociais ou ações sociais, como doações que a empresa, assim como o indivíduo, pode fazer, em benefício de algum projeto social ou grupo de pessoas necessitadas. Outrossim, a responsabilidade social da empresa está diretamente relacionada a ações efetivas da empresa com um grupo maior de pessoas e bens, que engloba consumidores, fornecedores, empregados, meio ambiente, com a finalidade de permitir o desenvolvimento econômico, o crescimento da empresa, sem deixar de se responsabilizar pelo meio ambiente e as desigualdades sociais.

Neste sentido, Oliveira (2008) explicita em sua obra o modelo de empresa socialmente responsável estabelecido por Davis e Blomstrom:

Por exemplo, um dos modelos mais simples é o proposto por Davis e Blomstrom. Nele, as responsabilidades se expandem desde um círculo interior que trata de aspectos técnicos e econômicos, para englobar as responsabilidades trabalhistas e ambientais ligadas diretamente às atividades da empresa, até finalmente buscar o engajamento com aspectos fora das atividades da empresa, como pobreza e desigualdades sociais. A empresa e os gestores, à medida que buscam maior responsabilidade socioambiental, teriam, então, de arcar com uma gama crescente de preocupações além daquelas técnico-econômicas (OLIVEIRA, 2008, p. 71).

Não há na literatura uma conceituação uníssona sobre o tema da responsabilidade social da empresa e por tal razão o entendimento dele passa por várias vertentes, tais como considerar socialmente responsável a empresa que cumpre todas as determinações legais, consegue atender aos anseios dos grupos com que se relaciona interna e externamente, respeita o meio ambiente e ainda se insere em projetos sociais. Ao que parece, a somatória de todos os elementos indicados é o que define o comportamento de responsabilidade social desejável por parte de uma empresa no atual cenário político e econômico.

O meio ambiente e sua preservação devem ser, dentro de todo este contexto, uma grande preocupação a se analisar, isto porque diretamente é afetado pelas atividades tecnológicas e industriais do ser humano e nem sempre ocorre uma análise econômica dos custos que esta intervenção gera, com isso surgem as externalidades negativas.

Deste os primórdios o homem passou a degradar o meio ambiente como mecanismo de produção extrativa para atender a suas necessidades vitais de sobrevivência e crescimento, sem inserir nos custos operacionais da exploração de recursos naturais, até mesmo porque, de início acreditava que tais recursos seriam infinita e automaticamente repostos; atualmente, tal conceito não mais se sustenta e, no entanto, a humanidade continua explorando o meio ambiente e o faz para garantir prazeres e obter bens supérfluos, que em boa parte dos casos não guardam relação com necessidades e nem são indispensáveis à sobrevivência.

Se nos primórdios da humanidade o meio ambiente servia para manutenção da vida humana, hoje é preciso reconhecer que a preservação dele é ponto fundamental a evitar que ocorra a extinção da vida na Terra. Hoje os meios de produção devem voltar seus olhares para o desenvolvimento sustentável e a empresa desempenha importante função para garantir o direito à vida com dignidade, cumprindo assim, o preceito do princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido na Carta Constitucional, em seu artigo 1º, III. (GODOY, 2017, p. 27-28).

A empresa não pode mais atuar sem observar os preceitos constitucionais que lhe são impostos pela nova ordem econômica, insertos no artigo 170 da Constituição, e nem mesmo deixar de priorizar o princípio da dignidade da pessoa humana; sendo que somente uma atuação empresarial que se coadune com a função social da empresa na busca do desenvolvimento sustentável é capaz de atingir esses objetivos.

Por certo exerce função social a empresa que dispõe dos recursos naturais de forma adequada e reduz ao mínimo o impacto de suas atividades no meio ambiente; para isso ela deve estar atenta às externalidades que ocasiona e quando estas forem negativas, deve atuar para reparar os danos e recuperar o meio ambiente. A gestão das empresas atualmente não pode mais ocorrer, sem levar em consideração o cumprimento da responsabilidade socioambiental que ela possui frente ao desafio de se preservar o meio ambiente para as futuras gerações, o que passa necessariamente pelo controle das externalidades negativas de forma eficiente.

A gestão responsável de uma empresa, do ponto de vista ambiental, é definida pela relação ética e transparente que ela mantém com todos os públicos com os quais se relaciona, e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais, recuperando os lesados e investindo em tecnologias para reduzir impactos a bens ambientais.

Não se pode negligenciar também a noção da realidade social e a necessidade de se atingir o desenvolvimento sustentável, inclusive reduzindo desigualdades sociais; entretanto, este é um processo de aprendizagem social de longo prazo, que deve ser orientado e direcionado por políticas públicas eficientes que tenham por escopo um plano de desenvolvimento nacional.

Assim, não se pode exigir somente das empresas que desempenhem sozinha este papel, mas ele demanda uma pluralidade de atores sociais e ainda é necessário se considerar que interesses outros, presentes na sociedade, são colocados como um entrave em matéria de políticas públicas para o desenvolvimento sustentável (BEZERRA; BURSZTYN, 2000, p. 45).

Em todo este complexo contexto, o lucro é e continuará sendo um dos pilares de sustentação para as empresas se mantenham no mercado. No entanto, ao se observar os indicadores de uma boa gestão empresarial contábil, o que se pode perceber é que as empresas que adotaram a cultura da ecoeficiência demonstram a perfeita compatibilidade entre

lucratividade e sustentabilidade e manejam de forma responsável suas externalidades. Criar mecanismos para reaproveitar matérias-primas, promover o reuso da água e racionalizar energia, reduz o impacto do processo produtivo no meio ambiente e aumenta a competitividade do produto no mercado, tanto do ponto de vista tangível como do intangível. Inicia-se, inclusive, um processo de conscientização do consumidor quanto à preferência a produtos ecologicamente responsáveis.

Carvalhosa (1997), ao comentar a Lei das Sociedades Anônimas, acenava com a necessidade da empresa aliar como seus objetivos, a exploração econômica e a preservação do meio ambiente, incluindo assim, como uma das funções sociais da empresa, o dever de preservar o meio ambiente, bem antes do surgimento oficial do conceito de desenvolvimento sustentável ou da nova ordem constitucional que recepcionou o meio ambiente como um direito indissociável ao ser humano

E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua. O compromisso com a preservação da natureza transcende, outrossim, os aspectos meramente comunitários, para se colocar num plano universal. A produção de elementos nocivos não só ao homem, como também à fauna e a flora, constitui dano de igual importância. (CARVALHOSA, 1997, p. 238)

Verifica-se que passados 20 anos deste precioso conceito, a empresa ainda está aprendendo a se enquadrar no conceito de desenvolvimento sustentável, que vem acontecendo como uma revolução silenciosa.

Como ocorre em qualquer processo revolucionário, há uma ruptura de ações e de conceitos; o lucro, sob a ótica da sustentabilidade, deve ser objetivado de uma maneira mais ampla e a longo prazo. Já não se justifica mais a obtenção de lucro a qualquer preço. Empresas que mantiverem essa forma de administração, ignorando as externalidades ambientais acabarão por não se sustentar no mercado e virão a falir por teimar em não reconhecer que a manutenção dos negócios depende do respeito ao meio ambiente e seus recursos.

Neste momento, é importante apresentar o conceito descrito por Sachs (1993) no que se refere a meio ambiente e sustentabilidade como:

Sustentabilidade ecológica – refere-se à base física do processo de crescimento e tem como objetivo a manutenção de estoques dos recursos naturais, incorporados as atividades produtivas. Sustentabilidade ambiental – refere-se à manutenção da capacidade de sustentação dos ecossistemas, o que implica a capacidade de absorção e recomposição dos ecossistemas em face das agressões antrópicas. Sustentabilidade social – refere-se ao desenvolvimento e tem por objetivo a melhoria da qualidade de vida da população. Para o caso de países com problemas de desigualdade e de inclusão social, implica a adoção de políticas distributivas e a universalização de atendimento a questões como saúde, educação, habitação e seguridade social. Sustentabilidade política – refere-se ao processo de construção da cidadania para garantir a incorporação plena dos indivíduos ao processo de desenvolvimento. Sustentabilidade econômica – refere-se a uma gestão eficiente dos recursos em geral e caracteriza-se pela regularidade de fluxos do investimento público e privado. Implica a avaliação da eficiência por processos macro sociais (SACHS, 1993, p. 27).

A literatura reconhece que se está diante de um grande desafio quando se fala em desenvolvimento sustentável e que ele é um norte para o século XXI, diante da era da globalização, que não pode ser esquecida neste processo. Neste sentido, Veiga (2003) afirma que o conceito de desenvolvimento sustentável é uma utopia para o século XXI, apesar de

defender a necessidade de se buscar um novo paradigma científico capaz de substituir os paradigmas do “globalismo”.

O desenvolvimento sustentável deve ser um resultado da equação de desenvolvimento social, econômico e da preservação ambiental, conjuntamente, o que demonstra que a empresa, neste contexto, não pode mais ser observada somente pelo interesse econômico de seus sócios no lucro, mas deve observar as externalidades ambientais negativas e equilibrar este processo, internalizando e equilibrando essa equação com o lucro pretendido.

Importante análise é feita por Tombs e Whyte (2016) ao observarem que as corporações agem de forma a gerarem danos sociais, cometem crimes contra consumidores, contra trabalhadores e contra o meio ambiente:

La historia de la corporación es la historia de sus *crímenes*, una historia muy anterior a la industria del automóvil moderno. Es, de hecho, más antigua que cualquiera de las industrias modernas. La corporación fue concebida como una ‘persona’ idealizada, con su propia identidad, con capacidad de poseer propiedades y reclamar ‘derechos’ hasta entonces reservados a algunas personas físicas. Es este mismo proceso el que permite atribuirle también ciertas formas de falsa racionalidad —incluida la capacidad de comportarse de modo ‘responsable’ y ‘ético’ (TOMBS; WHYTE; 2016, p. 18).

“Assim, o avanço do neoliberalismo permite um avanço no abuso do poder corporativo, para mudar o curso se faz necessário frear o poder político e econômico das corporações” (TOMBS; WHYTE, 2016, p. 55-57).

Neste sentido, é de fundamental importância discutir a regulação destas atividades empresariais e das externalidades.

## 5 REGULAÇÃO DAS EXTERNALIDADES

Como descrito anteriormente, as externalidades indicam que o agente produtor não considerou ao produzir o custo de poluir o meio ambiente, o que faz com que o agente polua inadvertidamente e transfira para o meio ambiente e a sociedade o custo ambiental de sua produção. Com as falhas de mercado, a busca pelo interesse individual fundada no mercado tende a piorar a situação da sociedade, isto é, o mercado econômico se mostra ineficiente.

A externalidade negativa em matéria ambiental implica maior poluição devido à subestimação de custos e, em consequência, viabiliza a permanência no setor econômico de agentes de produção inviáveis e que demonstram despreocupação com a responsabilidade ambiental.

A falha de mercado, em casos semelhantes, é supedâneo para o interesse do Estado intervir criando mecanismos de correção da externalidade, defendendo, assim, o bem estar social; geralmente, o faz por meio da regulação, sendo comum a criação de instrumentos como a incidência de imposto ou mesmo a fixação de limites polutivos, para tentar conter este processo danoso, utilizando-se da regulação para tanto.

Teoria da Regulação, brevemente se explicando, se consubstancia em uma tentativa de obter respostas para algumas das questões centrais do pensamento social e econômico, quais sejam: a coesão social, crise e crescimento econômico. Os regulacionistas que são os estudiosos desta doutrina, entendem que o estudo de tais questões passa pelo conceito de modo de regulação, que possibilita estabelecer a mediação entre a macroestrutura do regime de acumulação e os comportamentos dos indivíduos.

No contexto proposto, a Teoria da Regulação propõe mais alguns conceitos básicos, com a finalidade de ser confrontada com o mundo real.

Inicialmente, tem-se que a definição de regulação conduz diretamente ao conceito de modo de regulação, o qual pode ser compreendido como sendo o conjunto de procedimentos e de comportamentos individuais e coletivos, que possuem, de acordo com Nascimento (1993) três premissas básicas: i) reproduzir as relações sociais fundamentais através de um conjunto de formas institucionais determinadas; ii) sustentar e dirigir o regime de acumulação, conceito este que será definido logo a seguir; iii) assegurar a compatibilidade dinâmica de um conjunto de decisões descentralizadas.

Desta forma, para a Escola da Regulação, o conjunto de procedimentos e comportamentos efetivos gerados a partir do modo de regulação possibilita o ajuste entre as decisões dos agentes econômicos, múltiplos e descentralizados, cuja racionalidade é limitada.

No que concerne ao neoclassicismo, o que se verifica é a substituição de um equilíbrio estático, por uma análise dos processos dinâmicos de solução dos desequilíbrios que a acumulação gera permanentemente.

Por fim, a racionalidade dos agentes às informações e a capacidade dos mesmos em adotar uma racionalidade localizada é restringida e os mercados são inseridos em uma série de dispositivos institucionais que socializam tanto a informação quanto os comportamentos.

Partindo-se desta última premissa, abre-se a possibilidade de que o modo de regulação diferencie significativamente tendo em vista a época e o lugar em que seja aplicado, não refletindo apenas a projeção de um mesmo modelo de equilíbrio geral, uma vez que as imperfeições são introduzidas pelas “especificidades nacionais” (PETIT; AMABLE, 1998, p. 62).

Assim, na esfera da Teoria da Regulação, períodos de crescimento são compreendidos como etapas marcadas por regimes e acumulação que permitem a concordância entre as normas de produção e consumo, propiciando acumulação de capital.

Entretanto, em situações que o regime de acumulação não se sustenta mais sozinho, são necessárias normas institucionalizadas que o assegurem. Neste momento a articulação de tais formas parciais de regulação, tais como a relação salarial, a gestão da moeda, a intervenção do estado, entre outras, são os mecanismos que possibilitam a permanência e a continuidade do regime de acumulação.

A teoria da regulação, sob a ótica estatal, compreende o objetivo de estudar a atividade econômica e como se dá a intervenção do Estado, seja pelo serviço público ou pelo exercício do poder de polícia. O Estado regula a atividade seja impondo preços e quantidades produzidas, como estabelecendo regras (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 21).

Na visão do referido autor a regulação pressupõe uma redução da intervenção direta do Estado na economia. Na escola neoclássica a regulação serviria como substituta do mercado, como discutido anteriormente, para Coase (1960), isto deveria ocorrer no mercado, havendo a participação do Estado quando o mesmo não conseguisse uma regulação bilateral.

Sob o enfoque adotado no presente estudo a regulação, qual seja, a regulação estatal para as falhas de mercado, percebe-se que ela deve atuar como um instrumento eficiente a permitir que se mantenha a livre concorrência de produtos e serviços, focando um conjunto de análises que tenham por objetivo evitar as falhas de mercado e atender o interesse público, sem perder de vista aos bens maiores que devem ser protegidos neste contexto.

No mesmo sentido as palavras de Bagnoli (2008, p. 83) sobre a regulação:

As acepções do termo regulação referem-se às normas de organização da atividade econômica pelo Estado, tanto pela concessão de serviços públicos quanto pelo poder de

polícia. Especificamente no campo econômico, diz respeito à redução da intervenção direta do Estado e à concentração econômica.

Regular externalidades tem como objetivo internalizar e reduzir o impacto não precificado, isto porque a premissa de que o preço do produto não reflete seu verdadeiro custo para a sociedade, ultrapassa questões monetárias e atinge o meio ambiente e bem estar social, demonstrando a necessidade da regulação.

A regulação pode tanto se destinar as externalidades positivas, gerando incentivos ao empreendedor, como pode se destinar a regular as externalidades negativas, visando eliminar danos sociais e ambientais, evitando que empresas se beneficiem e tenham lucros indevidos, por trabalharem irregularmente, sem respeito ambiental.

Krugman e Wells pontuam os mecanismos de governança que devem observar a regulação das externalidades

(i) ao analisar os efeitos colaterais – as externalidades causadas aos terceiros – o governo pode impor um controle direto levando o mercado rumo à quantidade correta de efeitos colaterais de maneira direta;

(ii) ao analisar a atividade original, e não seus efeitos, o governo pode aplicar políticas que afetam a atividade original, alcançando indiretamente a quantidade correta de efeitos colaterais (KRUGMAN; WELLS, 2007, p. 430).

As políticas públicas devem levar as empresas a focar sua produção tendo em vista o interesse social e não apenas o interesse dos sócios ou acionistas. O caminho para se atingir o que se denomina por ótimo social, em que há externalidades, é fazer com que as empresas foquem no custo marginal social e não no custo marginal privado somente (COOTER, 2010).

A regulamentação das atividades empresariais, por parte do Estado, é a melhor forma para delinear estas situações, já que com ela surge uma série de regramentos jurídicos provenientes dos órgãos governamentais competentes e que interferem no modo de produção e, portanto, na eficiência das empresas, afetando o mercado; ou seja, mudando paradigmas operacionais.

No Brasil, com o estabelecimento do Estado neoliberal e do processo de globalização, as privatizações e concessões de serviços públicos, durante a década de 90, geraram uma diminuição da atuação estatal, fortalecendo a iniciativa privada; houve uma grande transformação no modelo de administração pública e surgiram as denominadas agências reguladoras, trazidas a nosso texto Constitucional por meio das emendas número 8 e 9, de 1995. São elas autarquias especiais vinculadas à administração pública indireta, com a finalidade de regular setores de mercado para garantia de direitos e do próprio funcionamento do mercado e atuam nesta regulação de natureza ambiental. Estes órgãos detém autonomia funcional e poder regulamentar sobre o setor de sua competência.

Quando se trata de regulação, Salomão Filho alerta para a necessidade de se reconhecer que convivem aspectos econômicos e sociais, sendo também importante se perceber que, por vezes, um prepondera sobre o outro, dependendo da natureza do setor regulado (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 21).

No que tange à atividades econômicas que tenham ingerência sobre o meio ambiente a regulamentação deve servir de defesa do meio ambiente; e, aqui, prepondera o interesse social.

A sociedade brasileira vem, gradativamente, evoluindo de uma visão da degradação ambiental como um mal necessário, para, com o conhecimento da finitude de recursos naturais,

reconhecer que o uso inadequado do meio ambiente é sempre prejudicial à manutenção da vida humana.

Neste contexto, se vislumbra que prepondera o interesse social da regulação deste setor e a sociedade atua como importante fator a ser considerado, paralelamente aos interesses das empresas, na pressão política sobre as instituições legisladoras para que regulem o mercado e contenham externalidades negativas sobre o meio ambiente.

Por derradeiro, no que tange à regulação, é preciso de toda forma evitar o denominado colapso regulatório, que ocorre quando a regulamentação proposta se mostra ineficiente para resolver os problemas para a qual se destina, ou também em casos em que acaba por gerar problemas não intencionais na eficiência dos agentes.

Evitar que ocorra o colapso regulatório exige que o agente regulador tenha independência, recursos materiais para atuar e indispensável qualificação técnica. Assim, nos países menos desenvolvidos a regulamentação contrária aos interesses de grupos políticos importantes tem grande chance de incorrer no colapso regulatório, colocando em dúvidas a garantia ao direito e efetividade do procedimento. (SANTANA, 1995, p. 85).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto percebe-se que a visão de desenvolvimento econômico de uma empresa focada somente no lucro do empreendedor mudou em razão da necessidade premente de se resguardar os recursos ambientais finitos.

As atividades empresariais não podem mais se subsumir à exploração de recursos naturais sem analisar as externalidades negativas que este comportamento gera e que afetam o meio ambiente e a sociedades; assim não basta mais um viés somente de crescimento econômico.

O lucro, objetivo que impulsiona a economia, é o motivo fundamental que leva à criação de empresas, deve ser analisado com as devidas reservas que todo o contexto sócio-político-ambiental exige.

A visão da prática do lucro sem inserir custos ambientais, atualmente, não satisfaz as necessidades e custos sociais de impactação e escassez de recursos ambientais. Obter lucros, sem internalizar os custos das externalidades ambientais negativas, é transferir para a sociedade um alto preço de má qualidade de vida e mitigação do desenvolvimento social; fórmula esta que não se adequa à realidade atual.

A empresa hoje é vista em âmbito mais amplo, tendo-se em consideração o modo como ela interage no mercado, com seus funcionários, consumidores, comunidade onde se instala e o modo como trata o meio ambiente e o impacto que nele gera.

A intervenção do Estado regulando as externalidades geradas pelos impactos ambientais, por meio de políticas públicas legislativas que determinam responsabilidades, exerce papel fundamental neste cenário.

Assim, se por um lado a Constituição Federal prevê a livre iniciativa, de outra sorte determina que esta deva cumprir a função de permitir o desenvolvimento econômico e social, reduzindo desigualdades e preservando o meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

Em todo este arcabouço de normas, a empresa deve se inserir e cumprir também sua função social ambiental, não só promovendo lucros a seus sócios, mas atuando diretamente na redução de externalidades negativas ao meio ambiente, promovendo a sua preservação.

O desafio de criar uma nova ordem econômica baseada na livre indicativa, mas com um Estado Mínimo, é árdua tarefa a se concretizar à empresa neste contexto, cabe o papel de adequar seus interesses de obtenção de lucro às necessidades sociais do mercado trabalhador, consumidor e, fundamentalmente a necessidade de preservação e recuperação ambiental, já que sem o meio ambiente, não haverá futuro.

A visão ampliada da juridicidade ambiental é fator determinante diante do Estado regulador, porque permite a ele conter as discrepâncias da aplicação do princípio da livre iniciativa em face ao meio ambiente.

Deve-se destacar também outro benefício que é a proeminência e preeminência das normas de caráter ambiental, que vinculam o ordenamento jurídico e servem para orientar as decisões neste setor. Com isso, a regulação dos preceitos legais, tomando-se por base a juridicidade ambiental, permite que as agências reguladoras, criadas com o fito de regular setores de mercado garantindo seu próprio funcionamento, atuem no sentido de preservação ambiental, estabelecendo mecanismos para internalizar as externalidades negativas geradas, com isso concretizando o direito ao meio ambiente equilibrado, previsto no art. 225 e 170 da Constituição Federal.

É necessário que os princípios ecológicos sejam observados como alicerces para a formulação de políticas econômicas eficientes, integrando a participação de governos com a sociedade, no afã de se criar meios de produção mais eficientes. Exige-se um novo olhar sobre o sistema econômico para que ele considere efetivamente as externalidades causadas nas atividades de produção e consumo sobre o meio ambiente.

Em um mundo em que é imperioso se reconhecer que os recursos naturais são finitos, a integração do desenvolvimento econômico com a devida análise das externalidades negativas que a atividade empresarial pode ocasionar ao meio ambiente é fulcral a permitir que a empresa desenvolva suas atividades observando a sustentabilidade ambiental.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri e LEROY, Jean P. Novas premissas da sustentabilidade democrática. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 1, 1999. Disponível em: <<http://www.educacaoambiental.pro.br/victor/biblioteca/AchselradLeroyNovasPremissas.pdf>> Acesso em: 18 out. 2017.

AMABLE, B., PETIT, P. Ajustamento estrutural e política industrial: uma abordagem regulacionista. In: **Regulação Econômica e Globalização** (org.), Campinas: UNICAMP, 1998.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BARBOSA, Gisele Silva. O desafio do desenvolvimento sustentável. 4. ed. v. 1. n. 4. **Revista Visões**. Disponível em: <[http://www.fsma.edu.br/visoes/edo4/4ed\\_O\\_Desafio\\_Do\\_Developolvimento\\_Sustentavel\\_Gisele.pdf](http://www.fsma.edu.br/visoes/edo4/4ed_O_Desafio_Do_Developolvimento_Sustentavel_Gisele.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2017.

BEZERRA, M. C. L.; BURSZTYN, M. (coord.). **Ciência e Tecnologia para o desenvolvimento sustentável**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis: Consórcio CDS/ UNB/ Abipti, 2000.

BRASIL. Constituição (1988) Poder Executivo. Emenda nº 91 de 2016. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 dez. 2017.

CARVALHOSA, Modesto. LATORRACA, Nilton. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1997.

COASE, R. H. The problem of social cost. **Journal of law and economics**, Chicago, p. 1-44, out. 1960.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1988.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DERANI, Cristiane. Daniel Antônio de Aquino Neto. Hileia: **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, ano 5, n. 9. Valoração Econômica dos Bens Ambientais, UEA, 2007.

FERREIRA, Leila da Costa. **A questão ambiental: sustentabilidade e políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 1998.

GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa** -. Birigui/SP: Boreal, 2017.

KRUGMAN, Paul, WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MOTTA, Ronaldo Seroa. Manual para valoração econômica de recursos ambientais. **Terra Brasilis**. Rio de Janeiro. Set. 1997. Disponível em: <<http://www.terrabrasil.org.br/ecotecadigital/pdf/manual-para-valoracao-economica-de-recursos-ambientais.pdf>> Acesso em: 04 maio 2018.

NASCIMENTO, E. P. Notas a respeito da Escola Francesa de Regulação. In: **Revista de Economia Política**, v. 13, n. 12, abr.-jun., 1993.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental, brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PAFFARINI, Jacopo; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; HAMEL, Eduardo Henrique. A insuficiência da Responsabilidade socioambiental empresarial na perspectiva do desenvolvimento sustentável. **Direito e Desenvolvimento**. v. 8, n 2, p. 55-75, 2017.

PIGOU, A. C. **The economics of welfare**. London: Macmilan, 1920.

ROLIM, Francisco Petrônio de Oliveira; JATOBÁ, Augusto César Maurício de Oliveira; BELO, Manoel Alexandre Cavalcante. O desenvolvimento sustentável e o crescimento econômico: uma abordagem no âmbito das políticas públicas. **Direito e Desenvolvimento**. v. 5, n. 2, p. 95-110, 2014.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de Transição para do século XXI – Desenvolvimento e Meio Ambiente**. São Paulo: Studio Nobel – Fundação para o desenvolvimento administrativo, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. São Paulo. Malheiros, 2001.

SANTANA, Edvaldo Alves de. Teoria do agente-principal, regulação e performance da indústria de energia elétrica no Brasil.: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 23, 1995, Rio de Janeiro **Anais...** v. 1. Rio de Janeiro: Associação nacional dos cursos de pós-graduação em economia (ANPEC), 1995.

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

SHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. In: BRESSER-Pereira, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP, 2001. p. 173-195.

TOMBS, Steve; WHYTE, David. **La empresa Criminal: Por que las corporaciones deben ser abolidas**. Barcelona: Icaria editorial, 2016.

VEIGA, José Eli da. **Cidades Imaginárias – o Brasil é menos urbano do que se calcula**. Campinas: Unicamp, 2003.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

POLÍTICAS PÚBLICAS E OS OBJETIVOS DO  
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

MAGNO FEDERICI GOMES  
LEANDRO JOSÉ FERREIRA

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# POLÍTICAS PÚBLICAS E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

## PUBLIC POLICIES AND THE OBJECTIVES OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Recebido: 17/04/2018  
Aprovado: 01/10/2018

Magno Federici Gomes\*  
Leandro José Ferreira\*\*

**RESUMO:** O presente estudo visa trabalhar os novos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) elaborados pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2015 e as dimensões da sustentabilidade. O estudo irá abordar as dimensões da sustentabilidade que vêm sendo desenvolvidas pela doutrina no cenário nacional. O objetivo central do estudo é analisar se os ODS contemplaram todas as dimensões da sustentabilidade que vêm sendo estudadas pela doutrina. O problema que se pretende resolver é se os ODS podem influenciar positivamente na implementação de políticas públicas. Para tanto, foram utilizados, na realização desta pesquisa, o método vertente jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com técnica de pesquisa bibliográfica. Ao final da pesquisa será possível evidenciar que os ODS procuraram ao máximo permear todas as dimensões da sustentabilidade de modo a prestigiar, objetivar e consubstanciar um pleno desenvolvimento pautado na sustentabilidade e suas multidimensões, com vistas a propiciar o bem-estar duradouro para as presentes e futuras gerações. Assim, é indispensável que as políticas públicas passem a ser consideradas sustentáveis, mediante integral respeito aos ODS.

**Palavras-chave:** Sustentabilidade. Objetivos do desenvolvimento sustentável. Dimensões da sustentabilidade. Políticas públicas.

**ABSTRACT:** The present study aims to work on the new Sustainable Development Objectives (ODS) developed by the United Nations (UN) in 2015 and the dimensions of sustainability. The study will address the dimensions of sustainability that have been developed by the doctrine in the national scenario. The main objective of the study is to analyze if the ODS contemplated all the dimensions of sustainability that are being studied by the doctrine. The problem to be addressed is whether the ODS can positively influence the implementation of public policies. For this purpose, the juridical-theoretical approach and deductive reasoning with a bibliographic research technique were used in this research. At the end of the research it will be possible to show that the ODS sought to permeate all dimensions of sustainability in order to prestige, objectify and consolidate a full development based on sustainability and its multidimensions, with a view to providing a lasting well-being for the present and future generations. Thus, it is essential that public policies should be considered sustainable, with full respect for ODS.

**Keywords:** Sustainability. Sustainable development objectives. Dimensions of sustainability. Public policy.

---

\* Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. E-mail: federici@pucminas.br

\*\* Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). E-mail: leandrojfadv@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

No contexto da modernidade, um dos desafios mais urgentes da humanidade está em encontrar uma medida justa e adequada que venha possibilitar o desenvolvimento humano sem, contudo, colocar em risco a sadia qualidade do meio ambiente em prol das futuras gerações. Um justo equilíbrio ambiental precisa ser pensado e desenvolvido a favor da vida humana com dignidade e em benefício de toda a coletividade, que anseia por melhores condições ambientais.

O atual estágio de degradação ambiental coloca em risco a existência da vida humana com dignidade, quando a própria humanidade pode inviabilizar a sua existência na Terra, uma vez que já é possível notar mudanças bruscas no clima e nas quatro estações do ano, bem como já se observa a perda de vários recursos naturais, a exemplo da água que está escassa em várias regiões do planeta. A realidade leva a incontáveis malefícios à saúde causados pelas toneladas de gases tóxicos despejados diariamente na atmosfera.

Desse modo, o paradigma da depredação ambiental precisa ceder lugar há um novo modelo de desenvolvimento, voltado para o equilibrado dos recursos ambientais e da vida humana, de modo a sincronizar recursos e valores que venham a oportunizar a vida em todas as suas formas, onde o meio ambiente seja conservado para as populações atuais e futuras.

Nesse mesmo sentido e tendo em conta os vários problemas sociais e ambientais causados pela devastação do mundo, é que a Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou, no ano de 2015, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), justamente com objetivo de contrabalançar a existência digna do ser humano sem colocar em risco a qualidade do meio ambiente.

Por isso mesmo, o presente ensaio visa dedicar-se aos estudos dos ODS, elaborados pela ONU no ano de 2015, de modo a confrontá-los com as dimensões da sustentabilidade que vem sendo desenvolvidas no âmbito da doutrina nacional, com o intuito de averiguar se aqueles contemplaram as dimensões da sustentabilidade em sua integralidade. Nesse mesmo viés, o estudo irá investigar se existem políticas públicas adequadas no Brasil que venham a consubstanciar os ODS, onde tentará elucidar se eles podem influenciar positivamente na elaboração e na implementação de políticas públicas sustentáveis, tendentes a realizar maior justiça intergeracional e socioambiental em prol das presentes e futuras gerações.

A pesquisa se justifica na medida em que é imprescindível para o meio acadêmico e para a sociedade como um todo, conhecer os ODS e as dimensões da sustentabilidade, principalmente no que tange a aplicação de suas diretrizes para o aperfeiçoamento e para a conformação das políticas públicas aos seus conceitos nucleares, de modo a propiciar o desenvolvimento sustentável pautado na sustentabilidade intergeracional, comprometida com a garantia dos direitos de titularidade coletiva para as sociedades presentes e futuras.

Em síntese, o objetivo central do estudo é analisar se os ODS contemplaram todas as dimensões da sustentabilidade que vêm sendo estudadas pela doutrina. O problema que se pretende resolver é se os ODS podem influenciar positivamente na implementação de políticas públicas nacionais. Por sua vez, foram utilizados na realização deste artigo o método vertente jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica documental.

Para tanto, na primeira parte do estudo será analisado o surgimento do novo paradigma da sustentabilidade, mediante a análise de normas e doutrinas com objetivo de esclarecer o tema em toda a sua inteireza.

Após, serão estudados os conceitos e desdobramentos da dimensão social da sustentabilidade, como sendo aquela que se preocupa com a concreta implementação dos direitos fundamentais sociais, tais como direito à saúde, educação, trabalho e Previdência Social.

Em sequência, tratar-se-á de apresentar a dimensão econômica da sustentabilidade, como sendo aquela que preconiza a existência de uma gestão financeira equilibrada, agregadora e não seletiva, que esteja pautada na transparência e na responsabilidade fiscal.

Adiante, serão trabalhadas as nuances da dimensão ética da sustentabilidade, como sendo aquela que se preocupa com os pilares da solidariedade, sendo uma atitude eticamente sustentável aquela comprometida com a universalização do bem-estar duradouro e da justiça intergeracional.

Em seguida, será apresentada a dimensão ambiental da sustentabilidade. Trata-se daquela que se preocupa com a natureza e com a inteireza dos recursos naturais, no claro objetivo de permitir a existência das gerações atuais, sem prejuízo das gerações futuras, consubstanciada no direito ao ambiente limpo em todos os seus aspectos nucleares de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida.

Mais adiante, o foco estará centrado na dimensão jurídico-política da sustentabilidade. Ela objetiva a concretude dos direitos fundamentais da pessoa humana, que ecoa rumo à tutela jurídica do direito ao futuro.

No próximo capítulo, serão analisados os dezessete ODS formulados pela ONU no ano de 2015, suas nuances e suas aplicações. Além disso, seus dispêndios serão apreciados e cotejados com as dimensões da sustentabilidade.

Por fim, tentar-se-á adotar um conceito para a expressão “plexo da sustentabilidade” e o ideal de políticas públicas sustentáveis que propiciem o desenvolvimento pautado no direito ao futuro, pois o comprometimento do Estado com a concreta aplicação de políticas públicas sustentáveis, que vise a convergência dos ODS e das dimensões da sustentabilidade, é uma premissa inafastável do completo alcance do desenvolvimento sustentável no Estado Democrático de Direito.

## 2 O SURGIMENTO DO NOVO PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE

Nesse capítulo será realizada uma breve exposição do surgimento histórico do desenvolvimento sustentável, de modo a apresentar sua evolução no cenário internacional e nacional, partindo de uma conceituação adequada até desaguar no princípio-síntese de eficácia plena da sustentabilidade.

A maior preocupação com o meio ambiente se deu basicamente a partir de meados dos anos de 1970 quando a população mundial passou a observar severas modificações na qualidade do ar, da água e do solo, em razão da forte e maciça degradação ambiental bancada pelos aportes do capitalismo insaciável pela necessidade do consumo. Conforme assevera Milaré (2014): “o final da década de 60 foi o indicador de que o crescimento econômico e o processo de industrialização predatória estavam trazendo resultados desastrosos para o planeta” (MILARÉ, 2014, p. 1571).

Nesse momento, a comunidade internacional por meio da ONU, propôs uma conferência para tratar de temas relacionados à necessária preservação e proteção do meio ambiente, “a proposta foi acatada pela ONU, que, em junho de 1972, na cidade de Estocolmo, realizou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, com a participação de 113 países, 250 organizações não governamentais e organismos da ONU” (MILARÉ, 2014, p. 1571).

Essa conferência foi realizada no real momento em que se observou que, se mantido o fluxo de degradação até então vigente, os recursos naturais não seriam suficientes para suprir as demandas das gerações vindouras, conforme mencionam Rodrigues e Lumertz: “tais discussões ganharam maior notoriedade, no entanto, somente em 1972 - com a realização

da Conferência sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia [...]” (RODRIGUES; LUMERTZ, 2014, p. 110).

Nesse momento, a Conferência estava detida na preocupação com o combate à poluição em todas as suas formas, de modo a evidenciar e consubstanciar propostas capazes de melhorar a condição de vida da população mundial, por meio de políticas públicas adequadas a melhorar a qualidade do ambiente em todas as suas dimensões, como meio de conter o avanço degradador pregado e financiado pelo capitalismo exacerbado.

Evidencia-se que na Estocolmo/1972 não se utilizou a locução desenvolvimento sustentável, como afirma Machado (2016, p. 67). No entanto, a Conferência de Estocolmo aponta uma preocupação com a qualidade do meio ambiente para as gerações futuras, conforme demonstra Machado (2016): “o homem é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras (princípio 1)” (MACHADO, 2016, p. 66).

O primeiro momento histórico em que o conceito de desenvolvimento sustentável foi devidamente trabalhado e apresentado ao mundo foi no Relatório Brundtland, conforme aponta a doutrina: “o conceito de desenvolvimento sustentável foi usado pela primeira vez em 1987, no Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, criado em 1983 pela Assembléia das Nações Unidas” (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, p. 18).

Aqui, nascia o conceito de desenvolvimento sustentável cumprindo os ditames da Conferência de Estocolmo/1972. É nesse momento que a comunidade mundial passa a conceber a possibilidade de se desenvolver sem degradar de modo excessivo e insustentável o planeta, entrando em cena a preocupação com as gerações presentes e futuras.

A partir daí, como era esperado, o conceito de desenvolvimento sustentável passa a ganhar relevo no cenário internacional e atinge seu ápice na Conferência Internacional das Nações Unidas de 1992 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como ECO/92, conforme preceitua Costa (2013): “essa conferência veio reafirmar a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972 e avançar, sobretudo com o conceito de Desenvolvimento Sustentável” (COSTA, 2013, p. 34).

O objetivo da ECO/92 certamente foi reforçar e inovar o conceito de desenvolvimento sustentável, com vistas a atender a preocupação com a qualidade do ambiente para as presentes e futuras gerações. Nesse mesmo sentido, é necessário apontar o conceito de desenvolvimento sustentável apontado pela ECO/92:

Desenvolvimento sustentável é definido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a potencialidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades, podendo ainda ser empregado com o significado de melhoria da qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, p. 18).

Dez anos após a realização da ECO/92, em que foi apresentado o conceito de desenvolvimento sustentável, bem como as diretrizes desse novo postulador orientador do desenvolvimento econômico e social, com vistas à promoção da proteção ambiental, a ONU promoveu um novo encontro com a presença de 191 autoridades mundiais.

Com o objetivo claro de alavancar as discussões acerca do desenvolvimento sustentável, foi realizada a Rio + 10 no ano de 2002 em Johannesburgo, África do Sul, e conforme preceitua Costa (2009), “o cerne da questão desse novo encontro era a ‘Agenda 21’, um documento assinado quando da realização da ‘ECO-92’. Seu objetivo era permitir a cada país alcançar o seu desenvolvimento sustentável” (COSTA, 2009, p. 36).

Evidencia-se que duas tentativas foram apresentadas pela ONU com fito de promover e difundir os conceitos e ditames do desenvolvimento sustentável entre os Estados, organizações e sociedade civil. Nova conferência ocorreu no ano de 2012, trata-se da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio + 20.

Verifica-se que a Rio + 20 enfatizou a necessidade de um desenvolvimento pautado na sustentabilidade conforme padrões estabelecidos na ECO/92, mas avançou ao trabalhar o tema da economia verde nesse contexto, e sobretudo de alavancar sérias discussões a respeito da erradicação da pobreza e do combate à miséria.

É que nesse ponto operou-se uma modificação no cenário das conferências anteriores, pois a ONU passa a evidenciar uma necessária preocupação com as questões sociais dos povos menos favorecidos e desafortunados com o fenômeno da pobreza extrema. Nota-se que a partir desse momento tem-se um avanço epistemológico no conceito do desenvolvimento sustentável, passando esse a evidenciar também a promoção dos direitos sociais.

Surge uma nova tendência no sentido de alavancar o desenvolvimento sustentável com o aparecimento da economia verde e com a missão de erradicação da pobreza, conforme acentua Costa:

Resumidamente, e de acordo com o documento político final da reunião, os países renovaram o compromisso de 1992 no que concerne a algumas matérias como: 1 – tornar a economia mais verde, ou seja, aprendendo e partilhando informações internacionais; 2 – lidar globalmente com a sustentabilidade, neste item inclui a adesão de todos os países em fóruns internacionais; 3 – procurar fortalecer o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA; 4 – esclarecer os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) (COSTA, 2013, p. 42).

Aqui, o conceito avança e o desenvolvimento sustentável passa a se desdobrar na ideia de sustentabilidade. É bem verdade que são conceitos criados com o mesmo objetivo de permitir o desenvolvimento dos povos e ao mesmo tempo preservar o meio ambiente e a qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Contudo, o conceito de sustentabilidade está voltado não somente para a dimensão ambiental, mas também para a dimensão social, econômica, ética e jurídico-política, conforme será demonstrado adiante nesse estudo.

Por isso, o conceito de sustentabilidade deve permear toda e qualquer atividade, com o objetivo de permitir maior equilíbrio ambiental, social, econômico e ético, que juntos permitirão o desenvolvimento da dimensão jurídico-política.

Ao final desse capítulo é possível asseverar que o contexto histórico demonstra o crescente avanço no que diz respeito à preocupação com a qualidade do meio ambiente. O conceito de proteção ambiental avança de uma mera proteção ambiental para uma questão de sustentabilidade intergeracional que permeia todas as atividades e todos os contextos, por meio das dimensões da sustentabilidade, com fito de desenvolver pensamentos, ações e ideologias no sentido de se recriar um novo mundo lastreado no conceito da sustentabilidade<sup>2</sup>.

Evidencia-se uma completa mudança de paradigma com o rompimento do modelo capitalista de desenvolvimento, onde nasce um novo modelo preocupado com a sustentabilidade, “a transição paradigmática da sociedade exigirá plena reconfiguração de toda a infraestrutura econômica e social” (CRUZ; GLASENAPP, 2014, p. 373).

De modo que, a sustentabilidade, partindo de uma evolução do desenvolvimento sustentável, vem, paulatinamente, ao longo dos anos, sendo tratada e estudada no cenário nacional, de modo que a doutrina passa a considerar a exigência do respeito às presentes e

<sup>2</sup> Gomes e Santos (2016b, p. 11-13) desenvolvem um pensamento crítico ao associar a importância dessas dimensões para a inclusão do conceito de sustentabilidade na normatização infraconstitucional brasileira. Concluem afirmando que o desenvolvimento sustentável ingressou na legislação brasileira após “lapso temporal” entre a CR/1988 e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO-92).

futuras gerações, como um ideal de justiça intergeracional, definindo, por consequência, seus objetivos, metas e dimensões a serem adotadas.

### 3 AS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE

As considerações para esse capítulo estão voltadas a conjugar e apresentar as dimensões desse novo paradigma denominado sustentabilidade. O capítulo anterior asseverou uma preocupação internacional no sentido de promover o pleno desenvolvimento sustentável dos povos e das comunidades de modo a preservar o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Alinha-se a esse novo paradigma de desenvolvimento, a sustentabilidade, a qual surge como meta a ser conquistada, de modo que as preocupações com o desenvolvimento sustentável vão muito além de proteger e preservar o meio ambiente (o que não é tarefa simples de ser cumprida). Trata-se de um esforço que envolvem várias nuances do ideal de desenvolvimento, por isso, Freitas retrata que: “sustentabilidade é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional” (FREITAS, 2016, p. 61).

Ao encontro desse entendimento, Sachs evidencia que: “[...] reconceitualizando-se o desenvolvimento como apropriação efetiva de todos os direitos humanos, políticos, sociais, econômicos e culturais, incluindo-se aí o direito coletivo ao meio ambiente” (SACHS, 2009, p. 60).

Ao passo que as dimensões da sustentabilidade devem ser desenvolvidas e trabalhadas de modo conjunto, pois, “a deterioração material do planeta é insustentável, mas a pobreza também é insustentável, a exclusão social também é insustentável, assim como a injustiça, a opressão, a escravidão e a dominação cultural e econômica” (MAFRA, 2015, p. 555).

Nesse sentido Froehlich (2014) pontua ser: “consensual que deve haver inter-relações entre as dimensões e que indicadores que ficam restritos a apenas uma dimensão não refletem a sustentabilidade” (FROEHLICH, 2014, p. 165).

Portanto, há de ser evidenciado que as falácias e as falsas promessas de desenvolvimento sustentável precisam ser superadas com o objetivo de possibilitar a aplicação dos ditames das dimensões da sustentabilidade, de maneira conexa e concreta a produzir seus efeitos nas cinco dimensões propostas por Freitas e que serão trabalhadas adiante. Nesse ponto, Freitas desenvolve o conceito de sustentabilidade:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2016, p. 43).

Apresentado o conceito de sustentabilidade e demonstrado que em sua inteireza ela é multidimensional, pois agrupa as dimensões social, ambiental, econômica, ética e jurídico-política<sup>3</sup>, torna-se indispensável apresentar os contornos de cada uma de suas dimensões e suas próprias especificidades, pois “a sustentabilidade pode ser analisada e caracterizada a partir de diferentes dimensões” (FROEHLICH, 2014, p. 157).

Em razão da didática, será tratada inicialmente a dimensão social, para em seguida apresentar a dimensão econômica, ética, ambiental e jurídico-política, respectivamente.

<sup>3</sup> No mesmo sentido: GOMES; SANTOS, 2016a, p. 834-838.

### 3.1 A Dimensão Social da Sustentabilidade

A dimensão social da sustentabilidade enfatiza uma necessária e indispensável preocupação com o ser humano e sua qualidade de bem-estar, pois existe uma íntima relação entre a qualidade de vida do ser humano e qualidade do meio ambiente, uma vez que são conceitos indissociáveis.

Na dimensão social da sustentabilidade devem estar previamente atendidos os direitos sociais fundamentais que devem ser garantidos de forma positiva pelo Estado ao cidadão. São definidos por Silva, conforme se segue:

Por isso, sem preocupação com uma classificação rígida, e com base nos arts. 6º a 11, agrupá-los-emos nas seis classes seguintes: (a) direitos sociais relativos ao trabalho; (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo o direito à saúde, à previdência e assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente (SILVA, 2014, p. 289).

Na concepção social da sustentabilidade verifica-se a possibilidade de um desenvolvimento pautado também no desenvolvimento social do cidadão, de promoção da pessoa humana e de toda a comunidade, de modo que todos possam ter seus direitos à educação, à moradia, ao trabalho e à saúde devidamente garantidos.

Os direitos sociais são direitos fundamentais que devem ser respeitados e aplicados de modo a permear o pleno desenvolvimento sustentável, pois a qualidade do meio ambiente depende também de uma promoção humana de qualidade voltada para os aspectos mínimos de vida e bem-estar.

Por meio da dimensão social da sustentabilidade todos os direitos sociais devem estar plenamente desenvolvidos e protegidos, pois do contrário não será possível conquistar o ideal do desenvolvimento sustentado, “entende-se como a criação de um processo de desenvolvimento sustentável pela visão de uma sociedade equilibrada, que busca um novo estilo de vida adequado ao momento presente e ao futuro” (FROEHLICH, 2014, p. 157).

Nesse sentido, é necessário que o Estado tenha como meta a geração de empregos, de modo que todos possam usufruir de um trabalho digno e gratificante, com vistas a produzir seu próprio sustento e sua própria qualidade de vida, sendo certo que esse modelo poderá garantir uma visível diminuição da pobreza e da miséria. Conforme preceitua Freitas (2016), “à evidência, o meio ambiente do trabalho não pode prosseguir acidentado, tóxico e contaminado, física e psicologicamente, sob pena de ser insustentável” (FREITAS, 2016, p. 63).

Noutro giro, o direito social à seguridade social precisa estar plenamente contemplado na prática cotidiana, de modo a assegurar instrumentos hábeis a promover o cuidado com a saúde da população, pois falar em direito à saúde sem um mínimo de leitos para tratar os acometidos de doenças graves é insustentável.

Do mesmo modo o direito à Previdência Social precisa ser tratado com maior respeitabilidade. Os segurados do sistema precisam de segurança ética e financeira no momento de buscar seu tão almejado benefício previdenciário, o sistema previdenciário precisa, antes de tudo, ser justo, inclusivo, eficiente e sustentável do ponto de vista econômico.

A Previdência Social precisa de regras que acolham os trabalhadores no momento de sua aposentadoria e não o contrário. Nessa linha Freitas evidencia que: “os milhões de idosos, por exemplo, têm de ser protegidos contra qualquer exclusão ou desamparo” (FREITAS, 2016, p. 63).

O direito social à educação talvez seja o mais abalizado a produzir efeitos para as gerações futuras, pois a boa qualidade da educação tem o poder de transformar o mundo, para tanto,

esse direito precisa ser ampliado e não mitigado, precisa ser prioridade e não posterioridade, necessita ser inclusivo e não excludente, precisa ser sustentável e não insustentável, “as escolas, por sua vez, precisam, ao mesmo tempo, educar para competências e habilidades e para o ‘capital social’ produtivo, em vez do desfile de métodos aborrecidos, inúteis e subavaliados” (FREITAS, 2016, p. 63).

A educação é direito social fundamental que se bem trabalhado e bem desenvolvido pelas políticas públicas, tem o poder de modificar o cenário nacional em poucas décadas. Basta observar em que se fundamentam as grandes potências econômicas mundiais, “[...] dado que as escolas não podem continuar a ser depósitos de alunos, perdidos no atraso escolar, na repetência e no abandono” (FREITAS, 2016, p. 63).

Ao que até aqui foi exposto sobre a dimensão social da sustentabilidade, Almeida e Araújo apontam: “a meta é construir uma civilização com maior equidade na distribuição da renda e de bens, de modo a reduzir o abismo entre os padrões de vida dos ricos e dos pobres” (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, p. 28).

Por isso, uma completa e precisa promoção dos direitos sociais fundamentais é indispensável para a implementação do plexo da sustentabilidade, com vistas a promover as bases da potencialidade humana com o objetivo de proclamar a justiça intergeracional da sobrevivência de longo prazo.

### 3.2 A Dimensão Econômica da Sustentabilidade

Verifica-se que no conceito de desenvolvimento sustentável o prisma do fator econômico jamais pode ser tratado com indiferença ou ser deixado de lado, pois é a partir de uma economia saudável e responsável, que será possível a geração de igualdades sociais, com o pleno desenvolvimento sustentável nos padrões da sustentabilidade. Conforme preceitua a doutrina, não há desenvolvimento sem crescimento econômico: “[...] o desenvolvimento sustentável será considerado um conceito sistêmico que traduz num modelo de desenvolvimento global que incorpora os aspectos de desenvolvimento ambiental no modelo de desenvolvimento socioeconômico [...]” (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, p. 21).

Eis o ápice da questão a ser discutida, pois de fato o crescimento econômico é fundamental para o desenvolvimento da espécie humana, contudo, tal crescimento precisa ser devidamente regulado de modo a não obstar a existência da vida no planeta. O que se espera dos resultados de um desenvolvimento econômico pautado na sustentabilidade é que este possa ser capaz de equacionar o desenvolvimento econômico à necessária proteção ao meio ambiente.

O que não deve passar despercebido é que o modelo de crescimento adotado na contemporaneidade vem trazendo grandes prejuízos à humanidade, pois além da evidente degradação ambiental, a população ainda tem que lidar com o fantasma da pobreza e da miséria, que também são frutos deste modelo econômico voraz e seletivo.

Certo é que as grandes potências mundiais avançaram economicamente nos últimos anos ao preço da degradação ambiental, conforme apresenta Machado: “graças a uma política de degradação ambiental, os países desenvolvidos puderam elevar o nível de vida de suas populações [...]” (MACHADO, 2016, p. 64).

Verifica-se que, nesse viés, o desenvolvimento sustentável é um desafio a ser superado por todas as nações, sobretudo aquelas que se fortaleceram economicamente em detrimento da qualidade ambiental, “o desenvolvimento sustentável é um desafio planetário. Ele requer

estratégias complementares entre Norte e o Sul. Evidentemente, os padrões de consumo do Norte abastado são insustentáveis” (SACHS, 2009, p. 58).

Como não é possível a continuidade desse modelo desenfreado de crescimento econômico a qualquer custo, nesse caso ao preço da degradação ambiental, é necessário que seja adotado o desenvolvimento sustentável com vistas a atender as demandas presentes, sem, contudo, comprometer o direito ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida das gerações futuras. “Consequentemente, o meio ambiente sadio e o direito a paz são extensões do direito à vida” (COSTA, 2013, p. 101).

A visão da dimensão econômica da sustentabilidade está voltada para uma melhor distribuição de renda sem que isso venha a comprometer a qualidade do meio ambiente. É indispensável um desenvolvimento econômico que possa se pautar no ajuste de contas com a natureza e com as gerações presentes e futuras. “A natureza não pode ser vista como simples capital e a regulação estatal sustentável” (FREITAS, 2016, p. 70).

O que se evidencia na dimensão econômica da sustentabilidade é que a economia precisa ser devidamente contrabalançada a ponto de permitir um crescimento econômico em longo prazo, duradouro, sério e comprometido com a vida humana e do próprio planeta. “A economicidade, assim, não pode ser separada da mediação de conseqüências, de longo prazo” (FREITAS, 2016, p. 70).

Para que isso seja possível é necessário uma implementação coerente e responsável dos planos econômicos, voltada para o crescimento justo entre gerações, de modo a consubstanciar novos e melhores indicadores de crescimento que possam refletir o verdadeiro crescimento da nação.

Nas palavras de Sachs: “é necessário uma combinação viável entre economia e ecologia, pois as ciências naturais podem descrever o que é preciso para um mundo sustentável, mas compete às ciências sociais a articulação das estratégias de transição rumo a este caminho” (SACHS, 2009, p. 60).

É sobre o panorama do desenvolvimento econômico sustentável, com base nos pilares da sustentabilidade, que será possível uma reorganização dos paradigmas ambientais e socioeconômicos, conforme denota Freitas:

Em última análise, a visão econômica da sustentabilidade, especialmente iluminada pelos progressos recentes da economia comportamental, revela-se decisivo para que (a) a sustentabilidade lide adequadamente com os custos e benefícios, diretos e indiretos, assim como o “trade-off” entre eficiência e equidade intra e intergeracional; (b) a economicidade (princípio encapsulado no art. 70 da CF) experimente o significado de combate ao desperdício “lato sensu” e (c) a regulação do mercado acontecerá de sorte a permitir que a eficiência guarde real subordinação à eficácia (FREITAS, 2016, p. 72).

Por isso é indispensável para o ideal de sustentabilidade em longo prazo que a dimensão econômica seja devidamente desenvolvida, com vistas a adotar mecanismos sustentáveis que respeitem o planeta e seus recursos naturais, de modo a estabelecer critérios éticos e justos de desenvolvimento que possam beneficiar as presentes gerações sem comprometer a existência das gerações futuras.

### 3.3 A Dimensão Ética da Sustentabilidade

A dimensão ética da sustentabilidade está diretamente voltada para a relação da justiça intergeracional, de modo que a coletividade da presente geração é responsável pela herança ambiental e social que será passada para as gerações futuras, num plexo de solidariedade

e fraternidade de aceitação do ser humano enquanto pessoa e do meio ambiente enquanto natureza, responsável por gerir a vida de todos os seres vivos. Freitas explica: “dimensão ética, no sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever universalizável de deixar o legado positivo da fase da terra [...]” (FREITAS, 2016, p. 64).

Essa sustentabilidade ética determina um modo de vida voltado para a coletividade plena e de aceitação do próximo como pessoa detentora de direitos e deveres, merecedora de respeito na esfera social. São as ações cotidianas dos povos, das comunidades e do indivíduo que tornarão possível o pleno desenvolvimento ético no seio de cada nação que visa prosperar a favor do desenvolvimento sustentável.

Nessa dimensão habita a obrigação ética de ajuda ao próximo, de respeito aos menos favorecidos e de políticas públicas voltadas para a inclusão dos marginalizados, “por outras palavras, existe o dever de ser benéfico para todos os seres, nos limites do possível, não apenas deixar de prejudicá-los” (FREITAS, 2016, p. 65).

Existe um dever cívico de respeito para com a máquina pública, de modo que o erário público possa ser utilizado de forma adequada e com sabedoria, evitando desperdícios e gastos desnecessários a favor de poucos e em detrimento de muitos.

É ponto fulcral que o erário público venha a promover o avanço, social, educacional, tecnológico e científico de toda a nação, de modo a beneficiar o coletivo e não o individual. Por certo que a distribuição da riqueza deve operar a favor de toda a coletividade e não a favor da minoria, “não se admite escapismo, a propósito: toda corrupção, direta ou indireta, material ou imaterial, resulta eticamente reprovável, não universalizável em longo prazo e, nessa medida, francamente insustentável” (FREITAS, 2016, p. 66).

Segue nesse prisma que a ética precisa de pessoas engajadas no compromisso de ajudar o próximo, de modo que todos tenham a real possibilidade de se desenvolver igualmente, de maneira equilibrada e sustentável, onde a honestidade possa imperar e permear todas as negociações públicas e privadas com o intuito de promover o bem-estar social.

Nesse aspecto, Oliveira aponta que: “a sustentabilidade do consumo é a peça-chave para se alcançar um nível social de bem-estar material que possa ser replicado pelas futuras gerações, sem que haja o esgotamento ou dissipação dos recursos naturais que amparem esse bem-estar” (OLIVEIRA, 2012, p. 92).

O ideal ético visa uma sociedade fundada na sabedoria do viver e conviver em plena harmonia, capaz de possibilitar o bem-estar duradouro para as presentes e futuras gerações. Nesse aspecto Freitas propõe que, “a dimensão ética da sustentabilidade, desse modo, reclama, sem subterfúgios, uma ética universal concretizável, como o pleno reconhecimento da dignidade intrínseca dos seres vivos em geral [...]” (FREITAS, 2016, p. 67).

Por isso, a dignidade humana precisa ser plenamente desenvolvida nas relações sociais com o objetivo de oportunizar um bem-estar duradouro que respeite a vida em todas as suas formas na missão de evidenciar a justiça intergeracional.

### 3.4 A Dimensão Ambiental da Sustentabilidade

No aspecto da dimensão ambiental da sustentabilidade, é inegociável a premissa de que o meio ambiente equilibrado e que proporcione uma saudável qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, deve ser devidamente preservado e protegido, sob pena de a natureza não suportar mais a vida humana na terra.

Medidas precisam ter tomadas muito além de conferências internacionais e cartas de boas intenções. Medidas sérias e imediatas de combate à poluição da água, do solo, do ar e da terra precisam ser amplamente difundidas e implementadas. As falácias e os discursos dotados de belas e representativas palavras precisam ser sistematicamente permutados para ações concretas e eficientes de combate ao desmatamento e ao incessante desejo de poluir o planeta.

Vários discursos muito falam e nada dizem, são apenas palavras repetidas que projetam mais sons que conteúdos. Quantas conferências mais serão necessárias para que a humanidade tenha a consciência ambiental embutida nas relações diárias? O meio ambiente pode esperar tantas negociações acerca do efeito estufa? É possível poluir menos e consubstanciar a vida no planeta terra de modo sustentável?

Fato que algumas dessas respostas podem ser encontradas com o auxílio dos pilares sociais, econômicos, éticos, ambientais e jurídico-políticas da sustentabilidade. De modo que a vida plena no planeta depende das escolhas de hoje para o afloramento da vida das gerações vindouras. Conforme denota Amado: “[...] as necessidades humanas são ilimitadas (fruto de consumismo exagerado incentivado pelos fornecedores de produtos e serviços ou mesmo pelo Estado), mas os recursos ambientais naturais não [...]” (AMADO, 2016, p. 63).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, que são aqueles que condensam o desenvolvimento dos direitos de solidariedade e de fraternidade, dito direitos coletivos, “Em conformidade com a doutrina autorizada, o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração ou dimensão, incluído entre os chamados “direitos de solidariedade” ou “direitos dos povos”, (MIRRA, 2011, p. 104), carregam em seu íterim o direito ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida, “em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida” (SILVA, 2014, p. 863).

Nesse mesmo sentido leciona Teixeira:

Os de terceira geração são orientados pelos princípios da solidariedade e fraternidade e destinados à proteção de agrupamentos humanos, como o direito à paz, à segurança, ao desenvolvimento, à livre determinação dos povos, à comunicação, ao meio ambiente saudável, dentre outros (TEIXEIRA, 2008, p. 92).

Bem na verdade esse direito ambiental à sadia qualidade de vida precisa ser protegido e preservado também para as futuras gerações, para que essas possam nascer, crescer e se desenvolver naturalmente de modo a perpetuar a vida, pois “o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado se vincula diretamente à dignidade da pessoa humana pelo fato de abrigar a própria vida” (FERREIRA, RIBEIRO, 2018, p. 63).

Nessa concepção, ensina Freitas: “[...] com a dimensão propriamente ambiental da sustentabilidade, ao direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo, em todos os aspectos (meio ecologicamente equilibrado, como diz o art. 225 da CF” (FREITAS, 2016, p. 68).

Nesse diapasão, cumpre elucidar que a dimensão ambiental da sustentabilidade pressupõe uma justa medida de consumo para com o meio ambiente, basta apenas uma mudança de paradigma de tomar da natureza somente aquilo que é suficiente para se alcançar o objetivo de se desenvolver enquanto humanidade, enquanto povo e enquanto indivíduo.

A empreitada parece ser simples e fácil de ser concluída, no entanto, se mostra uma tarefa árdua e que precisa de muitas escolhas acertadas para que possa ser devidamente atingida. O ideal de sustentabilidade precisa ser uma premissa inarredável do cotidiano humano, haja vista que a natureza tem suas próprias formas naturais de equilíbrio, “falando de modo geral, a natureza está em equilíbrio no que respeita ao carbono. As emissões humanas é que tiraram o mundo desse equilíbrio” (FREITAS, 2016, p. 69).

Por isso, Almeida e Araújo (2013) sustentam que: “a dimensão ecológica, [...] pode ser melhorada utilizando-se de ferramentas ampliativas de forma a intensificar o uso do potencial de recursos dos diversos ecossistemas, com um mínimo de danos aos sistemas de sustentação da vida” (ALMEIDA; ARAÚJO, 2013, p. 28).

Ponto fulcral que merece ser evidenciado é de que o planeta está devidamente preparado para se equilibrar sozinho, contudo, como dito alhures, o que está a ser discutido é a existência humana no planeta e seus constantes desequilíbrios. A humanidade precisa ser consciente de que suas atividades estão causando desequilíbrio no planeta colocando em discussão sua própria existência. É como dizer que o ser humano está cavando sua própria cova ao desmatar e poluir de forma negligenciada. “Não se trata, como visto, da singela reunião de características esparsas, mas de dimensões intimamente vinculadas, componentes essenciais à modelagem do desenvolvimento” (FREITAS, 2016, p. 77).

Desse modo, as dimensões da sustentabilidade tratadas no presente artigo precisam ser evocadas e aplicadas de modo conjunto, pois dessa forma será possível o alcance da plena sustentabilidade sem embaraços e desrespeitos aos direitos das presentes e das futuras gerações.

### 3.5 A Dimensão Jurídico-Política da Sustentabilidade

Nesse compasso de desenvolvimento pautado na sustentabilidade, é de se observar que neste estudo foram apontadas, até o momento, quatro diferentes dimensões da sustentabilidade, mas que se entrelaçam entre si, com fito de modificar o atual cenário de degradação ambiental financiado pelo modelo capitalista de crescimento econômico. No entanto, uma quinta dimensão da sustentabilidade é evidenciada no presente estudo a partir de Freitas, que assevera:

Dimensão jurídico-política ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente (FREITAS, 2016, p. 72).

Essa dimensão, conforme conceito proposto apresenta-se como uma junção de fatores capazes de possibilitar o pleno desenvolvimento sustentável gerador de bem-estar para as presentes e futuras gerações. Aqui evidencia-se uma união basilar da dimensão social, econômica, ética e ambiental na formação da dimensão jurídico-política.

A dimensão jurídico-política visa efetivar e desenvolver os direitos fundamentais das presentes e futuras gerações, com o objetivo de asseverar e reforçar o plexo de desenvolvimento consubstanciado na preservação e proteção ambiental, sem, contudo, perder de vista a promoção social, o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos, a melhor e adequada distribuição da renda e os conceitos de origem ética, que são vertentes indissociáveis do conceito de sustentabilidade<sup>4</sup>.

Trata de uma determinação principiológica vinculante que visa o aperfeiçoamento da tutela efetiva dos direitos fundamentais para que possam se materializar em bem-estar para as presentes e futuras gerações, num prisma de proteção da vida em suas diferentes formas.

<sup>4</sup> Como dito, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade pugna pela implementação dos direitos fundamentais, entre os quais constam os direitos à longevidade digna, à alimentação adequada, ao meio ambiente limpo, à educação de qualidade, à democracia, à informação, à razoável duração do procedimento, à segurança, à renda oriunda do trabalho, à boa administração pública e à moradia

Evidencia-se na dimensão jurídico-política um novo modelo de desenvolvimento pautado também na previsibilidade, de modo a consubstanciar os princípios da precaução e da prevenção, evitando danos irreparáveis para as presentes e futuras gerações. Freitas propõe: “redesenhar o direito administrativo da regulação, que não mais sucumba à omissão causadora de danos inter e intrageracionais, sob a alegação de risco de captura” (FREITAS, 2016, p. 73).

Essa dimensão da sustentabilidade visa o pleno desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pelo respeito às liberdades civis, pelo respeito aos direitos humanos, e pela deferência dos direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional, com as vistas a atender o mínimo necessário e garantido constitucionalmente para possibilitar a vida em todas as suas formas, sem que para tanto ocorra degradação ambiental.

É de fato um esforço conjunto no sentido de que a humanidade possa prosperar de forma conjunta com o planeta, onde os limites e condições de cada um seja devidamente respeitado, cumprido e fiscalizado pelo Estado Democrático de Direito engajado no modo de vida pleno e digno, “consoante, se a sustentabilidade em si é um novo paradigma e/ou um fenômeno, do ponto de vista jurídico ela é um requisito” (CRUZ; GLASENAPP, 2014, p. 380).

Nesse aspecto, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade visa resguardar os direitos fundamentais concernentes à longevidade digna; o direito à alimentação adequada; o direito ao meio ambiente limpo; o direito à boa educação e de qualidade; o direito à democracia; o direito à informação imparcial; o direito à razoável duração do processo; o direito à segurança; o direito à renda oriunda do trabalho; o direito à boa administração pública e o direito à moradia (FREITAS, 2016, p. 74-75).

Nessa órbita, é possível evidenciar que essa dimensão propõe um pleno desenvolvimento das dimensões já apontadas anteriormente, no objetivo de estabelecer um liame conjectural de sustentabilidade que vise o todo na esfera do desenvolvimento sustentável.

#### **4 OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL À LUZ DAS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE**

Como demonstrado em capítulo anterior, o conceito de desenvolvimento sustentável avança rumo ao conceito de sustentabilidade, e, para tanto, a ONU elabora os ODS, com o intuito de cumprir a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, “após mais de três anos de discussão, os líderes de governo e de estado aprovaram, por consenso, o documento ‘Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável’” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) tem como finalidade desenvolver os programas indispensáveis ao desenvolvimento sustentável em conjunto com os governos e membros da sociedade civil na busca pela sustentabilidade: “presente em mais de 170 países e territórios, o PNUD oferece uma perspectiva global aliada à visão local do desenvolvimento humano para contribuir com o empoderamento de vidas e com a construção de nações mais fortes e resilientes (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Verifica-se que o PNUD, partindo dos conceitos e pilares adotados nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), promove considerável avanço ao criar e aplicar os novos e melhorados conceitos dos ODS, pois torna clara a preocupação com o meio ambiente e também com o desenvolvimento social do ser humano.

Evidencia-se a existência de uma íntima conexão ambiental com o ser humano e todas as suas criações tecnológicas, de maneira a permear os ODS de finalidades concernentes a

---

digna. Para aprofundamentos, consultar: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111.

possibilitar uma melhor distribuição da renda, uma melhor qualidade ambiental e um melhor índice de desenvolvimento.

Ao todo foram criados 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, sendo eles:

Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares: visa erradicar a pobreza extrema para todas as pessoas em todos os lugares, de modo a reduzir pela metade a proporção de homens, mulheres e crianças que vivem na pobreza, implementando em nível nacional, medidas de proteção social adequados e pisos de nível financeiro (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável: visa combater a fome e garantir o acesso de todas as pessoas a alimentos seguros, nutritivos durante o ano todo. Acabar com todas as formas de desnutrição, prestigiando atender às necessidades nutricionais dos adolescentes, mulheres grávidas, lactantes e pessoas idosas. Dobrar a produção agrícola e renda dos pequenos produtores de alimentos. Manter a diversidade genética de sementes e promover o acesso a uma distribuição justa a favor dos povos mediante acordos de cooperação internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades: visa reduzir a taxa de mortalidade materna global; acabar com as mortes evitáveis de recém-nascidos e crianças menores de 5 anos; acabar com doenças e epidemias transmissíveis, como a AIDS, tuberculose e malária; atingir cobertura universal de saúde, inclusive saúde sexual; reduzir o número de mortes advindas de produtos químicos perigosos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos: visa garantir acesso a escolas de qualidade para meninos e meninas desde o ensino primário até a formação superior, inclusive o acesso às escolas técnicas profissionalizantes; garantir a alfabetização a nível mundial a todos os meninos e meninas, principalmente àqueles desprovidos de recursos econômicos; ampliar o número de bolsas de estudos para os estudantes dos países desenvolvimento de modo a propiciar o desenvolvimento de todos os povos de forma igualitária justa (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas às mulheres e meninas: visa acabar com todas as formas de discriminação contra meninas e mulheres; eliminar a violência contra meninas e mulheres, principalmente a de ordem sexual; valorizar o trabalho da mulher, inclusive aquele realizado no lar sem remuneração; garantir a participação das mulheres nas tomadas de decisões políticas, econômica e pública; promover a igualdade dos gêneros, inclusive no aspecto financeiro (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 6. Garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos: visa garantir o acesso universal à água potável; promover o acesso ao saneamento e higiene adequados; melhorar a qualidade das águas, reduzindo a poluição e o descarta de produtos químicos nocivos à saúde; implementar a gestão adequada dos recursos hídricos em todos os níveis; ampliar a cooperação internacional no que tange a tecnologia do manejo de águas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 7. Garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável e renovável para todos: visa possibilitar o acesso universal a energia limpa para todos os povos, preferencialmente aquela oriunda de fontes renováveis mediante a cooperação internacional na pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias tendentes a propiciar o acesso global ao ideal de eficiência energética (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos: visa promover o avanço econômico daqueles países em desenvolvimento pautado no trabalho decente e na diversificação da economia, mediante a modernização tecnológica e a promoção de acesso a inovações; possibilitar vagas de empregos para homens, mulheres, adolescentes, idosos e deficientes, que modo a propiciar a renda justa oriunda do trabalho (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 9. Construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável, e fomentar a inovação: visa desenvolver infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e resiliente, de modo a promover a industrialização inclusiva e sustentável aumentando o acesso das pequenas indústrias e outras empresas; busca modernizar a infraestrutura e reabilitar as indústrias para torná-las sustentáveis fortalecendo a pesquisa científica, melhorando as capacidades tecnológicas de setores industriais em todos os países, particularmente os países em desenvolvimento; Facilitar o desenvolvimento de infraestrutura sustentável e resiliente em países em desenvolvimento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles: visa promover a inclusão social, econômica e política a favor de todos os povos independentemente de quaisquer condições de gênero, idade, raça, etnia, origem e religião; visa à adoção de políticas fiscais e salariais no objetivo de alcançar uma maior igualdade entre os povos; busca assegurar uma maior e mais adequada participação daqueles países em desenvolvimento, sobretudo no que tange a tomadas de decisões nas instituições financeiras e econômicas internacionais; adotar o princípio do tratamento especial para aqueles países em desenvolvimento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis: propõe garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas; pretende proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos de modo a aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, reduzindo o impacto ambiental negativo per capita das cidades, e ainda, visa proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros adequados às relações econômicas, ambientais e sociais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis: visa adotar o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis; promover o alcance de uma gestão sustentável mediante o uso eficiente dos recursos naturais; propõe a redução do desperdício de alimentos a nível mundial e nacional; visa o manuseamento ambientalmente saudável de produtos químicos e resíduos por meio da prevenção, redução e reuso mediante práticas de compras públicas e privadas sustentáveis; e assegurar que todos os povos, de todas regiões, tenham acesso adequado a informação sobre a importância da conscientização sobre o desenvolvimento sustentável e o modelo de vida harmônico com a natureza (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e os seus impactos: intenta reforçar a recuperação e a capacidade de adaptação a riscos advindos do clima e de catástrofes naturais em todos os países; direcionar medidas políticas de planejamento nacional quanto às mudanças climáticas; aprimorar a educação dos povos sobre a mitigação, adaptação e redução de impactos da mudança climática; colocar em prática o compromisso assumido pelos países desenvolvidos sobre a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre mudança climática (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 14. Conservar e usar sustentavelmente os oceanos, os mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável: propõe reduzir e prevenir a poluição marinha em todas as suas formas de modo a gerir e proteger os ecossistemas marinhos e costeiros contra todo e quaisquer tipos de poluição; visa diminuir significativamente os impactos oriundos da acidificação dos oceanos mediante a cooperação científica; intenciona promover a conservação de pelo menos 10% das zonas costeiras e marinhas de acordo com a legislação nacional e internacional por meio da cooperação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade.<sup>5</sup>

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis e promover o Estado de Direito.<sup>6</sup>

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável: visa por meio da cooperação entre povos e nações a implementação a melhor distribuição das finanças de modo que os países desenvolvidos possam contribuir com os países em desenvolvimento para que todos possam alcançar a plena sustentabilidade por meio da reorganização e reestruturação financeira; propõe uma melhor e mais apurada cooperação entre os países no que tange aos avanços tecnológicos, mediante o acesso à ciência, à tecnologia e à inovação; intenta a capacitação dos países em desenvolvimento para que possam alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável; visa promover um sistema multilateral de comércio universal (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Verifica-se que os objetivos determinados pelo PNUD remontam a uma união de conceitos determinantes para o pleno desenvolvimento sustentável. O ideal de sustentabilidade está destacado no contexto dos ODS, no sentido de que os objetivos estão voltados para a promoção das dimensões da sustentabilidade: dimensão social (objetivos 1; 2; 3; 4; 9; e 11); dimensão ambiental (objetivos 6; 12; 13; 14; e 15); dimensão econômica (objetivos 7; 8; e 10); dimensão ética (objetivo 5; e 17); e dimensão jurídico-política (objetivo 2; 3; 4; 11; e 16).

5 Objetivo 15 completo: Assegurar a conservação, recuperação e uso sustentável de ecossistemas terrestres e de água doce interiores e seus serviços, em especial florestas, zonas úmidas, montanhas e terras áridas, em conformidade com as obrigações decorrentes dos acordos internacionais; Até 2020, promover a implementação da gestão sustentável de todos os tipos de florestas, deter o desmatamento, restaurar florestas degradadas e aumentar substancialmente o florestamento e o reflorestamento globalmente; Até 2030, combater a desertificação, restaurar a terra e o solo degradado, incluindo terrenos afetados pela desertificação, secas e inundações, e lutar para alcançar um mundo neutro em termos de degradação do solo; Até 2030, assegurar a conservação dos ecossistemas de montanha, incluindo a sua biodiversidade, para melhorar a sua capacidade de proporcionar benefícios que são essenciais para o desenvolvimento sustentável; Tomar medidas urgentes e significativas para reduzir a degradação de habitat naturais, deter a perda de biodiversidade e, até 2020, proteger e evitar a extinção de espécies ameaçadas;

Garantir uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e promover o acesso adequado aos recursos genéticos; Tomar medidas urgentes para acabar com a caça ilegal e o tráfico de espécies da flora e fauna protegidas e abordar tanto a demanda quanto a oferta de produtos ilegais da vida selvagem; Até 2020, implementar medidas para evitar a introdução e reduzir significativamente o impacto de espécies exóticas invasoras em ecossistemas terrestres e aquáticos, e controlar ou erradicar as espécies prioritárias; Até 2020, integrar os valores dos ecossistemas e da biodiversidade ao planejamento nacional e local, nos processos de desenvolvimento, nas estratégias de redução da pobreza e nos sistemas de contas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

6 Objetivo 16 completo: Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares; Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças; Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos; Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado; Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas; Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis; Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis; Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global; Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento; Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Por isso, Freitas afirma de forma categórica, “nesse contexto, há, sem hierarquia rígida e sem caráter exaustivo, pelo menos, cinco dimensões da sustentabilidade, galhos da mesma árvore [...]” (FREITAS, 2016, p. 62).

Nesse aspecto, é forçoso admitir que as dimensões da sustentabilidade trabalhadas por Freitas (2016) constam expressamente nos ODS, sendo certo que somente mediante a promoção e o desenvolvimento dos ODS é que será possível alcançar o pleno desenvolvimento sustentado, “nesta perspectiva, a sustentabilidade tornou-se uma noção positiva e altamente prospectiva, que supõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo e no espaço” (CRUZ; GLASENAPP, 2014, p. 382).

Os ODS representam um notável avanço no que diz respeito à proteção ambiental, crescimento econômico, desenvolvimento social, proteção dos povos e promoção dos direitos humanos, pois evidenciam um mecanismo conjugado de esforços e práticas cotidianas tendentes a promover o bem-estar das presentes gerações sem mitigar o bem-estar das gerações futuras, de modo a promover a justiça intergeracional.

A conexão empreendida pelos ODS é notável, pois reivindica esforços a favor da concreta superação de mazelas que acometem a humanidade e o meio ambiente ao longo dos anos. Nesse ponto, é relevante apontar que os propósitos centrais dos ODS encontram-se em patente similitude com as dimensões da sustentabilidade.

Do mesmo modo que as dimensões da sustentabilidade estão entrelaçadas no propósito de permear o pleno desenvolvimento sustentável, os ODS também o estão, pois o direito ao futuro está diametralmente ligado ao prestígio do humanismo (entendido como a proteção e promoção dos direitos humanos) e à justiça intergeracional do direito ao futuro. “Por isso, aliado à dignidade da pessoa humana, surge a sustentabilidade como novo paradigma para que se possa fomentar uma qualidade de vida sadia para as gerações presentes e futuras, assegurando a perpetuidade da vida humana” (STAFFEN; SANTOS, 2016, p. 279).

Por isso, restar consubstanciar que o plexo da sustentabilidade está conexo aos ODS, o que assevera uma maior necessidade de observação desses conceitos frente a realização de políticas públicas sustentáveis hábeis a promover e concretizar as dimensões da sustentabilidade bem como os ODS, que juntos congregam a máxima da sustentabilidade em prol do direito ao futuro.

## 5 O PLEXO DA SUSTENTABILIDADE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

Para que o plexo da sustentabilidade seja devidamente empreendido no Estado Democrático de Direito é imprescindível a realização de políticas públicas sustentáveis e adequadas ao desenvolvimento pautado na promoção e na efetivação dos ODS e das dimensões da sustentabilidade.

Nesse passo, é possível conceituar o plexo da sustentabilidade como sendo a união e a resolução indissolúvel das dimensões social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política, no objetivo de consolidar o direito ao futuro, visando consubstanciar o direito ao bem-estar duradouro para as presentes e futuras gerações.

Nas palavras de Gomes e Ferreira (2017): “[...] observou-se que a sustentabilidade possui um conceito e um caráter multidimensional, e propõe o avanço das dimensões, social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política, onde elas possam ser efetivadas mutuamente, de forma a alcançar o plexo da sustentabilidade” (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 109).

É possível considerar que a união indissolúvel das dimensões da sustentabilidade, agregadas aos ODS, formam e consolidam o núcleo duro do plexo da sustentabilidade, haja vista que na soma dos resultados o objetivo finalístico é exatamente garantir o direito ao futuro de modo a realizar a justiça intergeracional.

Nessa acepção, o modelo ideal de justiça intergeracional está alinhado ao conceito da dimensão ética, em que a conduta eticamente sustentável de atuação possibilite a existência da geração futura. Trata-se de um compromisso ético entre gerações, no intróito de evidenciar e permitir a continuidade da espécie humana em um planeta ambientalmente equilibrado.

Em sendo verificado que o plexo da sustentabilidade se dá mediante a união indissolúvel das dimensões da sustentabilidade, enraizadas nos ODS, é imperioso destacar que políticas públicas precisam ser pensadas sobre o viés da sustentabilidade, de modo que toda a administração pública esteja vinculada aos preceitos sustentáveis para a tomada de quaisquer decisões que envolvam o dispêndio e a aplicação dos recursos públicos.

Ao tratar de políticas públicas, uma conceituação detida do tema precisa ser apresentada. Nas palavras de Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

O conceito apresentado demonstra que políticas públicas são programas governamentais que visam à realização de determinados objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Em última análise, “políticas públicas são metas coletivas conscientes e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato” (BUCCI, 2006, p. 241). Nessa ótica, os poderes responsáveis pela implementação de políticas públicas, quais sejam, os poderes oriundos da legitimidade democrática, Executivo e Legislativo, precisam se pautar nas dimensões da sustentabilidade e nos ODS (a partir do instituto do plexo da sustentabilidade), para quaisquer tomadas de decisões que envolvam o dispêndio e a aplicação de ações governamentais. Na mesma linha de políticas públicas sustentáveis, Freitas assevera que: “as políticas públicas, na realidade, são programas constitucionais que incumbe ao agente público implementar, de maneira estilisticamente nuançada, mas sem retrocessos, sob pena de omissão específica lesiva” (FREITAS, 2016, p. 198).

Observa-se que o conceito de políticas públicas sustentáveis, apresentado por Freitas (2016), acima, tende a permear o ideal de desenvolvimento pautado naquele plexo da sustentabilidade, de modo que os atores governamentais, imbuídos de cumprir os objetivos centrais da Constituição Federal da República de 1988 (CR/1988), devem despender esforços à efetivação dos direitos fundamentais das presentes e futuras gerações, consagrando o direito ao futuro.

Ainda é possível elucidar que as políticas públicas são programas de Estado que visam, por meio da combinação eficiente dos órgãos governamentais e sociais, cumprir os objetivos traçados na CR/1988, na busca pela efetivação dos direitos fundamentais das atuais e futuras populações.

Ao passo que, para que sejam alcançados os objetivos centrais da sustentabilidade, algumas políticas públicas estratégicas precisam ser prioritariamente adotadas, de modo a

afastar “[...] as falácias e armadilhas argumentativas, no processo de tomada de decisão e na avaliação de riscos” (FREITAS, 2016, p. 141). Na visão de Freitas, algumas políticas públicas estratégicas demandam prioridade para consubstanciar o desenvolvimento em diretrizes sustentáveis:

- (i) prioridade das políticas endereçadas ao desenvolvimento sustentável sobre aquelas voltadas para o crescimento econômico em si mesmo;
- (ii) prioridade das políticas voltadas para a eficácia não excludente dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras sobre aquelas destinadas a assegurar os interesses autocentrados;
- (iii) prioridade das políticas dotadas de responsabilidade intertemporal sobre aquelas que se preocupam só com a próxima eleição;
- (iv) prioridade das políticas de benefícios líquidos sobre aquelas cujos custos sociais, ambientais e econômicos sobrepujam os eventuais ganhos (diretos e indiretos);
- (v) prioridade das políticas suficiente e explicitamente justificadas sobre aquelas de motivação duvidosa e precária;
- (vi) prioridade das políticas alinhadas com os objetivos fundamentais da Carta sobre aquelas transitórias e não universalizáveis;
- (vii) prioridade das políticas redutoras de iniquidades estruturais sobre que cultivam cegamente o mercado, com as suas estridentes falhas (FREITAS, 2016, p. 198).

De modo claro e conciso é possível asseverar que o desenvolvimento sustentável pautado no plexo da sustentabilidade passa, em boa parte, pela realização de políticas públicas que atendam seus objetivos nucleares, mediante escolhas sustentáveis que permeie toda a Administração Pública, em todas as suas esferas de poder. De modo a conjugar o sustentável com o indispensável à população.

As políticas públicas precisam afastar o crescimento econômico pelo crescimento em si mesmo, de modo a prestigiar um desenvolvimento pautado no plexo da sustentabilidade que conjugue, além da dimensão econômica, a social, a ambiental, a ética e a jurídico-política, sob pena de representar uma falácia de desenvolvimento.

As políticas públicas precisam ser planejadas e estar voltadas para aquele desenvolvimento duradouro, de bem-estar intergeracional, de tranquilidade e paz consolidadas ao longo do tempo, e não para aquelas políticas que visam soluções imediatistas e desprovidas de sopesamentos adequados de custo/benefício. Assim, “é essencial, gradativamente, abrir espaço para uma política diferenciada, que ponha termo à rendição pseudo-realista à iniquidade e aos vícios corrosivos do patrimonialismo, do omissivismo, do mercenarismo e do tráfico de influências” (FREITAS, 2016, p. 199).

As contratações e licitações precisam estar voltadas para políticas de benefícios líquidos que levem em conta os verdadeiros custos de determinado projeto, sob a ótica social e ambiental, e não apenas na ótica econômica, precária e superficial.

Na realidade, as políticas públicas sustentáveis precisam estar diametralmente conjugadas com os objetivos fundamentais da Constituição, mediante planejamentos adequados, com metas que definam o período de início, de execução e de finalização de determinado projeto ou política pública, segundo sua agenda previamente estabelecida, de

modo a propalar o respeito ao erário e possibilitar a diminuição de custos e desperdícios, prestigiando a justiça intergeracional e socioambiental. Nessa senda, a doutrina corrobora que:

Em meio à ordem de valores que surge no início deste século, a tutela do meio ambiente, ao encontrar guarida na manutenção ecológica adequada e condicionada à existência do futuro, é condição de possibilidade para este futuro e valor constituinte para uma nova ordem global, cuja finalidade, intergovernamental, determinará a construção e a efetividade de um Estado de Direito Ambiental (MORAIS; SARAIVA, 2018, p. 16).

No cenário atual, a pesquisa aponta para a necessidade de uma mudança de paradigma no que tange as políticas públicas sustentáveis, pois o Brasil ainda precisa consubstanciar no bojo de suas licitações e contratações, o plexo da sustentabilidade, mediante a adoção de políticas públicas voltadas para a promoção do bem estar duradouro a favor da presentes e futuras gerações.

Os ODS e as dimensões da sustentabilidade apresentados nesta pesquisa precisam orientar ao máximo a aplicação e o gerenciamento das políticas públicas no âmbito do Estado Democrático de Direito que se propõe a garantir a efetivação dos direitos fundamentais das presente gerações, sem perder de vista a extensão dos mesmos direitos às gerações futuras.

Uma política pública séria e comprometida com o bem estar da sociedade deve partir de premissas nucleares de combate à pobreza, à fome, de gerenciamento de boa saúde e bem estar. Deve prover o acesso à educação de qualidade e à igualdade de gênero, em que os indivíduos tenham acesso à água limpa e saneamento básico, energia acessível e não poluente, emprego digno e crescimento econômico, mediante projetos de inovação e infraestrutura que permitam a redução das desigualdades. A criação de cidades e comunidades sustentáveis também deve ser fomentada, onde existam consumo e produção responsáveis que auxiliem o combate às alterações climáticas e seja possível a existência de vida debaixo d'água e também sobre a terra. Tais medidas pretendem garantir a paz, a justiça e a criação de instituições fortes com parcerias em prol do desenvolvimento de todas essas metas.

As políticas públicas amparadas nos ODS são metas pertinentes e urgentes para conter o avanço desenfreado da degradação ambiental e da desigualdade social, que se alicerçam nos direitos fundamentais insculpidos na CR/1988 e também nas normas e acordos de direito internacional, que suplantam a necessidade da promoção de um novo paradigma de desenvolvimento sustentável pautado no direito ao futuro das presentes e vindouras gerações.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, é possível considerar que o sistema capitalista vigente desde meados dos anos de 1970 precisa ser superado e permutado para um modelo de desenvolvimento pautado na sustentabilidade, tendente a conciliar a vida e o bem-estar das presentes e futuras gerações, com o efetivo desdobramento do princípio da solidariedade intra e intergeracional.

Nesse aspecto, a ONU propõe dezessete ODS a serem cumpridos pelas nações, que visam promover o desenvolvimento sustentável mediante um esforço conjunto rumo à sustentabilidade duradoura e geradora de bem-estar.

Esses ODS se relacionam entre si, com o objetivo de propagar o avanço social, econômico, ético, ambiental e jurídico-político da humanidade, com o fito de promover uma mudança coletiva de paradigma que coloca em evidência a relação humana com o meio ambiente em que habita.

A partir da contraposição realizada entre os dezessete ODS e as dimensões da sustentabilidade, foi possível evidenciar que as dimensões da sustentabilidade: social; econômica; ética; ambiental e jurídico-política foram devidamente contempladas nos ODS desenvolvidos pela ONU em 2015. O ideal de sustentabilidade está destacado no contexto dos ODS, no sentido de que os objetivos estão voltados para a promoção das dimensões da sustentabilidade, no intuito de propiciar a justiça intergeracional e socioambiental.

Observou-se que a sustentabilidade possui um conceito e um caráter multidimensional, que visa e propõe o avanço das dimensões (social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política), em que elas possam ser efetivadas mutuamente, de forma a alcançar o plexo da sustentabilidade. Considera-se que as dimensões da sustentabilidade são entrelaçadas e que seu desenvolvimento deve ocorrer de modo conjugado, onde nenhuma delas possa ser esquecida ou postergada, sob pena de insustentabilidade.

Restou demonstrado que o conceito de plexo da sustentabilidade se dá em razão da união indissolúvel das dimensões da sustentabilidade que refletem na sua integralidade os ODS, que conjugados e reunidos propõe o desenvolvimento sustentável pautado no bem-estar duradouro para as presentes e futuras gerações.

Apurou que o plexo da sustentabilidade precisa ser atrelado aos ideais de políticas públicas sustentáveis. Dessa forma, consignou-se que as velhas matizes de aplicação de políticas públicas precisam ser imediatamente superadas e afastadas da Administração Pública, de modo a permear uma nova e concreta gestão pública voltada para os interesses das presentes e futuras gerações.

No objetivo de responder ao problema proposto, entendeu-se que algumas diretrizes básicas de caráter sustentável precisam ser essencialmente implementadas aos ideais de políticas públicas, prévio planejamento, tais como: priorizar as políticas públicas destinadas ao desenvolvimento sustentável, pautadas no plexo da sustentabilidade, em detrimento daquelas políticas que se preocupam apenas com o crescimento econômico em si mesmo; priorizar políticas que congreguem a eficácia não excludente dos direitos fundamentais das presentes e futuras gerações em detrimento daquelas políticas destinadas a promover interesses pessoais dos detentores de poder; priorizar políticas públicas que estejam compromissadas com a responsabilidade intertemporal em detrimento daquelas imediatistas que são propaladas apenas no momento da eleição; priorizar políticas públicas éticas, suficientes e claramente justificadas em detrimento daquelas de caráter duvidoso; adotar políticas públicas que estão em estrita harmonia com os preceitos constitucionais.

Portanto, duas premissas podem ser consubstanciadas a título de conclusão do presente estudo. A primeira é a de que foi possível evidenciar que os ODS procuraram ao máximo permear todas as dimensões da sustentabilidade de modo a prestigiar, objetivar e consolidar um pleno desenvolvimento pautado na sustentabilidade e suas multidimensões, com vistas a propiciar o bem-estar duradouro para as presentes e futuras gerações.

A segunda que se forma é a de que o plexo da sustentabilidade precisa ser adotado como norteador nuclear das políticas públicas, para que elas se tornem sustentáveis, de modo a prestigiar o desenvolvimento pautado na sustentabilidade intergeracional.

Ao passo que o atingimento das políticas públicas sustentáveis só será possível por meio da adoção de um novo paradigma que busque e propicie políticas renovadas, tendentes a concretizar todas as dimensões da sustentabilidade, e não apenas a dimensão econômica. Mais do que isso, as velhas políticas de gabinete, de tráfico de influências, de interesses pessoais e de imediatismo, precisam ser superadas e afastadas para inaugurar uma nova metodologia de aplicação de políticas públicas, direcionadas a permear o pleno desenvolvimento sustentável a favor das presentes e futuras gerações, garantindo-se, dessa forma, o direito ao futuro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. In: REZENDE, Élcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (Orgs.). **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2013. p. 11-51.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, p. 1-51, 2006.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COSTA, Beatriz Souza. **O gerenciamento econômico do minério de ferro como bem ambiental no Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Fiuza, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Iuris Tantum**, Lomas Anáhuac, nº 25, p. 367-387, dez. 2014. Disponível em: <[http://app.vlex.com/#WW/vid/589184090/graphical\\_version](http://app.vlex.com/#WW/vid/589184090/graphical_version)>. Acesso em: 09 jul. 2016.

FERREIRA, Leandro José; RIBEIRO, José Cláudio Junqueira. A participação popular na avaliação de impacto ambiental: um olhar democrático para a proteção ambiental. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, nº 2, p. 59-87, ago. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/58522>>. Acesso em: 25 set. 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FROEHLICH, Cristiane. Sustentabilidade: dimensões e métodos de mensuração de resultados. **Revista de Gestão do Unilasalle**, Canoas, v. 3, n. 2, p. 151-168, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/desenvolve/article/view/1316/1182>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 14, n. 1, p. 834-838, jan./jul. 2016a. Disponível em: <[http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/viewFile/2646/pdf\\_480](http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/viewFile/2646/pdf_480)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. Multidimensionalidade e regulamentação do desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 17-33, jul./dez. 2016b. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0057/2016.v2i2.1385>. Acesso em: 28 set. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAFRA, Juliete Ruana. O paradigma da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro: um direito fundamental material. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 10, n. 1, p. 547-566, jan. 2015. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7182/4080>. Acesso em: 09 jul. 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SARAIVA, Bruno Cozza. O estado de direito socio-ambiental como condição de possibilidade destinada à tutela do futuro. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, nº 32, p. 11-37, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1159>. Acesso em: 25 set. 2018.

OLIVEIRA, João Carlos Cabrelon. Consumo sustentável. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 9, nº 17, p. 79-108, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/255/210>. Acesso em: 09 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Os objetivos de desenvolvimento sustentável: dos ODM aos ODS. **Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD)**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/ODS.aspx>. Acesso em: 17 abr. 2018.

RODRIGUES, Isabel Nader; LUMERTZ, Eduardo Só dos Santos. A economia verde como vetor do desenvolvimento sustentável. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, nº 21, p. 107-134, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/312/399>. Acesso em: 09 jul. 2016.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STAFFEN, Márcio Ricardo; SANTOS, Rafael Padilha dos. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, nº 26, p. 263-288, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/814>. Acesso em: 17 abr. 2018.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. **Processo ambiental: uma proposta de razoabilidade na duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

UMA REVISÃO DO TRIBUTO E DO SEU ESTADO DA  
ARTE: OS CAMINHOS PARA A PÓS-MODERNIDADE

MAURIN ALMEIDA FALCÃO

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# UMA REVISÃO DO TRIBUTO E DO SEU ESTADO DA ARTE: OS CAMINHOS PARA A PÓS-MODERNIDADE

## A REVIEW OF THE TAX AND ITS STATE OF ART: THE PATHS TO THE POS-MODERNITY

Recebido: 23/07/2018  
Aprovado: 11/10/2018

Maurin Almeida Falcão\*

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo estabelecer uma argumentação em torno do tributo a partir dos pressupostos da pós-modernidade, onde se coloca em questão o debate contemporâneo sobre a construção de uma nova percepção da justiça fiscal. Com efeito, como supedâneo da modernidade, em um momento marcado pela emergência do Estado intervencionista, destacou-se como importante meio de solidariedade que marcou a sociedade pós-Revolução Industrial. Uma vez preenchido o vazio social e consolidados os valores da justiça e da democracia, no transcorrer do conturbado Século XX, a justiça fiscal passou a ser questionada em face da eclosão dos novos eventos sociopolíticos que marcaram a ordem internacional do pós-guerra. Desse modo, a permeabilidade dos sistemas tributários em um quadro marcado pela forte internacionalização da economia e pela mobilidade da riqueza levou a novo perfil da justiça fiscal. O deslocamento inexorável das bases tributáveis impôs uma revisão dos conceitos tradicionais da justiça fiscal e determinou uma nova estrutura dos sistemas tributários contemporâneos, colocando-os na zona cinzenta da pós-modernidade. Esse movimento, ainda em construção, evidencia uma ruptura com os valores do passado materializado na flexibilização das estruturas sociais. A partir da pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, esse trabalho evidencia as variáveis incidentes sobre a reformulação dos cânones da justiça fiscal em um momento de transição social.

**Palavras-chave:** Tributo. Contemporaneidade. Justiça fiscal. Pós-modernidade.

**ABSTRACT:** This article aims to establish an argument about the tax from the assumptions of postmodernity, where the contemporary debate on the construction of a new perception of tax justice is questioned. In fact, as a subject of modernity, at a time marked by the emergence of the interventionist state, it stood out as an important means of solidarity that marked the post-Industrial Revolution society. Once the social void has been filled and the values of justice and democracy consolidated in the troubled 20th century, tax justice has been questioned in the face of the outbreak of new socio-political events that have marked the post-war international order. Thus, the permeability of tax systems within a framework marked by the strong internationalization of the economy and the mobility of wealth has led to a new profile of fiscal justice. The inexorable displacement of the tax bases imposed a revision of the traditional concepts of tax justice and determined a new structure of contemporary tax systems, placing them in the gray zone of postmodernity. This movement, still under construction, shows a rupture with the values of the past materialized in the flexibilization of social structures. Based on bibliographical research and the hypothetical-deductive method, this paper shows the variables involved in the reformulation of the fiscal justice canons at a time of social transition.

**Keywords:** Tax. Contemporaneity. Tax justice. Postmodernity.

---

\* Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris 11-Sud (2000). Leciona no Mestrado em Direito e nos cursos de Direito e de Relações Internacionais (Cátedra Jean Monnet) da Universidade Católica de Brasília. E-mail: mfalcao@pos.ucb.br

## 1 INTRODUÇÃO

Na esteira da evolução social, o tributo sempre se fez presente ao marcar as etapas do desenvolvimento da civilização, da democracia, das liberdades e do próprio Estado moderno. Por ser um notável fato social sempre esteve atrelado à evolução sociopolítica, tendo marcado diversas etapas do progresso humano. Por isso, refletiu as organizações sociais incipientes, marcadas pela dominação, pela espoliação, pela submissão ao senhor feudal, passou pelo absolutismo até ganhar os contornos próprios de uma sociedade democrática. No descortinar da sociedade pós-Revolução Industrial, compôs as correntes positivistas em busca das bases da sociedade solidária e sustentou o lançamento do Estado intervencionista.

A partir de então, se firmou como sendo indissociável do Estado moderno e contribuiu para a coesão social. Tornou-se ainda, um importante instrumento para o financiamento do Estado fiscal e, por esta razão, foi visto como instrumento de reforma social ao acolher a noção de justiça e de igualdade. No transcorrer do Século XX, compôs o cenário keynesianista e a reconstrução da ordem internacional do pós-guerra. Ao final dos Trinta Gloriosos, teve o seu papel realçado, todavia, em um contexto marcado pelo declínio do Estado intervencionista. Por conseguinte, os valores adquiridos no passado passaram a ser contestados juntamente com a noção de justiça fiscal e de outros cânones da equidade e da eficiência. A mobilidade das bases tributáveis em um cenário marcado pela globalização financeira e outras formas de flexibilização da ordem internacional acabaram por mitigar a noção de justiça fiscal e a criar regimes fiscais favoráveis, o que levou ao tratamento diferenciado de contribuintes. A este quadro inexorável, foi considerado no artigo, a ação de determinados segmentos sociais em busca de melhores posição na redistribuição da riqueza social, como por exemplo, a obtenção de regimes fiscais favoráveis, a manipulação do sistema legal e de outras formas que contradizem os valores da justiça fiscal.

No portal da pós-modernidade, deparou-se com um estado de letargia fiscal em decorrência do processo de criação, talvez, de uma nova identidade cultural, reforçado pelo desapego ao passado e por uma espécie de *laissez-faire* social. Desse modo, os sistemas tributários passaram por uma importante transformação, desce a consolidação dos Estados sociais do pós-guerra, passando pelo incremento da globalização financeira e pela mobilidade das bases tributáveis, até a primazia absoluta dos impostos indiretos e regressivos na atualidade.

A modernidade foi marcada pelo rompimento com a sociedade antiga, no século das luzes, onde a afirmação da democracia e dos direitos sociais evidenciou a ruptura com o passado sombrio do feudalismo e do absolutismo. Esse período findaria em meados da década de 1980, tendo a queda do muro de Berlin como divisor de águas. Por sua vez, o conceito de pós-modernidade ainda em construção, significaria a falência da modernidade e o advento de novos padrões os quais lançaria a humanidade em uma nova etapa da contínua evolução que tem marcado a história. A flexibilização das estruturas sociais e dos comportamentos individuais ainda aguardam uma nova normatização, talvez, impondo a necessidade de uma adequação aos novos tempos, o que levaria a uma nova mudança social, a exemplo do que aconteceu no período pós-Revolução Industrial.

Com o intuito, portanto, de expor o tributo em seus diferentes contextos, esse artigo analisa a contemporaneidade e o estado da arte do ônus fiscal a partir de uma descrição sobre a sua participação na modernidade. Em seguida, tece considerações sobre a justiça fiscal em um contexto marcado pela incidência direta de fatos sociopolíticos responsáveis por diferentes percepções do tributo pela sociedade. Em uma última etapa, o trabalho se volta para o perfil dos atuais sistemas tributários com o objetivo de situá-lo na sua contemporaneidade e para a descrição de pressupostos da pós-modernidade suscetíveis de influenciar as tradicionais

relações entre o Estado e o cidadão-contribuinte. Para atingir a finalidade proposta, recorreu-se à pesquisa bibliográfica e ao método hipotético-dedutivo.

## 2 O TRIBUTO, A SUA CONTEMPORANEIDADE E O SEU ESTADO DA ARTE

Por envolver diversos ramos das ciências sociais aplicadas, como a ciência política, a sociologia, o direito e a economia, o tributo tem sido utilizado para explicar a evolução das diversas formas de organização social, dentre elas, as que culminaram no Estado moderno e democrático. Suas origens se perdem na noite do tempo, sendo que na antiguidade mais remota, formas rudimentares do sacrifício fiscal já eram identificadas. Salanié (2002, p. 04) informa nesse sentido que « Pour autant que nous puissions le savoir, les impôts sont apparus en même temps que la civilisation en Mésopotamie et en Egypte, comme l'attestent des tablettes sumériennes datées de 3500 avant notre ère ». As civilizações da antiguidade, como Roma e Grécia, impunham o fardo fiscal decorrente da vida em sociedade apenas às classes inferiores, traço marcante do tributo desde os seus primórdios. Nesse aspecto, é possível afirmar que esta lógica ainda predominaria no atual panorama sociopolítico mesmo com o viés democrático que caracterizou a passagem da sociedade antiga para a sociedade moderna. De forma incontestada, pode-se afirmar que em face das heranças do passado, a possibilidade de postergação do fardo tributário seja algo inerente ao imposto e que obedece a uma lógica marcada pela dominação. Bouvier (2010, p. 169) assinalou as origens de ordem antropológica, sociológica e econômica encontradas no estudo historiográfico do tributo e destacou também os períodos conturbados pelos quais passou:

La légitimité du pouvoir fiscal est sans aucun doute étroitement liée d'abord aux origines les plus lointaines de l'impôt, et à des formes primitives du prélèvement fiscal nées de déterminismes économiques, politiques et religieux, intervenant le plus souvent sur fond de violence, mais aussi d'échange et de soumission acceptée.

Nas suas origens, o ônus permaneceu estreitamente vinculado às formas de escravidão, de domínio, de espoliação e de submissão até o momento onde a razão e a conveniência democrática viriam a se sobrepor. No crepúsculo do medievo, pôs fim à corveia e outras formas de submissão que caracterizavam a tributação dominial. Na emergência do absolutismo, o imposto compôs o cenário regaliano (tributação voltada para sustentar as regalias do rei) e atenuou, ainda que parcialmente, a opressão registrada no transcurso da era medieval. Não obstante essa constatação inexorável, não há meio de se chegar a uma melhor compreensão da marcha evolutiva da humanidade sem passar pelo crivo do imposto como meio indispensável à eficiência coletiva e à coesão social. Ardant (1965, p. 31) esclareceu nesse sentido que “L'impôt a pu également se dégager par une évolution progressive, à l'intérieur d'un groupe social déterminé”.

### 2.1 O tributo como importante supedâneo na construção da modernidade

Da perspectiva apontada acima, pode-se afirmar que o imposto sempre se constituiu em traço indelével do lento e contínuo progresso dos núcleos sociais que a história da humanidade conheceu. Por isso, incorporou diferentes modalidades impositivas que, em um determinado momento, espelhavam a ordem econômica, política e social vigente. Na análise da formação sociopolítica que marcou a humanidade, o imposto proporcionou os elementos necessários

a uma melhor compreensão das doutrinas e ideologias vigentes, seja a da espoliação, a da dominação ou da democracia, tornando possível estabelecer um melhor conhecimento das etapas do progresso humano. A exação fiscal se manifestou, então, como o meio privilegiado de compreensão do corpo social e das relações estabelecidas em seu interior. Mais tarde, duas revoluções contribuíram de forma significativa para a emergência da modernidade, a Revolução Francesa de caráter político e a Revolução Industrial, de natureza técnica, conforme observou Parsons (1973, p. 78):

*C'est à la fin du 18e siècle que débutèrent deux développements formant transition en ces deux changements entre la phase du début de la modernité et celle qui s'est cristallisée au milieu du 20e siècle. On a l'habitude d'appeler "révolution industrielle" et "révolution démocratique".*

De fato, a Revolução Francesa trouxe em sua esteira, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual consagraria os princípios da capacidade contributiva e do consentimento ao imposto, esse último tendo sido contemplado por ocasião da Magna Carta do Rei João sem Terra, na Inglaterra, em 1215. A segunda revolução culminou na mudança social, ao impor transformações que levariam a um novo cenário sociopolítico, marcado pelo advento do Estado intervencionista, pela instauração da grande sociedade solidária, tudo nos intramuros da democracia e da sociedade moderna. Constituiu-se, portanto, em supedâneo à construção do marco inaugural das novas estruturas sociais que caracterizavam a então incipiente sociedade industrial.

Alargados os horizontes políticos e preenchido, ainda que parcialmente, o vazio social, as falhas do mercado liberal dariam lugar ao intervencionismo estatal, o qual viriam assentado no tripé da alocação, da redistribuição e da estabilização. Esse fato daria um novo contorno ao Estado e as suas instituições. Foi nesse contexto que a análise dos fatos sociais ganharia corpo com o positivismo sociológico e as novas formas de produção da riqueza levariam à abertura de uma página importante da economia política, esta vista como ciência da riqueza e da felicidade conforme consignado nos cânones da economia política.

Dado início à modernidade, onde os valores da democracia e da justiça se constituíam na ordem natural do século das luzes, o tributo seria alçado à condição de vigoroso mecanismo de mobilidade social e de solidariedade, sendo objeto, por isso, de contestações e de apoio nas fileiras liberais e socialdemocratas de então. Nesse diapasão, o tributo adentrou no Século XX sustentando a continuidade do socialismo de cátedra e a sua exequibilidade na República de Weimar e em outros bastiões sociais como o então recém-inaugurado Estado-providência francês. Por recepcionar os valores da solidariedade, o tributo recebeu a adesão dos adeptos do igualitarismo que, de forma apaixonada, afirmavam que finalmente haveria um meio capaz de impor aos ricos um preço a pagar pela paz social. Esse instrumento se materializaria na instituição da progressividade, marco da equidade e da justiça social, discurso esse que ainda se faz presente nesse momento de transição para a pós-modernidade.

Além da construção do tributo como pilar da sociedade solidária, deve ser observado a sua onipresença no rico período que marcou a construção do pensamento econômico moderno, durante os séculos XVII e XVIII. Não apenas os fisiocratas, mas também Graslin, Ricardo e Say consideraram a incidência do tributo nos processos de produção, distribuição e de consumo de.

No entreguerras (1919-1939), firmou-se como o paliativo para debelar a crise dos anos trinta do Século XX e, por isso, se fez objeto de uma releitura que colocaria a função estabilizadora como um dos pilares do keynesianismo. A eliminação dos graves desequilíbrios macroeconômicos que grassavam o cenário sociopolítico passaria pela utilização do tributo

como forma de alavancar a retomada do desenvolvimento. Em consequência, a convergência dos problemas econômicos do sistema internacional levaria, já no pós-guerra, a uma expansão significativa da carga tributária com vistas ao saneamento da dívida social. O Estado-providência conheceria o seu apogeu em uma era de desenvolvimento o qual estava estreitamente relacionado à expansão da sociedade industrial.

Mergulhadas em uma crise internacional, iniciada a partir da primeira crise do petróleo (1973), os países desenvolvidos perceberam, finalmente, o fim dos “Trinta Gloriosos”. O desemprego e a inflação exigiam medidas de contenção da carga tributária. Na proa daqueles novos tempos, os Estados Unidos de Reagan e a Inglaterra de Thatcher implementaram medidas, logo no início da década de 1980, com vistas à redução da carga tributária e, com isso, relançar a economia. Essas iniciativas poderiam ser consideradas como uma releitura do keynesianismo uma vez que o Estado abria mão de receitas tributárias com o intuito de corrigir desequilíbrios macroeconômicos. Entretanto, algumas correntes tidas como “progressistas” enxergaram nessas medidas, um viés neoliberal que seria considerado a marca desses governos e que espalharia a onda por diversas economias ao redor do mundo. Sob a batuta de Milton Friedman e dos *Golden Boys*, o Chile se colocaria, a partir de 1973, como o grande laboratório do experimento neoliberal.

Que fatos levaram a essa nova onda liberal? A partir da consolidação dos Estados sociais, registrada na passagem dos séculos, foi instaurado um conflito de proporções políticas o qual confrontou as forças do velho liberalismo e da incipiente socialdemocracia e que perpassou por todos os momentos, da afirmação do intervencionismo, passando pela renovação contratualista do pós-guerra até o ocaso dos Trinta Gloriosos, na primeira metade da década de 1970. Desde a emergência da sociedade solidária até a sua crise em meados da referida década, levou ao recrudescimento dos antigos valores da liberdade traduzidos no vigoroso discurso neoliberal que se delinearía nos horizontes das economias industriais. Embora a crise econômica internacional da década de 1970 tivesse diversas motivações, como por exemplo, o desemprego e a inflação nos países industrializados, a crise da dívida dos países periféricos e os altos preços do petróleo, havia nesse contexto um lugar reservado ao tributo e as suas repercussões macroeconômicas. Os excessos intervencionistas ocorridos após a expansão do modelo universal da seguridade social, consubstanciado principalmente no protótipo do *Welfare State* concebido por Beveridge no Reino Unido, no pós-guerra, (primeira metade da década de 1940), se tornaria o *leitmotif* dos discursos dos economistas liberais. As consequências foram percebidas de imediato por terem conduzido à expansão desmedida do Estado. Sem dúvida, a combinação entre o incremento dos gastos públicos e das contribuições sociais desencadearam a reação das forças consideradas como conservadoras. É importante observar que o incremento da carga tributária compunha o arranjo que levaria fatalmente à crise internacional além de ter concorrido para a redução expressiva do poder aquisitivo dos indivíduos, reduzindo os níveis de consumo e gerando efeitos cíclico nefastos e de proporções macroeconômicas.

Afinal, que utopia social poderia se sustentar em um quadro de degradação econômica cujos efeitos atingiriam, de imediato, as políticas fiscais com repercussões sociais extremas? Havia chegado a hora de se repensar o Estado e as suas instituições. De forma vigilante, os organismos de regulação internacional passaram a exigir as condições anteriormente estabelecidas com vistas à inserção internacional das economias em um quadro de interdependência. Logo, um modelo que pudesse confrontar o Estado-providência ganharia destaque. Em voga desde a difusão das ideias da Sociedade do Mont-Pélerin, entidade criada na Suíça em 1947, sob a égide de economistas notáveis como Friedrich von Hayek da escola austríaca, os laboratórios das escolas do novo pensamento econômico passaram a implementar

as suas diretrizes voltadas para o modelo do Estado mínimo e estabeleceram um arsenal de medidas destinadas aos países com desequilíbrios orçamentários.

O tributo, sempre atrelado à noção do intervencionismo estatal, passou então, de forma idêntica, a sofrer modulações com vistas a sua conformação ao pensamento econômico o qual se adequava plenamente aos novos tempos. Assim, além da força inexorável da globalização, acompanhada da conexão dos mercados financeiros, do pungente multilateralismo, da mobilidade da riqueza e da expansão das empresas transnacionais, havia a necessidade de se definir uma nova arquitetura do Estado. Por conseguinte, essas variáveis atuaram sobre os valores ainda não consolidados da equidade e da justiça fiscal no sentido de ditar um novo perfil para os sistemas tributários. Sem dúvidas, estava-se diante de um processo que inverteria a lógica do tributo em decorrência do questionamento, por exemplo, da progressividade, a qual se tornaria o alvo do inconformismo liberal.

O cenário que se delineou, induziu à letargia fiscal e a maioria desorganizada da sociedade não teve como anular a estratégia da elite. Na escala social, a minoria organizada obteve, ao longo de todo o processo que marcou a sociedade pós-Revolução Industrial, posições privilegiadas de poder e de acesso à riqueza social. É importante observar que essa conexão se tornou e se manteve possível, principalmente, por meio do controle do sistema jurídico-tributário dos Estados democráticos. Essa constatação se firma no entendimento do lento e gradual processo de transposição de um modelo de intervencionismo estatal para uma configuração sociopolítica. Esta sempre atuou de modo incessante com vistas a resgatar os valores do Estado mínimo.

Deve ser ressaltado o fato de que esse controle do sistema jurídico-tributário não tem sido percebido pela *intelligentsia* tributária, a qual se mantém engessada pelos cânones do positivismo e não percebe o engodo das construções jurídicas mais sofisticadas, as quais atentam contra os princípios mínimos da tributação justa. Por esta expressão deve-se entender não a tributação destinada a sustentar plenamente os excessos intervencionistas mas aquela voltada à repartição equânime do ônus fiscal e aos preceitos da justiça fiscal.

A despeito do passado marcado pela riqueza das formulações teóricas sobre as quais se debruçaram ainda inúmeros pensadores que, embora não se referissem à expressão “tributo”, lançaram as bases das suas argumentações calcadas na noção de uma sociedade que teria como norte a igualdade de condições. Esse fundamento marcou o discurso de Tocqueville e justificou a divisão do trabalho social de Durkheim e o funcionalismo de Parsons.<sup>2</sup> Essa teorização do tributo enquanto fato social, econômico, jurídico, político e administrativo se confirmaria a partir da inauguração da sociedade moderna, já na fase pós-Revolução Industrial.

Ainda, quanto à crise da década de 1970, os países em desenvolvimento se colocariam nesse cenário de forma inversa. Apesar da onda neoliberal, o que de fato atingiu os Estados endividados, principalmente da América Latina, todavia, foi a política de redução dos gastos públicos e o aumento da carga tributária que contribuiriam para a crise social. É oportuno lembrar que na fase que sucedeu à crise internacional da década de 1970, havia o acompanhamento ostensivo por parte dos organismos internacionais de regulação financeira, da implantação das medidas de austeridade. O incremento vigoroso da carga tributária viria acompanhado da degradação dos serviços públicos devida, em parte, à redução dos gastos públicos e ao processo de urbanização registrado em diversos países, dentre eles o Brasil. De fato, a migração do campo para a cidade, na transição das décadas de 1960 e de 1970, em um

<sup>2</sup> Alexis de Tocqueville (1805-1859), pensador político francês e precursor da sociologia. Os seus trabalhos influenciariam toda uma geração de sociólogos e ao pregar a igualdade condições, estendeu-a também à igualdade em face do tributo para se evitar a consequência de se poupar o rico e sobrecarregar o pobre. Émile Durkheim (1858-1917), sociólogo francês considerado um dos fundadores da sociologia ao consagrar o método científico e a observação empírica dos fatos sociais. Talcott Parsons (192-1979), sociólogo americano considerado o pai do estruturalismo, onde o indivíduo seria apenas uma peça da estrutura do funcionamento social.

momento de retração dos gastos públicos estaria na origem dos problemas sociais que afligem ainda diversos países nesse Século XXI.

O processo de inversão das formas de redistribuição da riqueza social não foi percebido por boa parte da *intelligentsia*<sup>3</sup>, talvez preocupada com a interpretação literal dos textos jurídicos e se dobrando sempre à figura sagrada do legislador. Por detrás desse processo, a elite e os grupos de pressão passaram a formular uma estratégia com o intuito de se aproximar melhor do núcleo de decisão estatal. A partir daí, com as facilidades permitidas pelos próprios mecanismos de imposição, tiveram um acesso privilegiado sobre a riqueza social produzida pelo próprio Estado. Sob o manto de regimes fiscais favoráveis à atração de investimento, com exonerações para diferentes categorias de rendas ou, ainda, por meio da utilização da extrafiscalidade, tornaram o Estado refém com base no argumento de que seria necessária uma política voltada à manutenção dos níveis de investimento ou de emprego. A estratégia empregada se constituiu, poderia se dizer, a uma volta ao passado pois estava-se diante dos mesmos argumentos utilizados quando da formação da sociedade de rentistas no Século XIX.

Todavia, a inversão em comento, ocorreu na mudança programada do perfil dos sistemas tributários. Após o relançamento da dinâmica internacional do pós-guerra, a partir da década de 1980, com origens na globalização financeira e na interdependência, impôs-se uma situação desvantajosa para diversos segmentos sociais. O deslocamento do foco da tributação sobre a renda e o patrimônio para o consumo, se constituiria em uma comodidade que se adequava plenamente às diretrizes emanadas pela ordem tributária internacional. A mobilidade dessas bases criou uma situação confortável para esses grupos que se aproximaram dos núcleos de decisão do Estado. Com isso, obtiveram um considerável poder de barganha além de contribuírem para a instauração de uma recrudescente concorrência fiscal desleal. Finalmente, puderam então consolidar a ideia de que o próprio mecanismo do imposto permitiria repercutir o fardo fiscal sobre outros ombros e, de passagem, debelar de vez os delírios intervencionistas do pós-guerra.

Não obstante esse revés, a retomada do discurso sobre os prodígios da progressividade voltaria à cena fiscal. De fato, ao final do século passado e até os dias atuais, o clamor por uma maior progressividade nos sistemas tributários passou a integrar a agenda das reformas fiscais em diversos ordenamentos. Tentativa debalde, poderia se dizer. Entretanto, é importante verificar que uma cortina de fumaça se instalou entre o contribuinte e o Estado. A opacidade das propostas de reforma tributária, sem o exagero que o texto permitiria, beiram às vezes, o burlesco. Por isso, a progressividade tornou-se uma espécie de arlesiana,<sup>4</sup> ou seja, um debate sempre adiado em face das dificuldades de se obter o consenso político indispensável ao êxito das negociações. Em outro sentido, os argumentos sólidos daqueles segmentos já nomeados acima – elites e grupos de pressão – se contrapõem de forma absoluta devido à precariedade das propostas elaboradas, até de certa forma eufórica, por determinados segmentos sociais.

Deve ser ressaltado nesse caso que a implementação de uma maior progressividade atingiria, antes de tudo, classes sociais que já sofrem uma tributação excessiva por diversas razões. Por sua vez, aqueles que estão no topo da pirâmide são nômades fiscais, se deslocam facilmente em diversos sistemas tributários, escolhem os mais atraentes do ponto de vista do planejamento tributário e, por isso, estão alheios ao “surrado” discurso da progressividade. Além disso, detêm posições privilegiadas próximas do poder e dos legisladores, o que lhes permite ter uma excepcional mobilidade em relação ao contribuinte comum.

<sup>3</sup> *Intelligentsia*: termo empregado para definir o conjunto um grupo de intelectuais com influência na política, na cultura em outros segmentos do conhecimento, em uma determinada sociedade. Pode ser utilizado também para definir o conjunto de intelectuais de um país.

<sup>4</sup> *Arlesiana*, do francês *arlésienne*, termo que designa algo que foi anunciados por diversas vezes e jamais concluído ou quando se espera por alguma coisa e esta não chega nunca. Em sua origem, refere-se às mulheres nascidas na cidade de Arles (França) e ao conto de Alphonse Daudet (1840-1897), *L'Arlesienne*.

Sem abandonarem o falso viés social, propõem políticas públicas ou defendem uma progressividade, sabendo que tais medidas não os alcançarão. Entretanto, obtém o *label* do politicamente correto, o que os habilita para conduzir o processo político e obterem votos de forma cômoda.

### 3 O DEBATE PERDIDO DA JUSTIÇA FISCAL

Nunca se falou tanto em justiça fiscal nos dias atuais e, mesmo assim, se está cada vez mais distante desse objetivo. A anestesia fiscal de todos explica o desinteresse de boa parte dos segmentos sociais em acompanhar os desdobramentos da exigência fiscal, não obstante ela estar presente no cotidiano. Nada se faz sem que haja uma incidência do tributo. Entretanto, como explicar o desinteresse da sociedade pelo tributo e os seus efeitos sobre as políticas, o financiamento do Estado, a repartição equânime da carga tributária, dentre outros valores canônicos da justiça fiscal. Nem mesmo o civismo que deve nortear a relação entre o Estado e o cidadão-contribuinte tem entrado na ordem do dia. O próprio Estado se encarregou de cavar um fosso entre ele e o contribuinte. Longe está o tempo onde o cumprimento do dever fiscal se constituía em orgulho pessoal e o sentimento do dever cumprido.

Esse quadro permite que outros segmentos sociais tirem proveito da riqueza social produzida pela coletividade e pelo Estado. O desconhecimento dos princípios basilares da tributação permite a instauração de regimes fiscais favoráveis para determinados grupos em detrimento de outros. Não há nem como se falar em justiça fiscal em uma situação caracterizada pela penúria

Contudo, o perfil dos sistemas tributários foi direcionado de forma a obedecer a uma lógica estabelecida ainda nos albores da década de 1970. A inexorável marcha da globalização financeira, acompanhada da mobilidade das bases tributáveis como assinalou Faria (1999, p. 23) inverteu o que poderia ser considerado como o desdobramento natural do perfil dos sistemas tributários. O quadro predominante na década de 1960, onde o desenvolvimento levaria a uma primazia da tributação direta mesmos nos países « subdesenvolvidos », de tecido fiscal precário, em razão direta do desenvolvimento que estes experimentariam, criaria nichos de riquezas suscetíveis de serem submetidos à tributação. Seria esta a modernização dos sistemas tributários e que permitiriam alcançar uma maior justiça fiscal marcada pelo abandono natural da tributação regressiva e injusta, em favor de uma tributação voltada para a justiça fiscal, incidente sobre a renda e o patrimônio, expressões do desenvolvimento.

Sem embargos, é possível afirmar que a inversão desse processo lógico, onde os países desenvolvidos tinham na tributação direta a sua principal fonte de receitas e os demais, os países « subdesenvolvidos » dependiam mais da tributação indireta, notadamente daquelas receitas provenientes das importações, já que não detinham qualquer parque industrial importante. Esse sistema de « tributação de portas » se revelava insustentável em razão das necessidades orçamentárias. Assim é que na atualidade, com o incremento da globalização financeira, até mesmo os países desenvolvidos a dependerem da tributação indireta devido à tendência de redução dos tributos incidentes sobre a renda e o patrimônio em razão da concorrência fiscal internacional. A exposição de diversas economias às agruras da concorrência fiscal desleal e à mobilidade das bases tributáveis impuseram uma redução das alíquotas incidentes sobre os tributos diretos, quando não, a concessão de regimes favoráveis de investimentos, caracterizados, em boa parte, pela exoneração de investimentos estrangeiros. Com isso, os países perderam a margem de manobra necessária com vistas à disponibilização de sistemas tributários mais progressivos e tiveram que buscar junto à renda assalariada e o consumo,

as receitas tributárias perdidas. Não haveria meios de se discutir a progressividade nessa perspectiva

Não há que se discutir a boa-fé daqueles que se lançam na proposição de modelos que vão desde a simplicidade do sistema tributário até a implementação dos mecanismos da progressividade em escala superior àquelas praticadas no cotidiano. Além do que, o *leitmotif* desses acadêmicos não raras vezes se dirige às vertentes da justiça fiscal. Para isso, trazem listas exaustivas dos grandes teóricos da justiça que permeiam o universo literário atual o que lhes permite discorrer, por horas a fio, sobre as virtudes da tributação justa, equânime e de outros adjetivos próprios do jargão fiscal. Essa utopia vem sendo perseguida por anos a fio por meio de um rosário de proposições e não se esgotam jamais. Apesar da sinceridade dessas propostas de reforma, elas ignoram a lógica dos sistemas tributários enquanto arena de disputa política.

Sem dúvida, os custos decorrentes do financiamento do Estado, dentro da própria lógica do mecanismo tributário, são sempre repassados para quem não tem como evitar o ônus da vida em sociedade. É inquestionável que as formas de repercussão da carga tributária sobre outros foram positivadas e fazendo com isso, que tais comportamentos ocorram à luz da legalidade. A junção desse mecanismo à sociedade de consumo resulta no fato de que a grande massa, aqui em oposição à noção de elite, suportaria todo o custo, desde a produção até o consumo final. Tal expectativa se confirma quando se depara com a agressividade dos sistemas regressivos de tributação, em voga nas diversas economias. Essa perspectiva pode ser facilmente comprovada ao se analisar as planilhas da cadeia produtiva, onde o tributo é tido como um custo e repassado, assim, ao preço final dos produtos.

É importante observar ainda que o outro lado da moeda está relacionado à acumulação de riqueza social pelo Estado. Não é por demais observar que a concessão de regimes tributários favoráveis aos mais diversos segmentos do mercado geram distorções consideráveis e contribui para a acumulação perversa de riquezas. Apesar dos objetivos iniciais dessas concessões do poder público serem voltados para a geração de empregos e promoção do desenvolvimento, o fato é que diversos apontamentos demonstram que os resultados finais nem sempre são alcançados. Em diversas situações a redução de carga tributária para um determinado segmento econômico não tem refletido no preço final dos produtos. Ora, tal perspectiva conduz de imediato à constatação de que essas medidas favoreceriam a acumulação de riquezas nos limites desses segmentos.

Entretanto, o decorrer do tempo e as modalidades de tributação que logo se impuseram, demonstrariam o início de um processo de redistribuição inversa da riqueza social. Nesse caso, a predominância de impostos indiretos aliada a um sistema de exoneração fiscal no campo dos impostos diretos, segundo a categoria da renda. A diversidade de impostos que emergiram em diferentes momentos não esconderia a lógica inexorável da repercussão do seu ônus. Afinal, o surgimento de um mecanismo destinado a retirar parte da riqueza dos indivíduos não deixaria de integrar a estratégia daqueles que, em posições privilegiadas no cenário sociopolítico, buscariam os meios de se furtar ao resgate da dívida social por meio do tributo.

Retomando a questão que se encontra no ápice dos discursos por mais progressividade e justiça fiscal, a crítica volta-se para o que é considerado como a inovação fiscal do Século XX. A tributação indireta integra, de forma constante, a agenda daqueles que contestam o seu efeito regressivo e a sua proporcionalidade. Quando se mede a carga tributária, percebe-se logo os números significativos da arrecadação dos tributos indiretos. Sem dúvida, essas características estão presentes no próprio mecanismo do tributo. Quais seriam, pois, as razões que levariam a sua persistência no cenário fiscal contemporâneo, não obstante a unanimidade em torno do seu caráter supostamente nocivo em face dos cânones da justiça fiscal? A lógica que conduz à estruturação dos sistemas tributários e as mais variadas modalidades impositivas

que compõem o seu perfil deixou há muito tempo de dar uma resposta satisfatória sobre esse tema. Como ignorar, portanto, a modulação do sistema legal e do próprio sistema tributário diante de quadro tão adverso como o atual? A implementação de alíquotas progressivas mais altas daria uma maior efetividade à justiça fiscal?

Em realidade, o pragmatismo tem ditado a condução da política fiscal no Brasil. Quando se verifica a inexistência de margem de manobra para se atuar em aspectos pontuais que levariam a uma maior justiça fiscal, como por exemplo a correção da tabela do Imposto de Renda ou a redução de tratamentos privilegiados a determinadas categorias de renda, vê-se que a justiça fiscal cada vez mais se torna uma utopia. A necessidade de inserção dos sistemas tributários na ordem internacional é outro viés que impõe o tratamento desigual de contribuintes. Nesse caso, o pragmatismo prevalece devido à necessidade que o país tem de atrair investimentos estrangeiros necessários ao seu desenvolvimento.

#### **4 UMA BREVE DISCUSSÃO SOBRE O PERFIL DOS ATUAIS SISTEMAS TRIBUTÁRIOS**

Preliminarmente, se faz importante descrever o que seria a definição de riqueza social. O conceito elaborado por Walras (1952, p. 21), segundo o qual a riqueza social seria o conjunto das coisas materiais ou imateriais que são raras, ou seja, elas nos são úteis mas que existem em quantidade limitada. Por isso, Walras (1952, p. 34) acrescenta que “Il faut ensuite qu’au sein de la division du travail, comme en dehors, la répartition de la richesse sociale entre les hommes en société soit équitable ». Deve ser notado que esta repartição equânime da riqueza social se constitui no nó górdio na atual sociedade. Apesar de integrarem as cartas constitucionais em diversos sistemas de direito, os princípios basilares da justiça fiscal têm sido ignorados de forma sistemática em proveito de um pragmatismo irresponsável.

Por conseguinte, no transcorrer do tempo pode se perceber que as modalidades de tributação que logo se impuseram, demonstrariam o início de um processo de redistribuição inversa da riqueza social, pelas razões exposta acima. A diversidade de impostos que emergiram nos diferentes momentos sociopolíticos não esconderia a lógica inexorável da repercussão do seu ônus sobre o patrimônio e o bem-estar dos indivíduos. Afinal, o surgimento de um mecanismo destinado a retirar parte da riqueza dos indivíduos não deixaria de integrar a estratégia daqueles que, em posições privilegiadas no cenário sociopolítico se se furtariam ao resgate da dívida social.

Outra questão que se encontra no ápice dos discursos por mais progressividade e justiça fiscal, é aquela voltada para o que se considera como sendo a inovação fiscal do Século XX. A tributação indireta integra, de forma constante, a agenda daqueles que contestam o seu efeito regressivo, a sua proporcionalidade e a sua presença ostensiva nos números que medem a carga tributária. Sem dúvida, essas características fazem parte da natureza específica do tributo. Quais seriam, pois, as razões que levariam a sua persistência no cenário fiscal contemporâneo, não obstante a unanimidade em torno do seu caráter supostamente nocivo em face dos cânones da justiça fiscal? A lógica que conduz à estruturação dos sistemas tributários e as mais variadas modalidades impositivas em perspectiva que compõem o seu perfil, deixou há muito tempo de prevalecer de forma racional.

O que se pode constar em todo esse cenário sociopolítico é que a configuração dos sistemas tributários expõe em seu interior, conflitos e disputas políticas pela obtenção de posições privilegiadas em torno dos núcleos de poder. O que estaria em disputa nesse caso, seria a riqueza social, traduzindo de outra forma, as exonerações e regimes fiscais favoráveis

a determinados segmentos do universo de contribuintes. Com isso, promove-se um reajuste de poder na escala social que culmina no agravamento do fardo tributário sobre a maioria desorganizada. Esses fundamentos decorrem da teoria das elites a qual poderia estar ao mesmo tempo, no que se refere à relação conflituosa entre o Estado e o contribuinte, tanto no espectro da sociologia política quanto da sociologia fiscal. Não seria por demais lembrar que o tributo é um fato social e, por isso, é passível de tantas influências ou manipulações as quais refletem uma disputa pela riqueza social, o que a teoria do *Public Choice*<sup>5</sup> denominou de *rent-seeking*<sup>6</sup>. Afinal, pode-se assegurar que o sistema tributário é uma arena política na qual se digladiam as forças mais expressivas e com influência sobre a produção da norma jurídico-tributário. Assim, é que diversas categorias têm obtidos regimes favoráveis os quais passam a integrar o ordenamento jurídico e nesse caso, pode-se apontar os segmentos econômicos, investidores nacionais e estrangeiros, sindicatos e, em tempos mais recentes, as entidades do Terceiro Setor.

O conjunto de forças que se aglutinam em torno do Estado, com o objetivo precípuo de obter favores fiscais, como é o caso dos grupos apontados acima, deslocam o ônus fiscal para outros segmentos sociais, os quais passam a suportar o fardo fiscal. É importante observar que essa dinâmica sempre fez parte da natureza do tributo, desde os primórdios quando era visto como uma forma de dominação ou de submissão. Na atualidade, ao ser atrelado a noção de justiça ou de democracia e até mesmo de solidariedade, tal suposição não lhe suprime a noção de castigo àqueles ao qual é submetido. É nessa perspectiva, talvez, e não percebida por muitos em razão da anestesia fiscal que parece prevalecer, que muitos se deixam conduzir pelas promessas da grande sociedade solidária. Em realidade, apesar de muito bem elaborada no curso das últimas décadas, as teorias da justiça fiscal jamais contemplaram o aspecto das incidências sociopolíticas sobre a tributação e tratam, apenas na superfície, a realidade inexorável decorrente do pesado fardo da vida em sociedade.

Busino (1992, p. 31) reiterou que “La direction de la société appartient aux élites qui sont variées et disparates”. Nesse caso, o autor se refere nesse exemplo, à minoria organizada, em contraposição à massa desorganizada. Sem dúvida, em torno do processo de produção, circulação e consumo da riqueza social, inúmeros segmentos da sociedade se organizam com vistas a não apenas se apropriar da mesma mas também repercutir sobre outras classes, os custos relativos ao financiamento do Estado. Trata-se, em realidade, de uma ruptura do laço social estabelecido na qual o Estado privilegia determinadas relações em detrimento de outras. A repercussão dessa postura leva ao desequilíbrio daqueles que cumprem como seu dever cívico de pagar tributos. A erosão das receitas públicas, seja em razão dos regimes fiscais favoráveis, da sonegação fiscal, das possibilidades oferecidas pelo planejamento tributário e de outros meios que distinguem os contribuintes com mobilidade (os nômades fiscais) e os contribuintes sem mobilidades, ou melhor, não globalizados. Faria (1999, p. 23), apontou esta limitação à autonomia dos Estados em tributar suas bases econômicas em razão da mobilidades das bases tributáveis em quadro globalizante ao notar que “Numa situação extrema, os Estados chegam ao ponto de não mais conseguirem estabelecer os tributos a serem aplicados sobre a riqueza – este é que, transnacionalizando-se, passa a escolher onde pagá-los”.

Sem equívocos, é possível assinalar que não haveria como consolidar os cânones da justiça fiscal em um ambiente jurídico marcado pelo desequilíbrio de uma das partes. A arena política na qual se transformou o sistema tributário e o núcleo de redistribuição da riqueza, demonstra a preponderância de grupos de pressão, os quais obtêm posições privilegiadas para negociar todo o mosaico de possibilidades de redução de suas cargas tributárias. Trata-se de

5 *Public choice*: teoria desenvolvida em 1962, nos Estados Unidos, para explicar a atuação dos fenômenos políticos a partir de métodos econômicos criados para explicar a forma como são tomadas as decisões políticas, as falhas do Estados. A teoria estuda ainda a questão do voto, da burocracia e dos grupos de pressão. A obra de James Buchanan e Gordon Tullock - *The calculus of consent* - publicada no mesmo ano, se constitui na pedra fundamental da teoria.

6 Da tradução literal: captura de renda. Todavia, refere-se à busca de privilégios a partir da atuação política e não do mercado.

um jogo onde determinadas classes promover um reajuste de poder a partir de suas estratégias em detrimento, portanto, de outras. Ao se referir a James Carter, Eisenstein (2010, p. 17) afirma que este sempre foi um defensor do tributo e sempre manteve a acusação à classe política e as suas distinções entre ricos e pobres ao proclamar que “There was “clamor”, he stated, that the tax was “class legislation” because it made “distinction between the rich and the poor”. Essa opção da classe política não é uma surpresa quando se verifica a outra face da moeda do Estado fiscal, a dos gastos públicos, a qual se encontra estreitamente vinculada às formas de obtenção de receitas para tanto. Nesse domínio, há do mesmo modo um interesse latente dos grupos de interesse que alcança de forma direta o processo eleitoral. Falcão e Neiva (2016, p. 240), ao discorrerem sobre o *rent-seeking* destacaram que “Em realidade, o que lhes move é a busca constante pelos interesses privados, ou seja, a busca por vantagens legais que favoreçam uma maior transferência de renda em benefício próprio”. Da apropriação do sistema tributário por segmentos com interesses privados pode-se inferir que Proudhon (1861, p. 186) tinha uma certa razão quando questionou a progressividade, um dos cânones da justiça fiscal, como forma de entreter o público por meio do verniz da filantropia: “Quand cessera-t-on d’entretenir le public de ce bilboquet de la progression, qui n’a été imaginé que pour donner un vernis de philanthropie à l’impôt et ménager la pudeur des riches”.

Deve ser observado que esta argumentação de Proudhon permite que se possa questionar os princípios que foram incorporados à relação jurídico-tributária ao longo de mais de dois séculos. Nessa perspectiva, os princípios da capacidade contributiva e do consentimento seriam uma espécie de verniz de democracia que levaria todos a acreditar na boa-fé do sistema político. Assim, o manto da legalidade não deixaria dúvidas quanto ao aspecto legal da exigência fiscal. Entretanto, a espada que se coloca acima da cabeça de todos é a da manipulação do sistema legal por determinadas classes, como ressaltou Busino mais acima. Para reforçar esse entendimento, faz-se importante trazer a esse trabalho, a manifestação de Meynaud (1960: 05), sobre a ação de determinados grupos sociais (grupos de pressão). Esses, ressalta o autor, “lutam de forma engajada com vistas a tornar as decisões dos poderes públicos de acordo com os interesses ou ideias de uma determinada categoria social e, por isso, são considerados como um instrumento poderoso de anulação da democracia”. Deste modo, vê-se que o cidadão-contribuinte teria com o que se preocupar em face da apropriação do sistema legal por esses grupos. A primazia de determinadas classes sociais sobre outras decorre, em parte, do reajuste de poder proporcionado pelo tributo. Essa constatação se constitui em um paradoxo. Visto como forma de coesão social e de redistribuição, o tributo atuaria no sentido inverso ao promover a redistribuição das classes menos favorecidas àquelas mais aquinhoadas pelas razões expostas acima. Falcão (2016, p. 1.856) explicou essa distorção ao afiançar que “O reajuste do poder entre as classes ocorreu, justamente, no acesso privilegiado que parte dessas teriam ao aparato estatal ou, de outra forma, ao sistema legal como resultado da vontade de uma minoria”.

Breve, pode-se asseverar que esta perspectiva sociopolítica do tributo expõe uma grave ruptura do laço social que une todos em torno da solidariedade e de outros pressupostos que implica a relação entre o Estado e o contribuinte, a qual foi consentida livremente e de forma racional nos termos da lição de Nemo (2017, p. 167):

Il importe de comprendre qu’en créant de plus en plus d’impôts sans contrepartie, les États-providence modernes, et spécialement la France, ont rompu avec le pacte qui avait été formulé lors des grandes révolutions démocratiques selon lequel l’impôt devait résulter d’un contrat librement consenti sur des bases rationnelles entre l’État et les citoyens. En rompant ce pacte, les États-providence ont posé les germes d’une grave division sociale.

No entanto, talvez em razão do estado de anestesia fiscal na qual se encontra quase todo o corpo social, a divisão social citada por Nemo tem passado despercebida por todos. De fato, poucos atentam para a presença quotidiana do ônus tributário no seu bem-estar e, por isso, não se interessam pelas discussões sobre reforma tributária ou qualquer movimento no sentido de se reverter a situação desvantajosa para a maior parte dos segmentos sociais. Se por um lado, os inúmeros princípios constitucionais que protegem o cidadão-contribuinte instituem limites ao poder tributante do Estado, por outro, não fixa um limite racional entre capacidade contributiva e o confisco. Essa distorção, dentre outras que fazem parte dos direitos fundamentais, em relação ao tributo, não são observadas. Nesse caso, pode ser apontada, por exemplo, a redistribuição justa e equânime da carga tributária. As possibilidades de se subtrair ao ônus fiscal colocadas à disposição de determinadas categorias de contribuintes reduzem de forma substancial as receitas do Estado. Nesse caso, o velho brocardo das finanças pública, onde se o Estado perde um centavo terá que procurar outra maneira mais cômoda de substituí-lo para evitar os desequilíbrios das contas públicas.

#### 4.1 O tributo na pós-modernidade

O conceito de pós-modernidade, que para alguns cientistas sociais não teria ainda qualquer evidência empírica, teria surgido em meados da década de 1970. Por ser um conceito ainda em construção tem colocados dificuldades para uma melhor compreensão do seu alcance. Giddens e Sutton (2016, p. 26) definiram a pós-modernidade como o “Período histórico, seguinte à modernidade, que é definido como menos clareza, é menos pluralístico e menos socialmente diversificado do que a modernidade que o precedeu.” Depreende-se dessa lição que a inestimável contribuição da modernidade aos valores que hoje são comuns vai sendo aos poucos deixada de lado, criando uma nova identidade cultural a qual é marcada por um nítido desapego ao passado. Seria uma espécie de flexibilização das relações socioeconômicas e uma desorientação dos atores individuais nas sociedades avançadas (BOUDON et al., 2012, p. 182).

Conforme estabelecido acima, o estado de anestesia fiscal predominantes nas sociedades atuais não deixam qualquer dúvida sobre a não implicação de todos no debate sobre o papel do tributo. Em parte, o dogmatismo excessivo por parte daqueles que operam na seara tributária tem descartado uma parte substantiva da sociedade na discussão sobre a matéria. Graças aos estudos sobre a filosofia ou a sociologia do tributo é que se tem avançado de forma gradual sobre matéria tão importante.

Ora, o tributo não poderia ser estudado apenas pela sua ótica jurídica, essa perspectiva elimina boa parte da sociedade do debate sobre reforma tributária, por exemplo. O jargão jurídico próprio do Direito Tributário tem se mostrado inacessível, o que implica em um distanciamento da realidade social. Se o tributo tem uma relação estreita com os níveis de bem-estar individual e também com a noção de propriedade, por que há um desinteresse da sociedade em diante de temas tão sensíveis.

Essas questões permeiam a passagem da modernidade à pós-modernidade, demonstrando que a questão ainda não foi resolvida. Ao contrário, no momento da emergência do Estado providência, em meados do Século XIX, o quadro prevalecente de precariedade social, de desequilíbrio entre o capital e o trabalho pareciam demonstrar que, finalmente, o corpo social teria encontrado os meios para pôr um fim aquele estado de penúria. A transformação social, ou melhor, a mudança social ocorrida no transcurso do referido século, lançaria as bases da modernidade, inaugurando uma nova era de coesão social, de progresso e afirmação da democracia.

Contudo, nesse momento, onde a pós-modernidade pontua na agenda, em todas as direções, o que deixa todos receosos é a opacidade dos fatos sociais e o *laissez-faire* que parece estar presente na relação entre o Estado e o cidadão-contribuinte. O Estado pode ser responsabilizado por este distanciamento pois de muito, tem estabelecido barreiras que inibem a noção cívica no cumprimento da obrigação tributária. O comportamento social nesse início da pós-modernidade transcende aos velhos embates sobre os valores do passado e ignora certas questões que hoje não teria, que sabe, a primazia de outros tempos. Esses valores do passado contém um estofamento teórico que hoje não é percebido. Mesmo que prevaleça a pós-modernidade, a etapa que a antecede, a modernidade, possui, segundo Giddens e Sutton (2016, p. 30), benefícios claros “como a valorização da igualdade, da liberdade individual e das abordagens racionais aos problemas sociais”.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho buscou-se contextualizar o tributo como fato sociopolítico, da modernidade à pós-modernidade. Sem a pretensão de esgotar o tema, a argumentação conduzida ao longo do trabalho procurou expor as questões principais que têm levado às distorções dos atuais sistemas tributários. O dilema da justiça fiscal e da progressividade, temas conflitantes a tal ponto que mesmo nessa perspectiva de passagem da sociedade moderna à pós-moderna ainda não foi devidamente ajustado. Colocou-se ainda em evidência o papel da elite e dos grupos de pressão na modulação da carga tributária e do sistema legal, demonstrando as estratégias de apropriação da escassa riqueza social.

O rompimento do contrato social, conduzido pelo Estado, decorreu da inobservância dos princípios basilares que caracterizam o tributo como produto da vida em sociedade. O deslocamento do ônus tributário para as parcelas menos favorecidas da população resulta de uma estratégia dos grupos sociais identificados acima, da necessidade de inserção internacional e do jogo político. A implementação de regimes fiscais favoráveis seria, portanto, uma negação de todo o percurso democrático que marcou a evolução do tributo, fazendo com que ocorra uma inversão na lógica do sistema tributário, ao redistribuir do pobre para o rico por meio de um mosaico de possibilidades.

Mesmo diante desse quadro adverso, a sociedade não tem respondido de forma a mudar essa realidade. Com isso, fica demonstrado que estariam todos sob uma forma de anestesia fiscal. Esse contexto se agrava ainda mais quando se verifica o total desconhecimento sobre a realidade da política e da cidadania fiscal, quadro esse que interessa de perto àqueles que obtêm as maiores parcelas da riqueza social. A desorientação do contribuinte seria um traço específico da cidadania fiscal e demonstraria que já teríamos adentrado na pós-modernidade social?

## REFERÊNCIAS

- ARDANT, Gabriel. **Théorie sociologique de l'impôt**. Paris : SEVPEN, 1965.
- ARON, Raymond. **L'Opium des intellectuels**. Paris: Hachette, Pluriel, 1955.
- BOUDON, Raymond et al. **Dictionnaire de la Sociologie**. Paris : Larousse, 2002.

BOUVIER, Michel. **Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt**. 10a. Ed. Paris: LGDJ, 2010.

BUSINO, Giovanni. *Élites et élitisme*. Paris : Presses Universitaires de France, 1992.

EISENSTEIN, Louis. **The Ideologies of Taxation**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

FALCÃO, Maurin A. O tributo e o controle social na argumentação funcionalista de Fritz Karl Mann. **Quaestio Iuris**, 09, 04, Rio de Janeiro, p. 1841-1864, 2016.

\_\_\_\_\_. NEIVA, Leonardo José F. A economia política do tributo segundo a Teoria do *Public Choice*: análise do caso brasileiro para uma melhor compreensão do desenvolvimento político. **Direito e Desenvolvimento**, v. 7, n. 13, João Pessoa, p. 237-258, 2016.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GIDDENS, Anthony, SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da Sociologia**. Trad. Cláudia Freire. São Paulo: UNESP, 2016.

MEYNAUD, Jean. **Les groupes de pression**. Paris: Presses Universitaires de France, 1960.

NEMO Philippe. **Philosophie de l'impôt**. Paris: Presses Univesitaires de France, 2017.

PARSONS, Talcott. *Les systèmes des sociétés modernes*. Traduit de l'anglais par Guy Melleray. Paris: Dunod, 1973.

PROUDHON, Pierre-Joseph. **Théorie de l'impôt**, question mise au concours para le Conseil d'État du Canton de Vaud en 1860. Bruxelles : Office de Publicité, 1861.

SALANIÉ, Bernard. **Théorie économie de la fiscalité**. Paris : Economica, 2002.

WALRAS, Léon. *Éléments d'économie politique*. Paris : Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1952.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

APOSENTADORIA POR IDADE DO TRANSGÊNERO:  
DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA  
NAYANA LOUISE SAQUI PUPO

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# APOSENTADORIA POR IDADE DO TRANSGÊNERO: DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA

## AGE RETIREMENT OF THE TRANSGENDER: PERSONALITY RIGHTS AND ACCESS TO JUSTICE

Recebido: 16/10/2018  
Aprovado: 19/10/2018

Dirceu Pereira Siqueira\*  
Nayana Louise Saqui Pupo\*\*

**RESUMO:** É certo que muito ainda há que debater acerca dos direitos transexuais, precisamente sob a seara do Direito Previdenciário, quando se trata de concessão ou readequação de benefícios. O presente artigo visa debater sobre as questões de negativa de concessão do benefício de Aposentadoria por Idade, seja urbano ou rural, bem como a negativa de readequação de cadastro previdenciário do segurado transgênero. Pela tema em tela, há a existência de um amparo constitucional e infraconstitucional ao transexual, como por exemplo, o princípio da dignidade humana, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade. Todavia, apesar destes arcabouços, existe uma omissão legislativa em especial ao transgênero, ficando este indivíduo a mercê de decisões “inovadoras” judiciais, isto é, em completa situação de insegurança jurídica e social. Salienta-se que a metodologia aplicada, consubstanciou-se em uma pesquisa qualitativa, dada a análise de dados indutivos, isto é, se realizou uma análise descritiva do fenômeno discriminador do direito do transexual no Direito Previdenciário. Baseou-se também em uma pesquisa exploratória, na construção de hipóteses na solução da problemática existente, ora, a omissão legislativa, bem como em pesquisas explicativas na investida de identificar a motivação desses fenômenos e por fim, teve-se pesquisas bibliográficas, tais como artigos científicos dispostos em revistas jurídicas e livros.

**Palavras-chave:** Transgênero. Previdenciário. Aposentadoria por Idade. Direito de Personalidade. Acesso à Justiça.

**ABSTRACT:** It is true that much still has to be discussed about transsexual rights, precisely under the Social Security Law, when it comes to granting or re-fitting benefits. This article aims to discuss the issues of refusal to grant the Retirement Benefit by Age, whether urban or rural, as well as the refusal to readjust the social security record of the transgender insured. Due to the current issue, there is a constitutional and infraconstitutional support for the transsexual, such as the principle of human dignity, fundamental rights and personality rights. However, in spite of these frameworks, there is a legislative omission in particular to the transgender, being this individual at the mercy of innovative judicial decisions, that is, in complete legal and social insecurity. It should be emphasized that the applied methodology consubstantiated in a qualitative research, given the analysis of inductive data, that is, a descriptive analysis of the discriminatory phenomenon of the right of the transsexual in the Social Security Law. It was also based on an exploratory research, on the construction of hypotheses in the solution of the existing problematic, or, the legislative omission, as well as on explanatory research in the invested to identify the motivation of these phenomena and, finally, bibliographical research

\* Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito no Centro Universitário de Maringá - PR (UniCesumar); Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra.

E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

\*\* Mestranda em Ciências Jurídicas na linha de pesquisa de Instrumentos e Efetivação dos Direitos da Personalidade pelo Unicesumar; Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: nayana.pupo@gmail.com

was done, such as scientific articles arranged in legal journals and books.

**Keywords:** Transgender. Social Security. Retirement by Age. Right of Personality. Access to justice.

## 1 INTRODUÇÃO

A discussão a ser desenvolvida pelo artigo em tela, consubstancia-se no cenário de muitos debates acerca do indivíduo transexual, precisamente, quando da solicitação de concessão do benefício previdenciário de Aposentadoria Por Idade. Salienta-se que estaremos a tratar aqui do regime geral de previdência (RGPS), tendo como seus segurados os empregados, empregados domésticos, contribuintes individuais, trabalhador avulso, especial e facultativo, não sendo assim, discutidos conteúdos de regimes próprios (RPPS), aqueles dos servidores públicos.

No mesmo seguimento, é preciso enaltecer que, a partir da premissa de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito (SEN, 2000), tem-se que diante dos aspectos constitucionais, ora do direito a dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, deve-se combater qualquer existência de discriminação negativa as pessoas. Logo, pelo trabalho em tela, a discussão baseia-se na existência da discriminação do indivíduo transexual, no qual tenta se readequar à sociedade e também no cenário previdenciário.

E quando está a se falar de cenário previdenciário, é preciso compreender que a Previdência Social é um segmento da Seguridade Social, na qual visa estabelecer um sistema de proteção social. Nesse sentido, como bem pontua Savaris e Gonçalves (2018), existem duas formas de proteção, uma sendo a proteção civil, na qual visa a “garantia de liberdades fundamentais e asseguaração dos bens e pessoas no contexto de um Estado democrático”, e a outra sendo a proteção social, que é aquela que “oferece cobertura contra os principais riscos suscetíveis de gerar uma degradação da situação dos indivíduos”. Assim sendo, temos que as pessoas estão sempre abertas a eventos que lhe causem danos geradores de incapacitações e cessação de sua autonomia, ou seja, as pessoas percebem os riscos sociais, tais como, a extrema pobreza, o desemprego, uma doença, algum acidente, etc. Desta forma, sob a finalidade de combater esses riscos sociais é que se criam e implementam a políticas públicas de segurança social, e no estudo em específico, temos a Previdência Social.

Desta feita, temos que a Previdência Social é um mecanismo de proteção social, no qual consubstancia-se na condição de um vínculo ao sistema e a devida contribuição mensal para fins de carência e posterior acesso aos benefícios, isto é, para o indivíduo esteja vinculado ao sistema previdenciário, ele deve se filiar ao mesmo e realizar o pagamento de contribuições mensais, na quais ensejaram a qualidade de sujeito segurado que poderá usufruir dos diversos benefícios postos.

Ao artigo, nós interessa abordar apenas o benefício de Aposentadoria Por Idade, no qual se trata de um risco social em razão da cessação de atividade em virtude da idade do segurado. Logo, temos por este benefício duas possibilidades de concessão, uma sob o trabalhador de atividade urbana e outra sob o trabalhador de atividade rural.

Acerca destas possibilidades, temos alguns critérios a serem cumpridos, tais como, o etário, de gênero e de carência, no que tange a Aposentadoria por Idade Urbana, temos que o homem tem que ter 65 (sessenta e cinco) anos e a mulher 60 (sessenta) anos, relacionando-se à Rural, o homem tem que ter 60 (sessenta) anos e a mulher 55 (cinquenta e cinco) anos. Não vem ao caso, esclarecer o critério de carência, pois conforme abordando anteriormente,

o artigo consubstancia-se na ideia da existência de tratamento discriminador ao indivíduo transexual.

Assim, esclarecidos tais conceitos introdutórios, esclarece-se que a problemática reside na indagação de se saber se o direito previdenciário avançou proporcionalmente com o direito civil, no qual faz reconhecimento de pessoas transexuais em ter a capacidade civil. Além do mais, como fica a readequação da aposentadoria do indivíduo que se transforma? Há normas regulamentadoras sobre o tema? Existem precedentes? Como deverá a Autarquia Federal agir diante de uma alteração de sexo no meio de uma contribuição? Há violação à liberdade de acesso à justiça diante da impossibilidade de alteração? A alteração do nome social é direito pessoalíssimo? Há omissão legislativa?

Neste sentido, na tentativa de responder a tais questionamentos, este trabalho irá realizar uma análise sob as perspectivas constitucionais, conforme exposto acima, sob o cenário do Direito Previdenciário, em especial ao benefício de Aposentadoria por Idade, seja rural ou urbana, como forma de garantia da liberdade do indivíduo transgênero, afastando-se a existência de qualquer discriminação.

Por fim, há que se destacar a metodologia utilizada, sendo que, pelo artigo realizou-se através de uma metodologia de pesquisa qualitativa, tentando se explicar a motivação da discriminação existente em relação aos indivíduos transexuais; e descritiva no intuito de caracterizar e descrever o presente fenômeno discriminador. Não obstante, tem-se como procedimentos técnicos as pesquisas bibliográficas, tais como, artigos científicos de revistas jurídicas, livros, dissertações e/ou teses, nacionais ou estrangeiros; e documental mediante materiais eletrônicos disponibilizados por entidades.

## 2 A TRANSEXUALIDADE

De forma sintetizada é imperioso aclarar o conceito de indivíduo transexual, podendo ser interpretado como um indivíduo que fisicamente se apresenta em um sexo e psicologicamente em sexo oposto, situação esta que vem trazer inúmeras dificuldades na integração social, bem como em aceitação pessoal. Nesse sentido, define Diniz, citando outros autores (1998, p. 604):

1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto (Hojda), sendo, portanto, um hermafrodita psíquico (H. Benjamin).
2. Aquele que, apesar de aparentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo (Othon Sidou). Tal intervenção cirúrgica para mulher consiste na retirada dos seios, fechamento da vagina e confecção de pênis artificial, e para o homem, na emasculação e posterior implantação de vagina (Paulo Matos Peixoto).
3. Para associação Paulista de Medicina, é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los.
4. Aquele que, tendo morfologia genital masculina, sente-se psicologicamente mulher, rejeitando seu papel de 'gênero' masculino até buscar a alteração de sua anatomia para assumir aparência física feminina. Correspondentemente, há mulheres em situação análoga (Aldo Pereira).

Igualmente, explana Peres (2001, p. 125), que:

[...] o transexual apresenta um sintoma primordial consistente na inversão da identificação sexual. De forma clara, o que se quer dizer é que, sendo homem, identifica-se como mulher e, logicamente, no caso inverso, sendo mulher, identifica-se como homem.

Conseqüentemente, menciona Szaniawski (1999, p. 49) que os transexuais são: “indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos do tipo masculino e são portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa.”

Nesta ordem, é conveniente esclarecer que a transexualidade não é um fenômeno passageiro, é algo em que o indivíduo leva para o resto de sua vida, haja vista que este fato ocorre desde a tenra idade na maioria das circunstâncias. Logo, estamos a falar de um aspecto de perpetuidade da condição de conflito de psicológico, isto é, a pessoa não se torna transexual da noite para o dia e sim de um decorrer de tempo. Assim, enaltece Ramnsey (1998, p. 32), que esses indivíduos:

1. Buscam tratamento hormonal permanente e/ou cirurgia de redesignação sexual; 2. Completaram algumas fases de tratamento hormonal e/ou cirurgia de redesignação sexual, e estão satisfeitos com os resultados; 3. Aspiram a um tratamento hormonal e/ou a uma cirurgia de redesignação sexual, mas que – por razões religiosas, políticas, financeiras ou outras – não podem participar ativa, plena ou publicamente neste processo. Na minha experiência, transexualidade – ao contrário de um simples distúrbio de identidade de gênero – não é um fenômeno passageiro. Poderia antes ser descrito como ‘imutável na maioria das instâncias’. (É também extremamente raro que psicoses se apresentem como transexualidade transparente). O processo transexual – a jornada que começa com uma terapia e vestir-se como o outro sexo, passa por tratamento hormonal e termina em cirurgia – não é um capricho passageiro. É a busca consistente de integração física, emocional, social, espiritual e sexual, conquistada a enormes penas pessoais. A vontade de ter seu sexo alterado é o ponto mais característico na psique do transexual. A doutrina reconhece que tal fato ocorre desde cedo. Suas vestes femininas, seus modos são femininos (e não afeminados). Trazem em seu modo de ser delicado um traço distintivo. São mais sensíveis e pretendem companhia do mesmo sexo (no exemplo, masculina, sempre mais velha e mais forte).

Nesse norte, há que se salientar que o indivíduo transexual, não deve ser confundido com outros gêneros, como por exemplo, homossexuais e/ou travestis, pois nestes dois casos não há o caráter de definitividade da situação de rejeição com a seu atual aspecto físico. Não obstante, os transexuais podem vir a ser homossexuais ou heterossexuais, isto é, ele podem tem afinidade tanto pela pessoa do mesmo sexo, quanto pelo sexo oposto, assim, podendo ou não ser homossexual. Ainda, neste seguimento, apesar do travesti ter uma identidade feminina, não existe uma necessidade e/ou incômodo com seu órgão genital, não se vislumbra uma necessidade de realizar uma cirurgia de transgenitalização.

Por conseqüência deste conflito interno constante no interior do sujeito, as ciências médicas trataram até 2018 a transexualidade como o transtorno de identidade de gênero, conforme Classificação Internacional de Doenças:

- F64.o Transexualismo: Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.

Na ideia contra argumentativa, já se tinha a ótica de Peres (2001), no sentindo de que o transexual não deve ser tratado ou então, considerado como um doente mental, pois todo o contexto é permeado pela lucidez, não havendo, de certa forma, qualquer desordem psicótica da personalidade.

E corroborando com o exposto acima, aos 18 de Junho de 2018 a Organização Mundial da Saúde (OMS) lançou uma nova classificação internacional de doenças, com o CID-11, no

qual será apresentado na Assembleia Mundial da Saúde em Maio de 2019 para adoção pelos Estados Membros e entrará em vigor no dia 1º de Janeiro de 2022. Esse CID acaba por incluir novos capítulos, em especial sobre “saúde sexual”, na qual abordará a questão do transexual de não ter classificação de doença mental e sim de incongruência de gênero (Lindmeier, 2018). E de acordo com o catálogo da instituição, a incongruência de gênero, em tradução livre:

[...] é caracterizada por um incongruência acentuada e persistente entre o sexo experiente de um indivíduo e o sexo atribuído. Comportamento variante de gênero e preferências por si só não são base para atribuir diagnósticos neste grupo. Observadas tais questões, não há que se considerar, de certa maneira, que o transexual é um indivíduo portador de um transtorno, pois como mencionado acima, este apresenta plena lucidez sobre o que são seus sentimentos, porém deve-se considerar a hipótese de cuidados significativos de saúde, por isso a necessidade de uma codificação do CID. Assim, são formas de tratamentos, as práticas de cirurgias, os tratamentos hormonais e a psicoterapia. Estes tratamentos são vistos com maus olhos perante a sociedade, entretanto a ótica vem sendo abandonada, mesmo porque, o Estado não tem como coibir ou reprimir a vontade das pessoas, haja vista que a democracia é parte integrante de uma sociedade.

A sociedade apresenta valores característicos que não podem ser ignorados, assim sendo, apesar de apresentar uma maioria com opinião prevalecente, encontra-se também uma minoria que deve ser reconhecida. Nesse sentido dispõe Araújo (2000, p. 2 e 3):

A democracia é confirmada na valorização da maioria, sem o desprezo da minoria. Quando falamos em Estado Democrático, falamos da vontade majoritária, mas não da ditadura da maioria. [...]. Tolerar significa conviver, sem perder a própria convicção. A maioria continua prestigiada, convivendo com a minoria, respeitando-lhe os valores e as crenças.

Por esta análise, há que se falar em uma tolerância para que haja uma compatibilidade com o Estado democrático, pois a falta desta poderá causar prejuízos incalculáveis à humanidade, e em virtude disto, se presa um equilíbrio entre a vontade da maioria e a minoria, podendo esta ser acolhida sempre que possível, desde que não haja uma ameaça aos valores da maioria e assim, atingir um bem comum.

Logo, é evidente que o direito dos transexuais é um direito personalíssimo, tendo em vista que a sexualidade humana está contida no sentido de personalidade, sendo este, o elemento essencial e vital da pessoa. À vista disso, conclui-se que a opção sexual faz parte dos direitos intransmissíveis, indisponíveis e inalienáveis, dado que dentro do conjunto da personalidade do ser humano, se forma um conteúdo mínimo. Assim sendo, o direito do transexual relaciona-se ao direito à vida digna, à identidade, ao próprio corpo, à intimidade, à saúde, etc., sendo estes os direitos inerentes a personalidade humana.

Uma vez não observados os direitos da personalidade, especificamente ao transexual, haverá tremenda infelicidade deste, pois se verifica uma vida conflitiva, angustiante e difícil, isto é, a sua sensação de viver uma vida dupla que decorre da sua não-identificação sexual abarca um grau altíssimo de infelicidade e desequilíbrio.

Nesse sentido, entendendo que o Estado tenha como objetivo a promoção do bem de todos, este acaba por seguir os princípios inerentes à nossa Constituição, garantindo-se assim, que o indivíduo atinja sua plenitude, enquanto ser humano, buscando sua felicidade, sua paz, sua integridade, o que de certa forma, nunca encontrou enquanto transexual.

Diante de todo o exposto, a busca pelas premissas constitucionais, significa permitir que o transexual busque sua própria felicidade, bem como a sua integração social sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

### 3 DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA: ASPECTOS PARA CONCESSÃO/READEQUAÇÃO DE APOSENTARIA POR IDADE AO TRANSGÊNERO

Diante dos questionamentos exposto em se introdutória, é preciso esclarecer o cerne do Direito de Personalidade, todavia, para que possamos chegar a este direito, é imperioso esclarecer alguns princípios anteriores.

Desta forma, é preciso enaltecer que através da Carta Magna, na qual norteia e concede diretrizes para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito, temos um conjunto de normas, regras, princípios e leis, através da Constituição Federal de 1988, nos quais promovem direitos e deveres aos cidadãos e aos próprio Estado, no intuito de coibir qualquer lesão à norma suprema e aos princípios fundamentais (Siqueira e Nunes, 2018).

Assim, pela análise do indivíduo transexual, é preciso, *a priori*, esclarecer os aspectos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no qual segundo Espíndola (1998, p.76), possui como natureza:

[...] conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todo os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios.

Sob este aspecto, tem-se baseado no referido princípio, o artigo 1º, inciso III<sup>2</sup> da Constituição Federal de 1988, no qual atribui um direito especial as pessoas, no sentido de um respeito mútuo e digno, visando em não prejudicar a existência humana, isto é, possui a precípua finalidade de não desvalorizar os direitos fundamentais. Desta forma, conceitua Alexandre de Moraes (2002, p. 128) que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Deste modo, temos que a dignidade da pessoa humana, relaciona-se intrinsecamente com os direitos fundamentais, servindo assim, como um dos princípios mais importantes que norteia o direito moderno em virtude de um preceito fundamental para que haja o bem-estar social (Dworkin, 2002). Portanto, tem-se que a dignidade da pessoa humana é o valor básico de um Estado Democrático de Direito, reconhecendo-se o ser humano “como o centro e o fim do direito” (Awad, 2006, p. 113). Nesta continuidade, é contemplado o presente princípio pelos direitos fundamentais, como forma de princípio norteador dos demais, conforme exposto por Olsen (2006, p. 5):

Os direitos fundamentais sociais presentes na Constituição de 1988 têm sua fundamentalidade garantida no texto constitucional positivo e na sua relação com valores e objetivos estampados na carta constitucional, especialmente com a dignidade da pessoa humana. São normas de caráter predominantemente principiológico, que estabelecem obrigações *prima facie* de prestar algo, de modo que sua aplicação geralmente requer ponderação com bens jurídicos ou direitos em sentido contrário, mediante análise da

<sup>2</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

proporcionalidade. Ao demandarem do Estado prestações materiais, têm um inegável conteúdo econômico, que acaba por influenciar sua efetividade

Assim, temos pelos direitos fundamentais, aqueles direitos essenciais a cada indivíduo, podendo estes serem um elemento identificador do princípio da dignidade da pessoa humana, com objetivo de “colocar o Estado brasileiro ao serviço dos cidadãos, visto que o Estado tão somente existe em função da pessoa humana, ainda na medida de sua soberania, e não o contrário” (Siqueira e Nunes, 2018, p. 58).

Após tais esclarecimento, se faz a análise do Direito de Personalidade, que há muito é confundido com os direitos fundamentais. Logo, é preciso fazer algumas distinções entre os mesmo, todavia, salienta-se que ambos podem se complementar. A distinção se baseia na ideia do direito positivo em o direito fundamental em um direito público e o direito de personalidade de um direito privado. Nesse sentido, conceitua Coimbra e Quaglioz (2007, p. 9) que os direitos de personalidade:

[...] são aqueles que conferem às pessoas o poder de proteger as características mais relevantes de sua personalidade e, sem os quais, esta se tornaria algo insuscetível de realização, tendo sua existência impossibilitada; são direitos subjetivos, cujo conteúdo se identifica com os valores e bens essenciais da pessoa humana, abrangendo aspectos morais, intelectuais e físicos. Afastam-se dos direitos patrimoniais, e existem a par destes, exatamente por serem despidos de conotação econômica intrínseca.

Conforme aludido, é o direito de personalidade aquele direito intrínseco ao ser humano, no qual tem por objetivo a proteção do indivíduo, de suas características e qualidades (Cardin e Benvenuto, 2013). Nesse sentido, na esfera constitucional, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios do artigo 5º, *caput*,<sup>3</sup> temos a promoção e defesa deste direito.

No que tange a esfera infraconstitucional, nos é pertinente constar o Capítulo II do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), dos artigos 11 ao 21, no qual demonstra parâmetros principiológicos acerca do direito personalíssimo, isto é, não sendo este direito uma matéria exaustiva (Coimbra e Quaglioz, 2007). Desta feita, temos que o Direito de Personalidade constitui o valor mais elevado da pessoa humana, sendo inadmissível qualquer violação a si.

Assim sendo, quando estamos a falar do direito de se “transformar”, ora, de realizar uma cirurgia de transgenitalização, estamos a falar do direito da pessoa de ser como ela é, ou seja, de um direito em que não fala em lesão a terceiros e/ou uma maioria. Temos que a personalidade é o que dá a identidade do indivíduo, como o nome, o sexo, as aparências, etc., é ela uma situação de identificação do ser como ele é, ou então, como ele deseja ser ou como se sente. Corroboramos com isto o disposto por Choeri (2010, p. 135), que a: “identidade sexual, como integrante da identidade humana, compartilhando desse mesmo interesse existencial, deve ser igualmente tutelada e constituir, assim, objeto de direito subjetivo de personalidade”.

Deste panorama, é preciso garantir o direito de alteração do gênero ao indivíduo, como forma de se garantir o princípio da igualdade e assim, a concretização de garantia de um direito personalíssimo e da dignidade da pessoa humana. Logo, podemos enquadrar este grupo em condição de vulnerabilidade perante uma coletividade, não tão somente, mas também perante ao Estado em si, pois quando estamos a tratar de uma tutela, precisamente, da Autarquia Previdenciária, inexistente uma previsão legislativa e procedimental específica.

Diante do exposto, presentes as falhas legislativas e procedimental de tutela dos direitos dos transexuais, perante à Autarquia Previdenciária, há que se questionar: existe violação à liberdade de acesso à justiça diante de omissão legislativa?

<sup>3</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...].

É evidente que haja uma relevante violação, pois em muito são negadas as concessões ou readequações aos benefício de Aposentadoria Por Idade, por não haver o indivíduo, condições físicas conforme o estabelecido social e juridicamente, conseqüentemente, não se tendo condições de igualdade e justiça (Siqueira e Nunes, 2018).

Desta forma, há que observar a questão atinente ao Acesso à Justiça, sendo este a garantia de um direito fundamental, no sentido de se atribuir um tratamento igualitário jurídico a todos. É nesse viés que podemos atribuir a questão do transexual de readequar sua aposentadoria, seja diante de uma via administrativa ou judicial. A questão em si é que esse direito é garantia humanizada na construção de uma sociedade justa, bem como um direito de se postular uma tutela jurisdicional adequada e efetiva perante os órgãos do Poder Judiciário, conforme disposto no artigos 3º, incisos I e IV<sup>4</sup> e 5º, inciso XXXV<sup>5</sup> da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o procedimento administrativo em via de regra, acaba obedecendo o padrão de negativa de concessão do benefício, em virtude de se encontrar o individual em outra condição de gênero. Não obstante, muito dificultoso se torna a atualização cadastral do segurado, sendo-lhe criado diversos empecilhos para a comprovação do atual gênero do mesmo. Assim, acaba o segurado tendo que recorrer ao procedimento judicial, ora mais lento, para que se veja ressalvado e garantido seu direito previdenciário.

No Brasil ainda inexistem precedentes acerca do tema, mas sob a perspectiva internacional, existe o exemplo exposto por Fernandes (2010) do Reino Unido, em que uma mulher transgênero fora impedida do direito de se aposentar na idade mínima exigida, ora 60 (sessenta) anos, e isto fez com que a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhecesse a violação e permitisse a concessão do benefício da aposentadoria a esta. Deste cenário, é possível constar importância que o Poder Judiciário tem em resguardar esses direitos, haja vista a ausência de reconhecimento perante a Autarquia Previdenciária. Nesse sentido, aclaram Ventura e Schramm (2009, p. 83) que:

É importante ressaltar que a alteração do sexo legal não é trivial para o sistema legal, que reconhece alguns direitos e obrigações diferenciadas para homens e mulheres, como a prestação de serviço militar obrigatório, tempo de aposentadoria, e outras relativas aos direitos de família, como maternidade e paternidade, filiação, casamento, que podem atingir direitos de terceiros

Diante do elucidado, é conflituosa a questão de que como o Estado tutela o direito à mudança de sexo, bem como o direito e dever de acordo com o sexo, podem gerar barreiras à concessão ou readequação de direitos precisamente previdenciários? Assim, há que se compreender que “da mesma forma como ocorre com outros órgãos, na Previdência Social o transexual deve contrair e assumir todos os direitos e deveres de seu gênero”. (Lopes, 2015, p. 16).

Neste viés, a realidade prática é que os indivíduos transgêneros estão em total desamparo legislativo, trazendo à tona a questão de insegurança jurídica e desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da liberdade, de direitos fundamentais e precisamente de tutela ao direito de personalidade.

Segundo Quadrini e Venazzi (2016, p. 47), essa omissão legislativa brasileira é atribuída aos legisladores, ficando apenas as doutrinas e as jurisprudências, o encargo de preencherem as lacunas existentes, para que assim:

4 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.  
5 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...] os transexuais tenham acesso aos direitos garantidos pela Constituição, como qualquer outro cidadão. Destarte, utilizam-se como fundamentos à concessão da aposentadoria ao transexual mediante o preenchimento dos requisitos correspondentes ao gênero sexual a que este se adequou, o direito à vida, à integridade física, à saúde, bem como o princípio da igualdade e da dignidade humana.

Ainda neste seguimento, é preciso destacar que a concessão de benefício previdenciário subsiste na manutenção da própria existência humana, isto é, como medida de sobrevivência de indivíduo que não tenha outra forma de renda. Nesse sentido, negar a concessão ou readequação de benefício previdenciário, é lesionar o preceito constitucional do artigo 7º, inciso XXX<sup>6</sup> da Constituição Federal de 1988 e artigo 1º da Lei nº 9.029/95<sup>7</sup>. Isto posto, é “indispensável estabelecer um esquema que ofereça proteção em todos os aspectos, (...), de modo que as organizações devam assumir a responsabilidade em combater a discriminação aos transgêneros”. (Siqueira e Nunes, 2018, p. 62).

Desta forma, conclui-se que apesar de se ter previsões de garantias constitucionais para o indivíduo transgênero, bem como uma tutela internacional acerca do mesmo, existem ainda grandes omissões legislativas, ensejando inseguranças jurídica e social. Assim, se faz de suma importância a positivação e adequação pertinente ao tema com o tratamento igualitário destes indivíduos, haja vista que todas discussões e disposições atuais do tema, ficam a encargo do próprio judiciário, ensejando assim um ativismo judicial.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explanado na presente pesquisa, o Estado Democrático de Direito busca o bem comum para todos, isto é, a vida em sociedade tem como objetivo trazer a felicidade e o bem-estar de seus indivíduos. Assim, para que haja essa plenitude, há que se falar em tolerância, sendo esta a maneira mais justa e correta de se entender a problemática do transexual.

Nesse sentido, fora constatado que é preciso garantir o direito de alteração do gênero ao indivíduo, como forma de se garantir o princípio da igualdade e assim, a concretização de garantia de um direito personalíssimo e da dignidade da pessoa humana. Logo, enquadrou-se este grupo em condição de vulnerabilidade perante uma coletividade, mas também perante ao Estado em si, pois quando estamos a tratar de uma tutela, precisamente, da Autarquia Previdenciária, inexistente uma previsão legislativa e procedimental específica.

Neste viés, a realidade prática é que os indivíduos transgêneros estão em total desamparo legislativo, trazendo à tona a questão de insegurança jurídica e desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da liberdade, de direitos fundamentais e precisamente de tutela ao direito de personalidade.

É preciso destacar que a concessão de benefício previdenciário subsiste na manutenção da própria existência humana, isto é, como medida de sobrevivência de indivíduo que não tenha outra forma de renda. Logo, a não concessão ou readequação do mesmo é situação violadora à dignidade da pessoa humana, bem como de preceitos garantidores da constituição de federal.

Desta forma, conclui-se que apesar de se ter previsões de garantias constitucionais para o indivíduo transgênero, bem como uma tutela internacional acerca do mesmo, existem ainda grandes omissões legislativas, ensejando inseguranças jurídica e social. Assim, se faz de suma

6 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

7 Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

importância a posituação e adequação pertinente ao tema com o tratamento igualitário destes indivíduos, haja vista que todas discussões e disposições atuais do tema, ficam a encargo do próprio judiciário, ensejando assim um ativismo judicial.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional Do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AWAD, Fahd. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 20. N. 1, p. 111-120, 2006.

BENVENUTO, Fernanda Moreira. CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do Reconhecimento dos Direitos dos Transexuais Como um dos Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. v. 13. n. 1. p. 113-130, jan/jun, 2013.

BRASIL. **Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. Disponível em: <[http://www.cremesp.org.br/pdfs/cid10\\_ultimaversaodisponivel\\_2012.pdf](http://www.cremesp.org.br/pdfs/cid10_ultimaversaodisponivel_2012.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 91, 19 de fevereiro de 2016. **Diário Oficial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 set. 2016.

COIMBRA, Clarice Helena de Miranda; QUAGLIOZ, Flaviano Ribeiro. Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, Abr. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18139>>. Acesso em: 15 out. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Transexual, in dicionário jurídico**, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, E.B.D. O Transexual e a Omissão da Lei: Um Estudo De Casos Paradigmáticos. **Caderno Virtual**, n. 21, v. 1 – Jan-Jun/2010.

LINDMEIER, Christian. WHO releases new International Classification of Diseases (ICD 11). World Health Organization. Disponível em: <<http://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

LOPES, A.L.M.D. **O Direito à Identidade de Gênero e ao nome Civil dos Transexuais: Uma Análise Do Atual Cenário e da Necessidade de Adequação das Normas Brasileiras**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS. Porto Alegre, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

QUADRINI, M.C.J; VENZAZZI, K.F. **O Direito Previdenciário dos Transexuais: Percepção dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade**. ROMED, v. 2, n. 2016.

RAMSEY, Gerald. **Transexuais: Perguntas e respostas**. São Paulo: GLS, p. 32, 1998.

SAVARIS, José Antônio. GONÇALVES, Mariana Amelia Flauzino. **Compêndio de Direito Previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

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

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. NUNES, Danilo Henrique. **O Transgênero e o Direito Previdenciário: Omissão legislativa e insegurança jurídica no acesso aos benefícios**. Revista Jus Poiesis. Rio de Janeiro, v. 21, n. 25, 2018, p. 50-67. 29 de abr/2018. Disponível em: <<http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/5022/2330>> Acesso em: 15 out. 2018.

\_\_\_\_\_. CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. **Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social**. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. v. 5, n. 1, 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: Editora RT, 1999.

VENTURA, M; SCHRAMM, F.R. **Limites e Possibilidades do Exercício da Autonomia nas Práticas Terapêuticas de Modificação Corporal e Alteração da Identidade Sexual**. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 2009.

WOLF, Guilherme Eidelwein; BUFFON, Marciano. **Custeio da seguridade social no Brasil: a controvérsia acerca do suposto déficit previdenciário**. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. v. 5, n. 1, 2017.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A EXECUÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS: UM DEBATE  
SOBRE SUA EFETIVIDADE SOB A ÓTICA DO NOVO  
ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL

RAFAEL DE OLIVEIRA MONACO  
ROGÉRIO BORBA DA SILVA

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# A EXECUÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS: UM DEBATE SOBRE SUA EFETIVIDADE SOB A ÓTICA DO NOVO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL

## EXECUTION IN COLLECTIVE ACTIONS: A DEBATE ABOUT ITS EFFECTIVENESS FROM THE POINT OF VIEW OF THE NEW CIVIL PROCEDURAL LAW

Recebido: 10/10/2018  
Aprovado: 06/11/2018

Rafael de Oliveira Monaco\*  
Rogério Borba da Silva\*\*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto tratar da execução de sentença nas ações coletivas a partir das recentes mudanças no ordenamento jurídico processual e como estas repercutiram em um dos momentos processuais menos estudados pelos operadores do direito. Para o alcance do objetivo a pesquisa iniciou pelos aspectos gerais relativos à relevância da execução no cenário atual, no que tange à concretização dos direitos, dentro de um panorama crescente de demandas judiciais. Em seguida tratou-se da classificação da execução e temas específicos como a liquidação da sentença, legitimidade, competência e meios executivos. A pesquisa converge para a demonstração da baixa efetividade das sentenças em ações coletivas o que requer avanços para que a mesma seja percebida pela sociedade e realizada com efetividade pelos operadores do direito.

**Palavras-Chave:** Ações coletivas. Execução. Efetividade.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to deal with the execution of a judgment in collective actions based on the recent changes in the legal system of procedure and how these have repercussions in one of the procedural moments less studied by the legal operators. To reach the objective, the research began with the general aspects related to the relevance of the execution in the current scenario, with regard to the realization of rights, within a growing panorama of judicial demands. Next, it dealt with the classification of the execution and specific topics as the liquidation of the sentence, legitimacy, competence and executive means. The research converges to the demonstration of the low effectiveness of the sentences in collective actions which requires advances so that the same is perceived by the society and realized with effectiveness by the operators of the right.

**Keywords:** Collective actions. Verdict. Execution. Effectiveness.

### 1 INTRODUÇÃO

É conhecida a máxima de Chiovenda (1969, p. 46) pela qual, na “medida do que for praticamente possível o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo que ele

\* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação pela Universidade Cândido Mendes (2001). E-mail: rafaelomonaco@gmail.com

\*\* Doutor em Sociologia pela Universidade Cândido Mendes (2017). Atualmente é professor de Direito do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, da Universidade Estácio de Sá e do Centro Universitário Carioca. E-mail: rogeriorborba@gmail.com

enha um direito de obter”. Em outras palavras, processo sem resultados é instrumento sem função.

Nesse sentido, o exercício da jurisdição deixou ser encarado sob uma ótica romântica<sup>2</sup> ou bucólica. O jurisdicionado não quer uma sentença poética, uma obra doutrinária meramente declamatória de direitos. Ele anseia pelo bem da vida pretendido, ou seja, a satisfação de seu direito, em tempo célere e razoável. Com efeito, a jurisdição se tornou uma unidade de produção, diante da avassaladora quantidade de feitos em curso no país, a desafiar constantemente os operadores do direito nessa tarefa hercúlea de prestação jurisdicional. Os números não mentem<sup>3</sup>. Basta constatar a existência de cerca de 80 milhões de processos em andamento no país, a caracterizar um demandismo desenfreado<sup>4</sup>. A questão, portanto, não é mais de “Acesso à Justiça”, mas de saída<sup>5</sup> dela, sob pena de colapso<sup>6</sup> do próprio sistema.

Particularmente, a execução, em sentido amplo, contribui para esse panorama caótico. Pode se dizer que a efetivação dos julgados e dos títulos executivos extrajudiciais constitui o gargalo do sistema<sup>7</sup>. Isto porque representa o maior acervo, em taxa de congestionamento processual, chegando, no Rio de Janeiro (TJRJ EM NÚMEROS, 2018), a corresponder a 94,13%, nos processos em 1º grau de jurisdição e 55,22%, em relação aos Juizados Especiais, constituindo uma das Metas Nacionais<sup>8</sup> e permanente do CNJ para o aperfeiçoamento dos Sistema da Justiça.

Aliás, se atualmente o processo de execução é visto com “bons olhos”, nem sempre assim o foi na história do processo civil. Por retratar uma atividade prática, material, sancionatória e satisfativa, sem cunho, exclusivamente, cognitivo, a execução sempre foi considerada o “patinho feio” ou o “primo pobre” do processo civil. Sofria, assim, de um preconceito científico, como se fosse uma ciência de menor importância, subalterna, tanto que apelidado como a “Cinderela” do processo. Essa visão, contudo, ficou no passado. Se o século XX foi marcado

2 É importante a advertência do professor Dierle Nunes (2013, p. 33-34): “O estudo da Ciência Processual há muito deixou de se limitar a uma discussão tão somente teórica, na qual se buscavam delimitar os institutos processuais e as teorias que tratavam de sua trilogia estrutural (processo, jurisdição e ação). Do mesmo modo, não se pode também analisá-la somente em perspectiva técnica instrumental, nos moldes tradicionais, em que o processo serviria à aplicação do Direito material, buscando uma utópica paz social. Essas perspectivas, apesar de sua importância em seu tempo, cedem espaço para uma análise da ciência processual que busca uma efetividade normativa (*Rechtsschutzeffektivität*), ou seja, uma aplicação dos institutos processuais de acordo com os princípios e regras constitucionais, de modo a ofertar, concomitantemente, legitimidade e eficiência na aplicação do direito”.

3 Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento a Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva. CNJ. Justiça em números 2017, p. 67.

4 Para se ter uma ideia, os Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro receberam, somente em maio de 2018, mais 28,6 mil ações contra empresas, o que representa um aumento de quase 10% em relação a abril, quando foram distribuídos 26.130 processos.

5 “Cobrado por sua ineficiência, o juiz brasileiro está se transformando no juiz-Bartleby, o juiz que ‘prefere não pensar’, optando pela replicação, pela automatização, pela decisão-cópia e pela jurisprudência defensiva. Afogado em quase 100 milhões de processos, a produção em série parece ser a única resposta possível, ao passo que estatísticas dos serviços médicos dos Tribunais revelam um aumento preocupante do número de magistrados adoecidos pelo stress. Os órgãos responsáveis pelo governo do Poder Judiciário têm mais do que simplesmente incentivado, tem exigido dos juizes esse comportamento replicante, quantitativo, que acaba por reduzir a sentença a um produto serial e os direitos a mercadoria. Transita-se na pura indistinção entre cidadania e mercado. Caminhamos para a pura catatonia judiciária, para o imobilismo processual imposto pelo titânico volume de ações judiciais, sem precedentes no mundo, pelo bacharelismo gongórico, pela teórica abstrata e pelo gerencialismo moderno. No Brasil, a questão não é mais de “acesso” ao judiciário, senão de “saída” desse labirinto forense (RESENDE JÚNIOR, 2014).

6 “Analisando o Poder Judiciário como um todo, tais diferenças significam que, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem o ingresso de novas demandas e mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque”. CNJ. Justiça em números 2017, p. 67.

7 A cada ano, a publicação do Relatório Justiça em Números destaca o impacto negativo gerado pela fase de execução nos dados de litigiosidade do Poder Judiciário brasileiro, que acumula alto volume processual e alta taxa de congestionamento. Esse volume dificulta a efetivação da tutela jurisdicional. Para ilustrar, o Poder Judiciário contava com um acervo de 80 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2016, sendo que mais da metade desses processos (51,1%) se referia à fase de execução. CNJ. Justiça em números 2017, p. 109.

8 META 5 – Impulsionar processos à execução (Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho). Na Justiça Estadual: estabelecer política de desjudicialização e de enfrentamento do estoque de processos de execução fiscal, até 31/12/2017. Na Justiça Federal: baixar quantidade maior de processos de execução não fiscal do que o total de casos novos de execução não fiscal no ano corrente. Na Justiça do Trabalho: baixar 90% do total de casos novos de execução do ano corrente, com redução proporcional, em cada tribunal, à redução do número de juizes e de servidores cujos cargos não foram repostos (ENCONTRO NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, 2016, p. 2).

9 “É do passado o vício metodológico consistente em tratar os temas do processo civil e encará-los pelo prisma exclusivo do processo de conhecimento, negligenciando sua projeção à execução e tratando os fenômenos inerentes a esta como se fizessem parte de outro

pelo reconhecimento do processo de cognição, em seu movimento de autoafirmação como ciência autônoma, galgadas as fases do imanentismo ao instrumentalismo, o século XXI é a era da Execução.

O artigo se insere no ramo das Ciências Jurídicas e Sociais, nas áreas do Direito Processual Civil, sendo analisada em uma perspectiva histórica e ontológica. Apresenta-se, então, o seguinte questionamento: a Execução é devidamente conduzida nos processos coletivos? A hipótese trabalhada reconhece a limitação na sua aplicação, devendo receber um olhar mais atento. Objetiva-se, com isso, avaliar a necessidade de aprofundamento no estudo da execução nos processos coletivos. A metodologia adotada foi a bibliográfica e documental. A relevância acadêmica da pesquisa se demonstra no sentido de contribuir para o reconhecimento e consolidação da execução nos processos coletivos.

O Estado teve o seu perfil alterado. A sociedade evoluiu, novos direitos foram reconhecidos e modificou-se às expectativas em relação à Justiça. Assim, é preciso mais do que nunca, em nome da credibilidade de sua imagem, que se tornem concretos os comandos jurisdicionais.

Logo, o processo civil, nos dias atuais, é muito mais Execução do que declaração. A exigência de proteção dos direitos reclama uma resposta concreta e não meramente declaratória. Tomou-se consciência da real significância da execução e da sua superlativa importância<sup>10</sup> para a manutenção do sistema, notadamente, em uma sociedade de produção de massas, lesão de massas e demandas em massas.

## 2 AS AÇÕES COLETIVAS

Como ensina Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 473), a respeito da filosofia das ações coletivas, “a sociedade moderna caracteriza-se por uma profunda alteração no quadro dos direitos e na sua forma de atuação”.

De fato, a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>11</sup>, amparadas sob o domínio das chamadas “ondas renovatórias”, preconizadas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1998), constituiu uma verdadeira revolução na sistemática processual brasileira, uma vez que o modelo processual, de perfil individual, marcado por uma ótica patrimonial e ressarcitória, inerentes às antigas codificações, não atendia mais aos reclames da coletividade.

Havia, portanto, a necessidade de reformulação dos esquemas processuais tradicionais para atender, adequadamente, as pretensões da sociedade contemporânea. É nesse contexto que surge a figura do “processo coletivo”, influenciada pelas *class action* norte-americanas, buscando, através de uma tutela jurídica diferenciada<sup>12</sup>, o atendimento a direitos de toda

---

universo de menor dignidade científica (a execução seria um verdadeira *Cinderela* da ciência processual). Tratavam-na de modo empírico e, no máximo, ofereciam-lhe em empréstimo certos conceitos vindos do processo de conhecimento. As peculiaridades dos institutos inerentes à execução forçada não são dotadas de tanta magnitude, que pudessem dar-lhes vida própria e subtraí-los à teoria geral, mas também não são tão colaterais ou circunstanciais, a ponto de serem renegadas a um plano de menor dignidade no sistema” (DINAMARCO, 2009, p. 32-33).

<sup>10</sup> Dessas três funções [conhecimento, execução e cautelar], conforme se deduz de seus conceitos, a mais relevante é a execução. Com efeito, assume escassa relevância, na sociedade de massas, onde há uma generalizada aspiração à efetividade do direito, a simples outorga de certeza à parte, a solene declaração de que ostenta direito, objetivo precípuo da função de conhecimento. Tampouco bastará assegurar tal direito, finalidade básica e função cautelar. O que importa, na realidade, é efetivar o direito, concreta e plenamente, alcançando o bem da vida ao seu titular, sem maiores demoras e despesas. E este constitui o escopo da execução (ASSIS, 1996, p. 46-52).

<sup>11</sup> Ver art. 81 da lei 8078/90.

<sup>12</sup> “O tema das tutelas diferenciadas ou das “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, passou a ser objeto do debate da ciência processual a partir do trabalho de Proto Pisani publicado em 1973, partindo-se, como pressuposto óbvio, da necessidade de diversidade de técnicas processuais para as diversas hipóteses de direito material a ser aplicado e analisando que a questão somente poderia ser devidamente colocada em discussão a partir daquele momento histórico em face da viabilidade de pensar uma quebra do modelo neutro e único de processos ordinários de cognição plena, presumidamente predispostos a permitir o julgamento de qualquer caso. Os modelos processuais diferenciados seriam delineados com a intenção de garantir as mais idôneas formas de tutela para as várias categorias de

a coletividade (difusos), de uma classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica de base (coletivos) ou mesmo de um grupo unido por uma situação de fato (individuais homogêneos), mas com um viés não exclusivamente patrimonial (*no money judgments*), de caráter preventivo e cujo resultado alcançasse uma execução específica não redundado em meras perdas e danos.

Dados do CNJ<sup>13</sup> demonstram que, em 2014, foram ajuizadas 34.587 ações civis públicas. Já em 2015, houve um aumento na ordem de 47%, sendo distribuídas 50.858. O último resultado apontado demonstrou que, em 2016, houve uma leve queda do percentual alcançando-se o total de 48.118 demandas de tal natureza.

Isso comprova a alta relevância das ações coletivas, no cenário nacional, que ainda soa como um tabu para muitos intérpretes. Em verdade, ainda se encara o processo coletivo como um instituto místico ou esotérico, uma ciência para poucos iniciados, não se podendo valer da compreensão dos institutos tradicionais de litigiosidade individual para a leitura do novel instrumento, comprometo-lhe o potencial<sup>14</sup>.

Plasmado neste novo ideário é que surgiu, a par da lei 7.347/85 (Ação Civil Pública - LACP), outros diplomas legais, a exemplo da lei 4.717/65 (Ação Popular), lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), lei 8.069/90 (Estatuto de criança e Adolescente - ECA), lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), lei 12.016/09 (Mandado de Segurança), lei 7.913/89 (Proteção aos investidores no mercado mobiliário), lei 12.529/11 (proteção e defesa da concorrência) entres outros, naquilo que restou denominado de microsistema de tutela coletiva (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2009; DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010), dado que ainda não contamos com uma codificação una que albergue todas as questões envolvidas.

No que tange à Execução, a lei 7.347/85, não obstante os avanços normativos, refletindo uma postura legislativa e doutrinária vigente à época, a respeito da diminuta importância da matéria, apenas dedicou três disposições legais, especificamente, os artigos 11<sup>15</sup>, 13<sup>16</sup> e 15<sup>17</sup>, deixando uma grande lacuna colmatada pelas regras extravagantes, de aplicação subsidiária, até o CPC/73.

Pois bem, admitida, portanto, uma tutela coletiva afigura-se correta a expressão “execução coletiva”? Na doutrina<sup>18</sup>, há quem entenda que a terminologia é incorreta, a fim de que não seja confundida com o sistema de insolvência mercantil. No entanto, tendo em vista que modernamente a falência é vista como um processo de execução concursal, havendo uma variedade de credores dispostos consoante uma ordem de preferência legal (art. 83 da

situações jurídicas mercedoras de tutela jurisdicional” (NUNES, 2013, p. 443).

13 Poder Judiciário. Justiça em números digital, demandas por classe e assunto, ano 2014, ano 2015, ano 2016. Classe - casos novos, pesquisar: “Ação Civil Pública”. Disponível em <[https://paineis.cnj.jus.br/QuvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40oneodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QuvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40oneodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT)>. Acesso em 15 jul. 2018.

14 É proveitosa, mais uma vez, a lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 474): “É preciso, pois, para bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos (ou pré-conceitos), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à “tutela individual”, para solucionar questões atinentes à “tutela coletiva”, que não é, e nem pode ser pensada, sob a perspectiva da teoria geral da ação individual. Os institutos que presidem essa ação (ao menos em sua grande maioria) são incompatíveis e inaplicáveis à tutela coletiva, simplesmente por que foram concebidos para operar em outro ambiente. Em que pese o fato de o direito nacional estar munido de suficientes instrumentos para a tutela das novas situações de direito substancial, o despreparo para o trato com esses novos e poderosos mecanismos vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em um ente teratológico que flutua no limbo”.

15 Art. 11. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

16 Art. 13. “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

17 Art. 15. “Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

18 Por todos, Wilges Bruscatto (2009, p. 3) no seguinte sentido: “entendemos que esta não seria a melhor denominação a ser adotada, visto que execução coletiva denota concurso, tal como na falência ou na insolvência civil (...) Para o tipo de execução de ação da qual trataremos neste trabalho, entendemos que as expressões tutela executiva da ação coletiva ou execução de tutela coletiva são mais precisas. Com as reformas introduzidas recentemente no CPC, também é possível a referência ao cumprimento de tutela coletiva”.

lei 11.101/05), inexistente impeditivo normativo ou semântico que impeça o uso da já consagrada denominação para os casos de demandas de tal natureza.

### 3 CLASSIFICAÇÃO DA EXECUÇÃO COLETIVA

À exemplo da execução tradicional, a execução coletiva também se submete à classificação. Existem diversos critérios pelos quais a execução pode ser classificada. Nem sempre a doutrina as reúne de maneira uniforme. Para fins didáticos, contudo, pode-se compreender e sistematizar o estudo da atividade executiva, tendo por conta a origem do título; à natureza do direito; à espécie da obrigação e à estabilidade do título.

A primeira classificação diz respeito à origem título executivo. Tendo em vista que a existência de título executivo é fundamental ao processo de execução, como pressuposto formal, na dicção do art. 783<sup>19</sup> do CPC/2015, este pode derivar de um reconhecimento judicial ou mesmo de uma atribuição legal. Decorrem daí que os títulos executivos podem ser judiciais (art. 515 do CPC/15) ou extrajudiciais (art. 784 do CPC/2015).

O exemplo mais notório deste último título, para fins coletivos, reside no chamado “termo de ajustamento de conduta”, na forma do art. 5º, §6º da lei 7.347/85<sup>20</sup>. Outro interessante exemplo são as decisões do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que gozam de eficácia processual abstrata, a teor do art. 93 da lei 12.529/11<sup>21</sup>.

Quanto à natureza do direito, na dicção do art. 81, parágrafo único da lei 8078/90, estes podem ser difusos, coletivos e individuais homogêneos. A distinção é de imperiosa importância, diante das diferenças no tocante à legitimidade, competência, prazo e meios de execução (GRINOVER, 1999).

Ademais, é neste contexto que se dualiza o tratamento normativo a ser dado à execução coletiva. O motivo é simples. Somente haverá execução coletiva propriamente dita nos casos de direitos/interesses difusos e coletivos, uma vez que a transindividualidade se mantém inalterada do início ao fim do processo.

Todavia, nos casos de direitos individuais homogêneos, apenas a fase cognitiva possui o perfil coletivo, ou seja, tais direitos, são tratados pela lei<sup>22</sup> como “acidentalmente homogêneos” com o escopo de facilitar a tutela jurisdicional. Após a resolução do mérito, por meio do julgamento da demanda, retornam à sua condição individual voltando a se apresentar como heterogêneos, dando origem a uma multiplicidade de execuções individuais.

Prova disto é o art. 95 do CDC ao anunciar que a condenação será genérica fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, devendo a vítima ou seus sucessores promoverem a respectiva liquidação prévia à execução do julgado.

Em resumo, em sede de tutela coletiva poderão coexistir a execução coletiva propriamente dita e a execução individual, nos termos em que se verá no presente estudo.

Em relação à espécie da obrigação, aqui inexistente diferença em relação à execução tradicional. Utiliza-se o critério haurido do direito material, de maneira que a lei processual guarde regras apropriadas para a realização concreta da obrigação estampada no título. Isto é, à natureza do direito corresponde o tipo ou modalidade de tutela jurisdicional. Logo, se

---

19 Art. 783. “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”.

20 “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

21 Art. 93. “A decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial”.

22 Art. 91 do CDC. “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

mostram cabíveis, na execução coletiva, as pretensões relativas às obrigações de dar, fazer/não fazer e pagar quantia certa.

No que tange à estabilidade do título, a execução coletiva também poderá ser definitiva ou provisória, sendo esta última nos moldes preconizados do art. 520/522 do CPC/2015. A regra tem a sua razão de ser. É que se tratando, a execução, da realização de atos materiais satisfativos em que existe agressão patrimonial à esfera jurídica alheia, é preciso que haja um mínimo de cautela e de segurança jurídica, quando o título judicial não esteja revestido de trânsito em julgado.

Isto é, o título enquanto não isento de dúvidas, posto que submetido a recurso, exige a lei que a execução se faça sob determinadas condições. É a aplicação do princípio da responsabilidade do exequente (art. 520 do CPC/2015) a exigir, em caso de execução injusta, a reparação dos danos causados ao executado, com a restituição do estado anterior, bem como a exigência de caução para o levantamento de depósitos ou atos que importem em alienação de domínio.

No entanto, em sede de execução coletiva esta regra deve ser abrandada para dispensar a exigência de caução para os entes públicos legitimados à execução dos direitos difusos, frente a uma interpretação que amplie a potencialidade de eficácia do tipo de tutela levada e efeito.

A regra do CPC, disposta para as lides individuais, não deve constituir fator de restrição para as lides coletivas, sob pena de subversão ao sistema de efetividade da execução coletiva caindo no erro de aplicação dos instrumentos com os olhos voltados apenas para o CPC, em franca interpretação míope dos institutos<sup>23</sup>. A jurisprudência caminha nesta direção<sup>24</sup>.

#### 4 A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Embora seja natural que uma obrigação reconhecida em sentença ostente todos os atributos aptos a deflagrar a via executiva, assim nem sempre procede. Existem situações em que o próprio Código de Processo Civil permite a prolação de uma sentença incompleta, ou seja, um título que não permita de plano o manejo da execução<sup>25</sup>. São os casos de pedidos genéricos, a teor do art. 324, parágrafo único do CPC/2015.

Nestas situações, depois do ato de reconhecimento do direito, a obrigação passa por uma etapa de acertamento, um filtro processual que lhe permita individualizar, em completo, todos os atributos objetivos e subjetivos para o aparelhamento executivo. Logo se vê que a liquidação não é propriamente da sentença, mas da obrigação que lhe dá suporte<sup>26</sup>.

A liquidação, portando, constitui uma atividade judicial integrativa, de natureza cognitiva, com vistas a complementar a norma jurídica individualizada no título executivo.

<sup>23</sup> No sentido do texto, Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 411-421) expõe: “Exigir-se caução para os atos de execução provisória coletiva, considerando as características dos entes legitimados, é contrariar os princípios da efetividade, instrumentalidade e inafastabilidade da jurisdição, impedindo que a tutela assegure a quem tenha um direito exatamente aquilo que deve receber, de modo similar à tentativa de impedimento de acesso à justiça vertente dos atos normativos que vedam à concessão de liminares contra o poder público.

<sup>24</sup> TJSP - Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública em fase de execução provisória de sentença. Decisão que deferiu a realização de leilão de veículo de propriedade da executada, independentemente de caução. Viabilidade do cumprimento provisório da sentença (art. 520 do CPC), dispensada a prestação de caução por parte do Ministério Público. Presunção de idoneidade financeira do Poder Público que afasta risco de dano ao executado, em razão da solvência garantida. Precedentes do STJ e desta Corte. Recurso improvido, mantida e ratificada a decisão que indeferiu o efeito suspensivo (AI. 2200099-59.2017.8.26.0000; Relator (a): Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 09/02/2018; Data de Registro: 09/02/2018).

<sup>25</sup> “Tem sabor de obviedade, mas não custa dizer que não seria possível realizar no plano prático, nem provisória, nem definitivamente, uma norma jurídica ainda incompleta ou quase completa. A falta de alguns elementos do direito exequendo impede a realização da atuação executiva” (ABELHA, 2017, p. 435).

<sup>26</sup> Esclarece Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (2014, p. 2) que: “A decisão que certifica a obrigação indeterminada não é objeto de liquidação, mas possibilita a abertura da via na qual a atividade de liquidação vai ser realizada. Quando, então, o Código alude à “liquidação de sentença”, faz uso da figura de linguagem denominada de hipálage, que consiste em “figura de retórica pela qual se atribui a uma ou mais palavras de uma frase o que logicamente pertence a outra ou a outras da mesma frase”.

Forma-se, então, um título complexo, oriundo da sentença judicial reconhecidora do direito acrescido da decisão liquidanda, que abrirá as portas da execução forçada.

Em que pese à ausência de regras sobre a liquidação de sentença, no âmbito na LACP, ao tema deve ser aplicado a previsão contida no CDC e, residualmente, no próprio CPC, mantidas as particularidades inerentes ao processo coletivo.

Pois bem, com a reforma processual, a liquidação, não obstante o seu caráter acionário<sup>27</sup>, perdeu a autonomia para se traduzir em uma mera etapa processual – fase incidental – em homenagem ao sincretismo processual. Vale dizer, conhecimento, liquidação e execução se desenvolvem na mesma relação processual, sem solução de continuidade.

No entanto, muito embora o sistema tenha adotado a figura do processo multifases, nem sempre isso acontece. A regra do art. 515, §1º do CPC/2015 excepciona tal situação, nos casos de sentença penal condenatória, sentença arbitral, sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e decisão interlocutória estrangeira após a concessão de *exequatur* à carta rogatória pelo STJ. Em tais casos, inexistente um módulo processual anterior em que se possa promover a liquidação como um apêndice. Será preciso, pois, um processo autônomo.

Essa distinção também é aplicável na seara do processo coletivo para a execução de direitos individuais homogêneos<sup>28</sup>, em autêntica exceção heterotópica. Aqui não se trata de mera fase liquidanda. Amplia-se o objeto de liquidação para a definição não só do valor devido (*quantum debeatur*), mas, principalmente, para a demonstração do dano, da prova do nexa causal e da pertinência subjetiva do credor (*cui debeatur*). Fala-se, então, em falsa liquidação ou liquidação imprópria, dada a grande extensão de temas a serem identificados<sup>29</sup>. O que se tem, portanto, não é propriamente uma fase de individualização da obrigação, mas uma demanda autônoma de perfil cognitivo<sup>30</sup>, cujo resultado pode ser zero<sup>31</sup>, bastando que o interessado não consiga demonstrar os fatos constitutivos de seu direito.

Por fim, dispõe o art. 1015, parágrafo único do CPC<sup>32</sup> que será cabível o recurso de Agravo de Instrumento contra as decisões proferidas na fase de liquidação. Ora, como se trata de mera extensão do módulo processual de conhecimento, cujo mérito já foi resolvido na sentença, não desafiaria a apelação. Essa a lógica do sistema já vigente ao tempo do art. 475-H do CPC/73, com a redação dada pela lei 11.232/2005, não de podendo falar em fungibilidade<sup>33/34</sup>, ainda que certa doutrina se mostre refratária a ela (ASSIS, 2009, p. 129).

27 “O legislador do CPC/2015 optou por utilizar a expressão “fase de liquidação” (v. p. ex., art. 1015, parágrafo único). Mas a liquidação não é mero incidente processual, integrante da ação de conhecimento ou da ação de execução, e, sim, verdadeira ação, de que a parte lança mão quando já proferida a sentença condenatória (WAMBIER, 2018, p. 127).

28 Conforme explica Vicente de Paula Ataíde Junior (2007, p. 281), “além dessas quatro hipóteses – sentença penal, sentença arbitral, sentença estrangeira e sentença que condene a Fazenda Pública a pagar dinheiro – existe também uma quinta, de processo autônomo de execução, agora fora das previsões do Código de Processo Civil: a execução individual de sentença coletiva.

29 Todavia, há casos em que, sob o nome de “liquidação”, faz-se mais do que apurar o *quantum debeatur*. Procede-se à própria identificação da existência de danos, e até mesmo, do nexa de causalidade entre a conduta ilícita do (hipoteticamente) “condenado” e o dano averiguado. (...) Pode-se falar, em tais casos, em um procedimento de “falsa liquidação” (WAMBIER, 2018, p. 136).

30 Pense-se, por exemplo, no famoso caso do laboratório médico que fraudou os componentes de um anticoncepcional, tornando-o ineficaz, o que ensejou a gravidez de diversas usuárias. Condenada a empresa, em sede de Ação Civil Pública, a indenizar os danos causados as consumidoras, estas terão que demonstrar que engravidaram (dano) com o uso do contraceptivo (nexa causal), além dos demais gastos inerentes ao estado gravídico. Vê-se, pois, que a questão transborda os limites de uma simples liquidação incidental.

31 STJ – Processual Civil (...). “Liquidação zero”. Título executivo que encarta crédito inexistente. Obrigação inexigível. 1. A liquidação de sentença pode ensejar a denominada “liquidação zero” quando não há o que pagar a título de *quantum debeatur*” em decisão de eficácia puramente normativa. (...) (REsp 802.011/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 09/12/2008, DJe 19/02/2009).

32 Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

33 STJ – Recurso Especial – Processual Civil – Decisão que homologa pedido de liquidação de sentença proferida em ação civil pública – recurso cabível – agravo de instrumento – (...) (REsp 118249/ES, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJ 25/11/2009).

34 TJRJ – Apelação Cível. Decisão que encerra a liquidação de sentença. Interposição de recurso de apelação. Via recursal eleita inadequada. Inteligência do parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC/2015. Decisão interlocutória que deveria ter sido atacada por agravo de instrumento. Recurso não conhecido. 0093738-98.2004.8.19.0001 – Apelação – Des (a). José Roberto Portugal Compasso -

## 5 LEGITIMIDADE

Dado que a execução poderá ser coletiva ou individual, a questão concernente à legitimidade também oferece algumas considerações. Para a pertinência subjetiva na lide, não se pode perder de vista que, como regra geral, é o titular da relação jurídica material que deve estar em juízo para a defesa de seu direito (legitimidade ordinária), não sendo facultado a terceiros, salvo autorização legal<sup>35</sup>, agir em nome próprio na defesa de um direito alheio, na qualidade de substituo processual (legitimidade extraordinária).

Em se tratando de execução de direitos difusos, em virtude da indivisibilidade e indeterminação do sujeito titular, em nome da denominada representação adequada, poderão promover o cumprimento da sentença os legitimados previstos no art. 5º c/c o art. 13 da LACP, cujo montante será revertido em favor de um fundo (*fluid recovery*) destinado à restauração dos bens jurídicos violados. Haverá aqui uma legitimidade extraordinária concorrente e disjuntiva<sup>36</sup>.

Nesta última hipótese, contudo, durante o decurso do prazo de 60 dias, após o trânsito em julgado, terá o autor da demanda coletiva, uma legitimidade exclusiva para a execução, sob pena de haver uma indevida disputa entre os legitimados para assumir a figura como exequente, o que ensejaria um tumulto processual, a todo desnecessário neste campo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 497)<sup>37</sup>.

Ao contrário da sistemática legal do CPC/2015, a consagrar um princípio de disponibilidade da execução, a teor do art. 775<sup>38</sup>, em razão da presença de interesses patrimoniais disponíveis, no caso de execução coletiva vige o princípio da obrigatoriedade da execução, tanto assim, que, em caso de inércia dos demais legitimados deverá o Ministério Público assumir a frente processual.

Entretanto, para além da execução coletiva pelos legitimados do art. 5º da LACP, prevê o CDC, no art. 103, §3º<sup>39</sup>, que as vítimas ou seus sucessores, se valendo do título executivo obtido na ação civil pública, possam buscar a respectiva indenização. Isto é, traslada-se o título obtido em ação coletiva em favor de uma execução individual. É a denominada execução *in utilibus* derivado da coisa julgada *secundum eventum litis*<sup>40</sup>.

Quer isso demonstrar que, em razão da condenação por um dano ambiental, promovida pelo Ministério Público, em Ação Civil Pública, poderá o lesado particular, em caso de procedência do pedido, se valer deste título executivo, embora não tenha participado da relação processual, para assim promover a “liquidação da sentença” com a posterior execução em seu favor.

---

Julgamento: 17/05/2017 - nona câmara cível.

35 Art. 18 CPC/15. “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

36 Art. 15. “Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

37 Em argumento contrário, Elpidio Donizete e Marcelo Malheiros Cerqueira (2010, p. 384), para quem o dispositivo legal [art.15 da LACP] “não implica vedação a que um dos legitimados à defesa dos direitos coletivos em juízo que não atuou na fase de conhecimento promova o cumprimento da sentença coletiva antes do transcurso do prazo de 60 (sessenta) dias. Afinal, se a legitimação extraordinária para as demandas é disjuntiva para assegurar o amplo acesso à justiça das coletividades, não se afigura lógico manter a independência da atuação dos substitutos processuais apenas na fase de conhecimento do processo coletivo. O prazo fixado no art. 15 da LACP, portanto, tem o objetivo de servir de parâmetro apenas à atuação obrigatória do Ministério Público, em caso de omissão dos demais legitimados”.

38 Art. 775. “O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva”.

39 Art. 103. § 3º do CDC. “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

40 Como ensina Ada Pellegrini Grinover et al (1999, p. 826) “o §3º do art. 103 inova profundamente com relação aos princípios processuais sobre a coisa julgada: inspirado no princípio da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, bem como na ampliação *ope legis* do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos”.

Afivê-se que o STJ<sup>41</sup>, ampliando a interpretação sobre o dispositivo legal invocado, tem permitido, em caso de ajuizamento de ação individual pelo consumidor, em concomitância com Ação Civil Pública, que, em havendo condenação nesta, a demanda do primeiro se converta diretamente em processo de liquidação, em nome da economia e celeridade processual.

Em se cuidando de execução individual, relativa a direitos individuais homogêneos, a questão é inteiramente disciplinada no CDC, iniciando-se, a legitimidade ordinária, naturalmente pela vítima ou seus sucessores, a partir do art. 97<sup>42</sup>.

Admite, entretanto, a parte final do artigo mencionado, que a execução individual se promova pelos legitimados de que trata o art. 82 do CDC. O rol este que se assemelha a regra prevista no art. 5º da LACP.

Em tais casos não há que se falar em substitutos processuais. Os legitimados, a exemplo de uma associação ou sindicato, agem em nome e na defesa dos interesses dos representados, como se a própria vítima demandasse em juízo. Não obstante a existência de certa discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do instituto, alguns entendendo que se trata de um caso de legitimidade autônoma, o entendimento dominante, todavia, é que a situação retrata uma hipótese de representação processual.

Com efeito, o STJ, em oposição à esta concepção, tem pronunciado que o caso radiografa um caso de substituição processual<sup>43</sup>, pelo que, em termos práticos, não se exige a prévia concordância do representado/vítima para a assunção da execução pelo ente coletivo, facilitando, a tal ponto a defesa de tais direitos.

Seja como for, tecnicamente, não se estará diante de uma execução coletiva<sup>44</sup>, uma vez que o dano é individual. Trata-se de uma execução “pseudocoletiva” formada por parcelas identificadas de direitos individuais, o que na situação concreta pode acarretar um grande tumulto processual se os danos sofridos não forem uniformes (TARTUCE; NEVES, 2015, p. 743).

Discute-se, outrossim, se o Ministério Público, que possui legitimidade para o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas, na forma do art. 82, I do CDC, poderia, igualmente, promover a execução coletiva em favor das vítimas.

A doutrina de uma maneira geral rejeita tal possibilidade. Sustenta-se que a legitimidade do *Parquet* estaria restrita à fase de conhecimento, uma vez que ainda estaria mantida a homogeneidade do direito com uma indeterminação dos lesados. A partir, contudo, do trânsito em julgado, havendo vítimas identificáveis, faleceria a este órgão atribuição constitucional para tanto, desviando-se de seu perfil institucional, na dicção do art. 127, c/c o art. 129, III da CR/88, que somente faz menção a interesses difusos e coletivos (mas não a individuais

41STJ - Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação coletiva. Execução individual. Liquidação prévia. Necessidade. Divergência jurisprudência. Ausência de similitude. SÚMULAS Nº 7/STJ E 284/STF. 1. É necessária a liquidação sentença coletiva proferida em ação civil pública pelo particular que pretende executá-la, oportunidade em que se provará tanto a sua qualidade de credor quanto o valor do seu crédito. 2. Os julgados trazidos como paradigmas solucionaram questão relacionada à possibilidade de conversão de ação individual em liquidação de sentença, quando julgada ação coletiva com o mesmo objeto, o que não se assemelha à pretensão recorrente, para que se converta execução individual de sentença coletiva em liquidação. Incidência das Súmulas nº 7/STJ e 284/STF. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 370.244/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, julgado em 15/10/2015, DJe 23/10/2015).

42 Art. 97. “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

43 STJ - Administrativo. Servidor público. Agravo interno em recurso especial. Ação coletiva. Sindicato. Substituição processual. Execução individual. Servidor não filiado. Legitimidade. Agravo interno desprovido. 1. Este Superior Tribunal consagrou orientação segundo a qual, consoante disposição da Súmula 629/STF, o sindicato, na qualidade de substituto processual, atua na esfera judicial na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representa, sendo dispensável a relação nominal dos filiados e suas respectivas autorizações. 2. Assim, o servidor público integrante da categoria beneficiada, desde que comprove essa condição, tem legitimidade para propor execução individual, ainda que não ostente a condição de filiado ou associado da entidade autora da ação de conhecimento. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1689334/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018).

44 Art. 98. “A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”.

homogêneos), remanescendo a questão somente em termos patrimoniais. O STJ<sup>45</sup> segue esta linha de raciocínio.

Permite ainda, residualmente, o art. 100 do CDC<sup>46</sup> que em caso de inércia das vítimas ou em havendo habilitação em número incompatível com a extensão do dano, os legitimados do art. 82 possam promover a liquidação, caso em que a indenização será revertida para o fundo.

Cuida-se de uma curiosa espécie de “represtinação” de legitimidade extraordinária subsidiária. Nesse ponto, inexistente impedimento ideológico para a atuação do Ministério Público, vez que a indenização não será destinada à nenhuma vítima, mas sim a um fundo.

A regra legal tem vasta aplicação nos casos em que ocorre uma diminuta lesão aos consumidores, mas ampla projeção econômica para os produtores. É a chamada “grande dispersão de pequenas quantidades”. Imagine-se, como exemplo, que um fabricante de papel higiênico reduza o tamanho do rolo em apenas 5 cm, ou o produtor de iogurtes que diminua a quantidade do laticínio no pote ou industrial de sardinhas coloque mais óleo do que peixe dentro da lata<sup>47</sup>.

Em todos esses casos dificilmente o consumidor lesado perderá o seu precioso tempo buscando a tutela jurisdicional, dado o diminuto dano em sua feição individual. Entretanto, para o fabricante, tais reduções ensejam um aumento exponencial dos lucros, em prejuízo de todos, em franca ilicitude, autorizando-se o uso da medida de reparação legal.

Apesar de ser um grande instrumento a favor da tutela processual dos interesses dos consumidores, a disposição normativa não é clara em alguns pontos, o que faz render divergências doutrinárias. A primeira delas, diz respeito ao termo inicial da contagem do prazo dos 100 dias<sup>48</sup> para o *start* dessa legitimidade residual.

45 STJ - Processo Civil. Direito do Consumidor. Recurso Especial. Ação de liquidação de sentença prolatada em Ação Civil Pública. Direitos individuais homogêneos. Precedência da legitimidade das vítimas ou sucessores. Subsidiariedade da legitimidade dos entes indicados no art. 82 do CDC. 1. A legitimidade para intentar ação coletiva versando a defesa de direitos individuais homogêneos é concorrente e disjuntiva, podendo os legitimados indicados no art. 82 do CDC agir em Juízo independentemente uns dos outros, sem prevalência alguma entre si, haja vista que o objeto da tutela se refere à coletividade, ou seja, os direitos são tratados de forma indivisível. 2. Todavia, para o cumprimento de sentença, o escopo é o ressarcimento do dano individualmente experimentado, de modo que a indivisibilidade do objeto cede lugar à sua individualização. 3. Não obstante ser ampla a legitimação para impulsionar a liquidação e a execução da sentença coletiva, admitindo-se que a promovam o próprio titular do direito material, seus sucessores, ou um dos legitimados do art. 82 do CDC, o art. 97 impõe uma gradação de preferência que permite a legitimidade coletiva subsidiariamente, uma vez que, nessa fase, o ponto central é o dano pessoal sofrido por cada uma das vítimas. 4. Assim, no ressarcimento individual (arts. 97 e 98 do CDC), a liquidação e a execução serão obrigatoriamente personalizadas e divisíveis, devendo prioritariamente ser promovidas pelas vítimas ou seus sucessores de forma singular, uma vez que o próprio lesado tem melhores condições de demonstrar a existência do seu dano pessoal, o nexo etiológico com o dano globalmente reconhecido, bem como o montante equivalente à sua parcela. 5. O art. 98 do CDC preconiza que a execução “coletiva” terá lugar quando já houver sido fixado o valor da indenização devida em sentença de liquidação, a qual deve ser - em sede de direitos individuais homogêneos - promovida pelos próprios titulares ou sucessores. 6. A legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exurgirá - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC. É que a hipótese versada nesse dispositivo encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, retornando a legitimação dos entes públicos indicados no art. 82 do CDC para requerer ao Juízo a apuração dos danos globalmente causados e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilicitamente de arcar com a reparação dos danos causados. 7. (...) 8. No momento em que se encontra o feito, o Ministério Público, a exemplo dos demais entes públicos indicados no art. 82 do CDC, carece de legitimidade para a liquidação da sentença genérica, haja vista a própria conformação constitucional desse órgão e o escopo precípuo dessa forma de execução, qual seja, a satisfação de interesses individuais personalizados que, apesar de se encontrarem circunstancialmente agrupados, não perdem sua natureza disponível. 9. Recurso especial provido. (REsp 869.583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 05/06/2012, DJe 05/09/2012).

46 Art. 100. “Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”.

47 Para uma análise mais destacada da jurisprudência vide o REsp 1586515/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018, em que são tecidas considerações a respeito dos direitos individuais homogêneos, legitimidade do Ministério Público e dano moral coletivo em situações de grande dispersão de pequenas quantidades (“sardinha em conserva”).

48 Chamo a atenção para informar que, no caso de proteção dos investidores do mercado de valores mobiliários, o prazo será de 02 anos, na forma do art. 2º, §2º da lei 7.913/89.

Assim, sem embargo de outras posições doutrinárias<sup>49</sup>, a postura mais adequada, dentro de um ideal de segurança jurídica, é aquela que preconiza que o prazo do art. 100 do CDC tem início com o trânsito em julgado da sentença condenatória, à luz da regra prevista no art. 16 da LACP<sup>50</sup>, em virtude de uma interpretação circular dentro da esfera do microsistema da tutela coletiva. O STJ<sup>51</sup> também abraça essa orientação.

À toda evidência, tal prazo não possui natureza decadencial ou prescricional. Isto é, ultrapassado o marco temporal, ainda assim as vítimas lesadas poderão se valer do Judiciário, a fim de buscar a recomposição de seu patrimônio. Haverá, pois, uma concorrência de execuções entre os legitimados do art. 82 do CDC – em legitimidade extraordinária residual – visando o incremento econômico uma reparação fluida para o fundo; e das vítimas – em legitimidade ordinária, inaugurando-se um concurso de crédito<sup>52</sup>, nos termos do art. 99 do CDC, com preferência de recebimento para estas.

A lei também não descreve o que seria a inexistência de habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano. Cuida-se de conceito jurídico indeterminado. Nesse ponto a doutrina tem preconizado a adoção de um critério econômico apontando como razoável o ilegal lucro obtido pelo responsável do ato ilícito (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 363).

## 6 COMPETÊNCIA

Outra questão digna de nota se refere ao juízo competente para o cumprimento da sentença. É intuitivo, nos termos do art. 516, II do CPC/15, que o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição seja o competente para a execução do título judicial. O raciocínio nada mais é do que a adoção do critério legal de competência funcional.

É nestes termos que foi cunhado o art. 98, §2º, I e II do CDC<sup>53</sup>. A regra, então, está em consonância os ditames do Código de Processo Civil. Executa-se a decisão no juízo que a proferiu.

49 Para Luiz Manoel Gomes Junior (2008, p. 362), o prazo deveria se iniciar com a publicação da decisão em primeira instância, ou seja, em período anterior à formação da coisa julgada, uma vez que inexistente regra expressa e eventual recurso é despedido de efeito suspensivo. Para Ada Pellegrini Grinover et al (1999, p. 785), o prazo deveria ser contado da publicação de um edital após a sentença, com ampla informação aos consumidores, a respeito da condenação, em analogia ao art. 94 do CDC, sob pena de a condenação tornar-se inócua.

50 Art. 15. “Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

51 STJ - Recurso Especial - Direito do Consumidor - Agravo de Instrumento - Ação Coletiva - interesses individuais homogêneos - sentença de procedência - liquidação e execução da sentença genérica requerida pelo ministério público, com fundamento no art. 100 do CDC (fluid recovery) - pedido indeferido pelas instâncias ordinárias, sob o argumento de que o transcurso do prazo de um ano deve ter como termo inicial a publicação de editais em jornais de ampla circulação, obrigação a que foram condenados os réus - impossibilidade de se condicionar o início do referido prazo ao cumprimento da citada obrigação de fazer. Insurgência recursal do ministério público estadual. (...) 1. (...) 2. Nos termos do artigo 100, caput, do Código de Defesa do Consumidor, “decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”, hipótese denominada reparação fluida - *fluid recovery*, inspirada no modelo norte-americano da *class action*. 2.1. Referido instituto, caracterizado pela subsidiariedade, aplica-se apenas em situação na qual os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença coletiva, transferindo à coletividade o produto da reparação civil individual não reclamada, de modo a preservar a vontade da Lei, qual seja a de impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores. 2.2. Assim, se após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado, não houve habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, exsurge a legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução, nos termos do mencionado artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor; nesse contexto, conquanto a sentença tenha determinado que os réus publicassem a parte dispositiva em dois jornais de ampla circulação local, esta obrigação, frise-se, destinada aos réus, não pode condicionar a possibilidade de reparação fluida, ante a ausência de disposição legal para tanto e, ainda, a sua eventual prejudicialidade à efetividade da ação coletiva, tendo em vista as dificuldades práticas para compelir os réus ao cumprimento. 2.3. (...) (REsp 156021/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 05/05/2014).

52 Art. 99. “Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento”.

53 Art. 98 (...) § 2º “É competente para a execução o juízo: I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual; II - da ação condenatória, quando coletiva a execução”.

Em termos de execução coletiva propriamente dita, a disposição legal não cria embaraços ou empecilhos, continuando o juízo de origem competente para o cumprimento da sentença. De outro lado, quando se tratar de execuções individuais, em que seja indispensável a prévia “liquidação de sentença”, é que se questiona a possibilidade de ajuizamento no foro de domicílio do consumidor.

A lei 8.078/90, no parágrafo único, do art. 97, continha tal previsão. Em outras palavras, admitia-se o foro de domicílio do liquidante. Ocorre que o dispositivo foi vetado<sup>54</sup>, erroneamente, sob a premissa de dissociação do sistema conhecimento-execução, o que violaria a ampla defesa.

Não faz sentido, contudo, que proferida uma sentença condenatória em uma determinada comarca, todos os lesados de um mesmo Estado – consoante o âmbito de abrangência da coisa julgada (art. 16 da LACP) – estejam sujeitos ao mesmo juízo. Tal situação gera um contrassenso, uma inversão axiológica de tutela consumerista.

Basta ver que tal postura afronta o Acesso à Justiça daqueles que residem em Regiões afastadas do juízo de origem, o que contribui para o descrédito das ações coletivas, bem como atenta contra a Administração da Justiça, uma vez que concentrar todas as execuções em um único juízo, significa emperrar toda a máquina judicial acabando com o ideal de pronta e célere prestação jurisdicional.

Ademais, o art. 101, I do CDC admite que o consumidor possa ajuizar demandas individuais no local de seu domicílio. Ora, em havendo possibilidade de demandar originariamente neste local a regra deve ser interpretada extensivamente para os casos de liquidação e execuções individuais decorrentes de condenações coletivas, podendo, inclusive, haver preleção pelo foro do executado ou mesmo no local em que se encontre os bens do devedor, por aplicação subsidiária do CPC. É o que apregoa a doutrina sobre o problema (CERDEIRA, 2008, 06).

Felizmente, o STJ<sup>55</sup>, em sede de recurso repetitivo, já resolveu a questão.

## 7 MEIOS EXECUTIVOS

Os meios executivos constituem a técnica processual empregada para a entrega do bem da vida assegurada no título executivo. É, portanto, uma relação de meio e fim, de tutela e de ato. Os meios correspondem, pois, aos atos processuais de natureza sub-rogatória (meios diretos) ou coercitiva (meios indiretos).

É justamente através dos meios executivos que se concentra e se realiza a função executiva. E a execução depende, pois, de um arcabouço instrumental apto à realização do

54 “Art. 97 – Parágrafo único – “A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante”.

Razões do Veto: Esse dispositivo dissocia, de forma arbitrária, o foro dos processos de conhecimento e de execução, rompendo o princípio da vinculação quanto à competência entre esses processos, adotado pelo Código de Processo Civil (Art. 575) e defendido pela melhor doutrina. Ao despojar uma das partes da certeza quanto ao foro de execução, tal preceito lesa o princípio de ampla defesa assegurado pela Constituição (Art. 5º, LV).

55 STJ - Processual Civil. Ação Coletiva. Execução coletiva ajuizada. Prevenção do juízo para fins de promoção da execução individual. Não ocorrência. Arts. 98, caput, § 2º, I, e 101, I, do CDC. Avocação pelo juízo da ação coletiva. Não constatação. 1. A Corte Especial do STJ fixou, sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que “a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário” (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12.12.2011). 2. (...) 3. Obrigar os beneficiados pela sentença coletiva a liquidá-la e a executá-la no foro em que a ação coletiva foi julgada implica inviabilização da tutela dos direitos individuais. 4. A interpretação conjunta dos arts. 98, caput, § 2º, I, e 101, I, do CDC leva à conclusão de que o ajuizamento da execução coletiva não torna preventivo o respectivo juízo para fins de execução individual, sob pena de tornar letra morta a garantia, referida no acórdão embargado, à efetivação da tutela dos interesses individuais albergados pela ação coletiva, consubstanciada na possibilidade de ajuizamento da demanda executória individual no foro de domicílio do credor. 5. É irrelevante o fato de a execução ter se iniciado nos autos da ação coletiva e continuar na ação de execução individual, em face do caráter disjuntivo de atuação dos legitimados e da expressa previsão da possibilidade do concurso de créditos (art. 99 do CDC). 6. (...) 7. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1432236/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 13/05/2014, DJe 23/05/2014).

direito material, sob pena de virar um mero discurso acadêmico, a fim de que a obrigação contida no título salte do papel, a fim de que a Justiça não seja uma mera ilusão<sup>56</sup>.

Pois bem, na chamada execução direta ou por sub-rogação, o Estado substituindo a vontade do devedor, realiza, sobre o patrimônio deste, o direito do credor. É o caso típico de expropriação.

Já na execução indireta ou por coerção, o Estado não substitui o devedor. Ao revés, se vale de medidas que constroem a sua vontade. Não há aqui sub-rogação. O resultado é alcançado com o concurso da ação do devedor, pressionado em seu comportamento ao atendimento da obrigação.

Aqui reside o maior alcance da tutela coletiva e dele depende a sua credibilidade. O seu núcleo de atuação e a sua feição completamente inovadora, do ponto de vista normativo, reside na previsão contida no art. 11 da LACP, ao admitir, pela primeira vez, uma tutela específica de tal magnitude, com a adoção de uma atipicidade de meios de obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento, em clara oposição à sistemática geral prevista no CPC de então.

A distinção é digna de nota. Enquanto o CPC/73, em sua redação originária, mantinha o dogma da intangibilidade da vontade em seu art. 638<sup>57</sup>, determinando que, em caso de descumprimento a obrigação, a mesma seria convertida em perdas e danos, dando azo a uma tutela ressarcitória, a LACP, já 1985, trilhou um caminho oposto para buscar a tutela específica da obrigação, em detrimento da realização pecuniária do direito.

A questão não é difícil de entender. É que certos direitos difusos, como a água, o ar, o meio ambiente, a fauna e a flora, embora sejam bens jurídicos, não possuem valor econômico intrínseco. Logo a condenação pecuniária pelo dano provocado a tais bens produz muito pouco ou nenhum benefício, no que toca à recomposição ou prevenção de novas condutas lesivas<sup>58</sup>.

Em sentido diametralmente oposto, o art. 11 da LACP admite, desde aquele tempo, que nas obrigações de fazer e não fazer o juiz determinasse o cumprimento da obrigação, sob pena de execução específica, podendo, inclusive, modificar as medidas independentemente de requerimento do autor. Excepcionava-se a um só tempo, o princípio da tipicidade de meios previsto no CPC/73, bem assim o princípio da inércia.

Esse dispositivo legal, é bom ressaltar, inspirou diversas legislações. É o caso do art. 84 do CDC; art. 213 do ECA; art. 83 do Estatuto do Idoso; art. 95 da Lei de defesa da Concorrência e o antigo art. 461e art. 461-A do CPC/73, além de outras. Atualmente se encontra encartado no art. 536<sup>59</sup> no CPC/2015, sendo uma típica situação de influência do especial no geral.

Isto é, o que hoje é facilmente encontrado nas legislações atuais e soa natural no ordenamento jurídico, na época foi um verdadeiro alarde, um rompimento com os entraves e

56 É pertinente a crítica de Araken de Assis (1996, p. 02) quando informa que: "Compreendem-se, nesta contingência, as causas da grave crise contemporânea da função executiva, que reformas da verba legislativa em nada mitigam. Em geral, se desconhecem os procedimentos executivos. A estrutura legislativa se mostra deficiente. Os estudiosos ignoram esta rica e inexplorada província do processo civil. E as medidas executivas, que representam o núcleo das formas de atuação coativa de direitos, beiram à obsolescência. Tudo isto não desmerece a singular relevância do processo executivo. Ele se destina à realização dos direitos, e, neste sentido, constitui a forma mais expressiva, na perspectiva do jurisdicionado, de tutela jurisdicional".

57 Art. 638. "Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinasse prazo para cumpri-la. Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633".

58 Ensinava Barbosa Moreira que: "em grande número de hipóteses é irreparável a lesão consumada ao interesse coletivo: nada seria capaz de reconstituir a obra de arte destruída, nem de restaurar a rocha que aformoseava a paisagem; inexistente, ademais, prestação pecuniária que logre compensar adequadamente o dano, insuscetível de medida por padrões econômicos. Em poucas matérias se revela de modo tão eloquente como nesta a insuficiência da tutela repressiva, exercitada mediante a imposição de sanções e quando necessário, pela execução forçada da condenação. O que mais importa é evitar a ocorrência da lesão; daí o caráter preventivo que deve assumir, de preferência, a tutela jurisdicional". Moreira, José Carlos. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In a tutela dos interesses difusos. Coordenadora Ada Pellegrini Grinover. 1ª ed. São Paulo. Max Limond. 1984. p. 102.

59 Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

limitações típicas das lides individuais, o que de certa maneira, aos olhos mais desconfiados, fragilizava a segurança jurídica ao conceder, supostamente, mais faculdades ao julgador.

O tempo passou e as desconfianças cessaram. Tanto assim, que o novo Código de Processo Civil outorgou ao magistrado, no art. 139, IV<sup>60</sup>, um poder geral executivo, por meio de uma cláusula geral que se aplica a todo o ordenamento.

Evidentemente, a par dos diversos meios executivos, sem dúvida, a multa processual é a estrela de primeira grandeza. Conhecida como *astreintes*, por influência francesa, a multa, como meio coercitivo assumiu um papel de destaque, não podendo haver desprezo quanto as demais modalidades, a exemplo da busca e apreensão, remoção, desfazimento, protesto, interdição de atividade/estabelecimento entre outras.

Não obstante, é a multa a protagonista dos meios coercitivos no cenário processual, a par do art. 11 da LACP.

Entrementes, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, dado o princípio de subsidiariedade (art. 19 LACP), alguns novos desafios foram lançados com repercussão na tutela coletiva.

O primeiro deles é referente à possibilidade de redução da multa vencida, forte na regra do art. 536, §1º do CPC/2015<sup>61</sup>. A questão não é meramente teórica e assume contornos de alta relevância prática.

É sabido que a multa ostenta natureza processual não se submetendo aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada, tampouco à preclusão judicial<sup>62</sup>. Com efeito, a novel disposição promove uma verdadeira amarra judicial permitindo, em sua literalidade, a modificação com caráter *ex nunc*, ou seja, com efeito prospectivo, mas sem possibilidade de mudança em seu aspecto retroativo. A doutrina<sup>63</sup> é vacilante sobre o tema e a jurisprudência<sup>64/65</sup> ainda não

60 Art. 139 IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

61 Art. 537. “A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento”.

62 STJ - Recurso especial representativo da controvérsia. Processual civil. Expurgos inflacionários. Caderneta de poupança. Cumprimento de sentença. Exibição de extratos bancários. *Astreintes*. Descabimento. Coisa julgada. Inocorrência. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. “Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível.” 1.2. “A decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada.” 2. Caso concreto: Exclusão das *astreintes*. 3. Recurso especial provido. (REsp 1333988/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, segunda seção, julgado em 09/04/2014, DJe 11/04/2014)

63 Preciosas são as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves sobre o tema: “Pode o juiz reduzir o valor que será executado pela parte? Seria possível aplicar o art. 537, § 1º, do Novo CPC a essa situação, ou o dispositivo legal limita-se a tutelar as situações em que a multa ainda está sendo aplicada? Há defensores da impossibilidade de o juiz diminuir o valor final gerado pela frustração da multa. Alguns doutrinadores simplesmente afirmam que não há base legal para o juiz retroativamente eximir parcial ou totalmente o devedor, enquanto outros defendem a impossibilidade de o juiz fazer tal revisão com fundamento no direito adquirido da parte beneficiada com o direito de crédito advindo da frustração da multa. O entendimento é interessante, mas não deve ser admitido, ao menos não em sua integralidade. Em meu entendimento, enquanto a multa mostrou concreta utilidade em pressionar o devedor, o valor obtido é realmente um direito adquirido da parte, não podendo o juiz reduzi-lo, ainda que instado a tanto pela parte contrária. Mas isso não significa que o valor calculado durante todo o tempo de vigência da multa seja efetivamente devido, porque a partir do momento em que a multa teve o seu objetivo frustrado, perdendo a sua função, a sua manutenção passaria a ter caráter puramente sancionatório, com nítido desvirtuamento de sua natureza. O mais adequado é o juiz determinar, com eficácia *ex tunc*, a partir de quando a multa já não tinha mais utilidade, revogando-a a partir desse momento e calculando o valor somente relativamente ao período de tempo em que a multa se mostrou útil. Reconheço que a determinação exata do momento a partir de quando a multa passou a ser inútil pode ser extremamente difícil, mas caberá ao juiz determiná-lo valendo do princípio da razoabilidade”. (Manual de Processo Civil. Volume único. 8ª ed. Jus Podivum. p. 2011/2012).

64 Contra a redução: TJSP - Agravo de instrumento - Ação civil pública - Cumprimento de sentença - Multa por descumprimento de obrigação de fazer - Alegação de desproporcionalidade e excesso - Inocorrência - Aplicabilidade da multa já decidida em outra decisão, confirmada em sede recursal - Preclusão - Redução - Impossibilidade - Multa que é vencida, não vincenda - Art. 537, §1º, do CPC - Recurso improvido (TJSP; Agravo de Instrumento 2223994-49.2017.8.26.0000; Relator (a): Miguel Petroni Neto; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Tanabi - 2ª Vara; Data do Julgamento: 17/05/2018; Data de Registro: 24/05/2018).

65 A favor da redução: TJSP - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - EXECUÇÃO DE MULTA DIÁRIA - insurgência em face da decisão pela qual foi parcialmente acolhida a impugnação ofertada pelo agravado para o fim de redução do valor total da multa cominatória, de R\$ 85.600,00 para R\$ 10.400,00 - descumprimento pelo banco agravado da ordem judicial de apresentação de informações acerca de financiamentos contratados pela agravante - valor total atingido pela multa que realmente

sedimentou o assunto. No âmbito do TJRJ, o Centro de Estudos e Debates – CEDES – editou por meio do Aviso conjunto TJ/CEDES 22/2015, o Enunciado 80<sup>66</sup>, nos seguintes termos: “Pode o juiz reduzir o valor ou modificar a periodicidade da multa cominatória vencida, se não houver decisão anterior preclusa que a consolide”.

Outro aspecto que chama a atenção repousa da dicção do §3º do art. 537<sup>67</sup> do CPC/2015 ao admitir a execução provisória da multa estando em rota de colisão com o art. 12, §2º<sup>68</sup> da LACP que somente admite a sua exigibilidade após o trânsito em julgado.

Com esse espectro, a disciplina prevista no novo CPC se mostra muito mais favorável do que na tutela coletiva. Faculta-se, ainda que de modo não definitivo, a exigibilidade da multa, constringendo de tal monta o devedor ao cumprimento da obrigação. Do contrário, aguardar o trânsito em julgado para, e somente após, decorrido um longo tempo de batalha judicial, é atentar para os ditames da efetividade processual.

Com esse panorama é que se defende uma interpretação evolutiva para se admitir também, na execução coletiva, a possibilidade de execução provisória da pena de multa como fator condicionante de uma tutela efetiva e adequada. Esse também é o entendimento formulado no Fórum Permanentes de Processualistas (FPP)<sup>69</sup>.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decorrido mais de 30 anos da Lei da Ação Civil Pública, a tutela coletiva ainda se mantém uma solene desconhecida para grande parcela do mundo jurídico. Muitos, em uma visão míope e distorcida, ainda a enxergam com os olhos voltados para os institutos de índole particular.

Urge mudar essa cultura, descortinar esse novo horizonte, a fim de transmutar o perfil das demandas com o objetivo de enxugar o demandismo individual que somente serve ao abarrotamento da Justiça.

Novos instrumentos foram outorgados ao Judiciário com o escopo de cumprir a sua missão constitucional. Novas questões surgiram, mas velhos problemas ainda não foram resolvidos.

É preciso avançar em termos legislativos sobre a tutela coletiva, caso contrário permaneceremos nesse terreno pantanoso de baixa efetividade e pouca credibilidade, a

---

se mostrou exagerado e desproporcional ao conteúdo econômico da demanda, implicando enriquecimento sem causa da agravante – possibilidade de redução do valor da multa vencida, mesmo sob a vigência do CPC/2015 – interpretação histórica e sistemática do art. 537, § 1º do referido diploma legal – vedação do enriquecimento sem causa – princípio geral do direito – decisão mantida – agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2008394-35.2018.8.26.0000; Relator (a): Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guará - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/05/2018; Data de Registro: 16/05/2018)

66 Sob a seguinte justificativa: “A decisão que fixa a *astreinte* leva em consideração uma margem periódica de inadimplência estimada que, eventualmente, poderá ser suplantada pelo período de inadimplência efetivo. Esta distorção (que pode chegar ao infinito) representa fato novo, não abrangido pelos efeitos preclusivos da decisão que estipulou o valor ou periodicidade inicial da multa. Logo, a correta interpretação do art. 537, §1º do CPC não pode ser literal, no sentido da vedação da modificação de multas vencidas. Ressalva-se, contudo, situação em que decisão anterior já tenha consolidado a multa pretérita, visto que eventual distorção já teria sido objeto de cognição”.

67 Art. 537. § 3º “A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042”.

68 Art. 12. § 2º “A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”.

69 Enunciado 627 do FPP (arts. 297, 537, §3º; art. 12, §2º, Lei 7.347/1985). Em processo coletivo, a decisão que fixa multa coercitiva é passível de cumprimento provisório, permitido o levantamento do valor respectivo após o trânsito em julgado da decisão de mérito favorável. *Contra*: Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 730), para quem “As considerações e conclusões, entretanto, não são aplicáveis quando a multa for utilizada em um processo coletivo, já que, nesse caso, a exigibilidade está condicionada ao trânsito em julgado da decisão que a fixar. E por que esse tratamento distinto? Por opção do legislador. (...) Considero que até se pode criticar a opção legislativa, que de fato não parece ser acertada, mas não é possível simplesmente desprezar os dispositivos legais mencionados”.

despeito do contínuo esforço dos operadores do Direito, a fim de que a Execução, no auge de sua glória, não volte a ser encarada como “gata borralheira” da ciência processual.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

ASSIS, Araken de. **Execução na ação civil pública**. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 82, p. 46-52, abr./jun. 1996.

\_\_\_\_\_. **Cumprimento de sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. A execução individual da sentença coletiva após a lei 11.232/2005. In NERY JR, Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Execução civil**. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior. São Paulo: RT. 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. 2017 (ano base 2016). Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. ENCONTRO NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, 10. Metas Nacionais para 2017. Brasília. **Anais Eletrônicos...** Brasília: CNJ. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/a2f4fc314db2ec5f39bbo615aba58b6a.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRUSCATO, Wilges. **Execução de tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: Saraiva. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Manual de Direito processual Coletivo**. 4. ed. Curitiba: Juruá. 2016.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. Execução/Cumprimento de sentença no processo Coletivo. **Revista LTr**. São Paulo. Legislação do Trabalho e Previdência Social, São Paulo, v. 72, n. 12, p. 1463-1476, dez. 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, trad. Bras. De J. Guimarães Menegale, 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1969.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4 (Processo Coletivo). Bahia: Jus Podivum. 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 4, 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas. 2010.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. São Paulo: SRS Editora. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. São Paulo: Forense universitária. 1999.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 3, 3. ed. São Paulo: RT. 2017.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Linhas Básicas Acerca da “Liquidação de Sentença” Coletiva. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 137-158, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181686>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MOREIRA, José Carlos. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. 1. ed. São Paulo: Max Limond. 1984.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Processo Civil**. 8. ed. Jus Podivum. 2017.

NUNES, Dierle. **Curso de Direito Processual Civil**. Fundamentos e Aplicação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

RESENDE JUNIOR, José Eduardo de. Juiz brasileiro opta pela replicação e automatização. **Consultor Jurídico**. 24 maio 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-24/jose-chaves-jr-juiz-brasileiro-opta-replicacao-automatizacao>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Método. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de processo Civil**. v. 3, 16. ed. São Paulo: RT. 2018.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E COMISSÃO DE  
ÉTICA: COMO ESSES DISCURSOS SE CRUZAM?

MURILO BORSIO BATAGLIA  
ANA CLAUDIA FARRANHA SANTANA

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E COMISSÃO DE ÉTICA: COMO ESSES DISCURSOS SE CRUZAM?

## ACCESS TO INFORMATION LAW AND ETHICS COMMITTEE: HOW THESE DISCOURSES ARE CROSSED?

Recebido: 13/11/2017  
Aprovado: 11/07/2018

Murilo Borsio Bataglia\*  
Ana Claudia Farranha Santana\*\*

**RESUMO:** Diante de casos de agentes que confundem interesses públicos e privados, surge a necessidade de enfrentamentos a essa confusão. Possuindo esse intuito, a efetivação do direito de acesso à informação destaca-se como um mecanismo que contribui para tanto. Também há a atuação de instituições, dentre elas, as comissões de ética. Partindo dessa justificativa, este trabalho tem por objetivo verificar como as comissões de ética do Executivo Federal se apropriam dos princípios e medidas da Lei de Acesso à Informação - LAI (Lei n. 12.527/11). Metodologicamente, faz-se revisão bibliográfica acerca do conceito de direito à informação, relacionando-o à democracia, *accountability*, liberdade de expressão, observando-se o contexto internacional (convenções e outras leis de acesso), para se adentrar na LAI do Brasil e seus princípios. Em seguida, mune-se da técnica da análise de contexto institucional para explicar a criação das comissões de ética no Brasil, sua evolução e sistema de funcionamento. Possuindo essa base, busca-se responder a questão central (i) analisando-se o site da CEP (verificando o cumprimento da LAI em transparência ativa); (ii) enumerando-se alguns casos de pedido de acesso (transparência passiva) direcionados às comissões e; (iii) entrevistando servidor da Comissão de Ética Pública da Presidência. Como resultados, percebe-se esse cruzamento de discursos ao constatar que o site da CEP cumpre a LAI, pedidos são respondidos, CEP possui o dever de punir servidores e de, sendo parte da administração pública, divulgar suas informações, obedecendo as regras de sigilo enquanto investigações não se concluem.

**Palavras-chave:** Direito à informação. Transparência. Comissões de ética.

**ABSTRACT:** It is needed to confront practices of agents that confuse public and private interests. With this intention, the effectiveness of the right of access to information is highlighted as a mechanism that contributes to that. There are also institutions, among them, ethics committees. With this reason, this study aims to verify how the ethics committees of the Federal Executive are appropriating the principles and measures of the Access to Information Law - LAI (Law 12.527/11). For this, methodologically, it is made a bibliographical review about the concept of the right to information, relating it to democracy, *accountability*, freedom of expression, observing the international context (conventions and other access laws), to discuss Brazil's LAI and its principles. Next, it relies on the technique of analysis of institutional context to explain the creation of ethics committees in Brazil, its evolution and operating. With this basis, this study seeks to answer the main question (i) by analyzing the CEP website (about active transparency); (ii) listing some cases of request for access (passive transparency) for commissions and; (iii) interviewing one server of the Public Ethics Committee of the Presidency. As a result, this study

\* Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Especialista em Direito Eleitoral - PUC MG. Realizou estágio na Central de Conciliação da Justiça Federal entre 2013/2014, e atuou como conciliador, voluntário, no Juizado Especial Cível - anexo UNESP entre 2013/2014. E-mail: murilo.bataglia@gmail.com

\*\* Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (2006) e Mestra em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (1999). Professora adjunta da Faculdade de Direito - Universidade de Brasília - FD/UnB. É Coordenadora e professora do Programa de Pós Graduação em Direito da UnB - PPGD/UnB. E-mail: anclaud@uol.com.br

sees the crossing of speeches when it finds that the CEP website complies with the LAI, requests are answered, CEP has the duty to punish servers and, being part of the public administration, also to disclose its information, obeying the rules of confidentiality while investigations are not concluded.

**Keywords:** Right to information. Transparency. Ethics committees.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011), base de análise deste trabalho, consiste em marco normativo de suma relevância em termos de transparência de dados públicos do governo brasileiro. Esta lei trata do direito de acesso à informação, interpretado neste trabalho como um direito humano, que se baseia na máxima divulgação, (ou seja, que toda informação seja acessível, ressalvadas exceções específicas) (MENDEL, 2009). Dessa maneira, ele “[...] se presta a munir o cidadão de informações detidas pelo Estado, para que seja possível, [...] o controle social.” (BRASIL, 2016, p. 52).

Este direito, por sua vez, pode se efetivar por meio da transparência que permite ao cidadão ter conhecimento acerca do funcionamento do Estado, reduzindo assimetrias informacionais e possibilitando maior controle em relação à ação do governante. Tal conceito está relacionado ao regime democrático em virtude de este prezar pela liberdade de expressão, pelo controle social dos atos dos representantes, pela prestação de contas destes perante a sociedade e pela possibilidade de participação social. Nesse mesmo regime, a informação e sua circulação revelam-se importantes para “nivelar” o conhecimento de representante e representado, e para que este exerça a soberania que lhe é conferida constitucionalmente.

No entanto, pode ocorrer que, nas democracias, haja uma assimetria informacional desfavorável aos representados. Sabendo disso, e também diante de casos de malversação e de confusões de interesses públicos e privados, surge a necessidade de seu enfrentamento e controle, o que se dá tanto pela difusão de informação quando por meio da combinação de determinados atores institucionais.

Assim, instituições que têm seu papel de relevância para esse combate são as comissões de ética – aqui analisadas aquelas do Poder Executivo Federal. E, além de seu trabalho de apuração de denúncias relacionadas a agentes suspeitos de favorecimentos ilegais, e de fiscalizar o cumprimento do código de conduta, elas mesmas, por integrarem a própria administração pública, também estão submetidas à necessidade de divulgarem informações e de serem transparentes.

Com isso, diante dessa contextualização e justificativa de abordagem, chega-se aos questionamentos centrais deste trabalho: como as comissões de ética, no âmbito do Poder Executivo Federal, se apropriam dos princípios e medidas apontadas pela Lei de Acesso à Informação? Como ocorre a transparência ativa da Comissão de Ética da Presidência - CEP? Qual seu funcionamento? Este artigo, portanto, estrutura-se de modo a buscar responder essas perguntas, inicialmente tendo por objetivo relacionar as categorias “Lei de Acesso à Informação” (envolvendo os princípios e direitos dela decorrentes) e “Comissões de Ética”.

Nesse intuito, metodologicamente, mune-se da técnica de revisão bibliográfica para, de início, definir conceitos como “direito de acesso à informação” como um direito fundamental presente nas constituições e em tratados internacionais (ONU e OEA). Aliam-se a tal conceito os efeitos que a informação implica ao ser considerada como instrumento e também produto

da democracia representativa: envolve mecanismos de participação e de cidadania, controle de corrupção, fiscalização dos representantes e liberdade de expressão.

Uma vez feitas essas considerações, parte-se para leis de acesso de outros países que são referência e influenciaram de certa forma a LAI brasileira. Então, dá-se enfoque à realidade brasileira, por meio da mencionada Lei n. 12.527/2011 e os princípios que sustenta (com base em produções de Toby Mendel e da ONG Artigo 19). Por conseguinte, para depois relacionar tanto a LAI quanto as comissões de ética, explica-se o contexto de criação das Comissões de Ética do Poder Executivo Federal até a formação de um sistema nacional, coordenado pela Comissão de Ética Pública da Presidência (CEP) - para que se tenha conhecimento de sua estrutura e funcionamento (o que contribui para responder a questão central deste trabalho).

Logo, adentrando na resposta de como essas comissões e a lei de acesso à informação (a partir de seus princípios de transparência e direito de acesso) convergem, desenvolve-se esta pesquisa explorando o tema com elementos empíricos (mas sem pretensões de uma generalidade empírica). Assim, consiste em uma exploração inicial do problema apresentado, seguindo algumas ações: (i) analisando-se o site da CEP (verificando o cumprimento da LAI em transparência ativa); (ii) enumerando-se alguns casos de pedido de acesso (transparência passiva) direcionados às comissões (ou sobre elas requeridos) e; (iii) munindo-se de técnica de entrevista de servidor da Comissão de Ética Pública da Presidência que, de modo categórico, relaciona a questão da ética (cujo papel é prevenir atos escusos, advertindo servidores ou autoridades, e até recomendando exonerações) com os princípios de acesso à informação.

## 2 DIREITO À INFORMAÇÃO

228

Nesta seção pretende-se discorrer sobre o direito à informação como um direito fundamental, e, posteriormente, adentrar na legislação brasileira de acesso à informação, com destaque para alguns de seus dispositivos e princípios.

### 2.1 Direito fundamental à informação

O direito à informação, entendido neste trabalho como um direito humano, corresponde a uma preocupação de diversos organismos e atores. Assim, nessa seção, pretende-se: (i) elucidar o conceito de direito de acesso à informação e seu tratamento como direito fundamental, (ii) as áreas com que se relaciona, e (iii) alguns documentos internacionais em que está compreendido.

Antes de adentrar na abordagem de que direito à informação é entendido como um direito fundamental, é importante contextualizar alguns termos: a) informação, b) regime de informação e c) direito à informação. Assim, “informação” corresponde, por exemplo, ao ato de registro escrito, que preserva os saberes de forma registrada, gerando uma memória social em documentos (ainda que de modo seletivo) (LIMA et al, 2014). Já “regime de informação” compreende o conjunto de regras jurídicas formais, ou, ainda, o modo de produção informacional vigente: diz respeito aos sujeitos, regras, autoridades informacionais, meios e recursos a partir dos quais a informação é produzida, organizada e distribuída em rede partindo de diferentes produtores em direção a diferentes destinatários (GÓMEZ, 2003; LIMA et al, 2014).

Em se tratando de “direito à informação”, é notória sua correlação com conceitos mais amplos, como o de liberdade de expressão e sua inserção no “conceito guarda-chuva” de direito à comunicação. Pode ser definido, em termos mais específicos, como a forma de obter

conhecimento sobre o Estado, direito individual ou coletivo de acesso à informação pública, ou, ainda, instrumento para cidadãos exercerem controle sobre o Poder Público (CINTRA, 2016; LIMA et al, 2014). Nesse sentido, Marco Cepik traça suas principais características:

[...] um leque relativamente amplo de princípios legais que visam assegurar que qualquer pessoa ou organização tenha acesso a dados sobre si mesma que tenham sido coletados e estejam armazenados em arquivos e bancos de dados governamentais e privados, bem como o acesso a qualquer informação sobre o próprio governo, a administração pública e o país, ressalvados o direito à privacidade, o sigilo comercial e os segredos governamentais previstos em lei (CEPIK, 2000. p. 46).

Em termos históricos, por conseguinte, destaca-se a crescente importância desse tema no pós Segunda Guerra Mundial. Durante os períodos de guerra, prezava-se pela propaganda incessante e pelo indispensável segredo nas lutas entre ideologias e Estados. Terminados os conflitos mundiais, viu-se na circulação de informação a solução para anular “[...] o segredo como fator de temor e desconfiança no campo internacional, e para que o poder da propaganda manipulatória pudesse ser enfraquecido” (LIMA et al, 2014, p. 55). A partir de então, inúmeros foram os diplomas nacionais e internacionais que passaram a abordar a temática, relacionando-a a um direito fundamental.<sup>3</sup>

Somado a isso, o contexto do pós-guerra pode ser associado a uma expansão do regime democrático nos diversos países. E, em se tratando de democracia, a informação e sua circulação se fazem de extrema importância justamente em função da representatividade e da participação social: representantes eleitos têm o dever de prestar contas de seus atos (accountability). Uma madura participação social em decisões e o controle social contra atos ilícitos passam pelo conjunto de informações que cidadãos têm acesso.

Por esses motivos, consolida-se a ideia de que a informação é o oxigênio da democracia (Organização Não Governamental Artigo 19). Toby Mendel retrata tais aspectos da seguinte maneira:

A informação é um fundamento essencial da democracia em todos os níveis. Em sentido mais genérico, a democracia gira em torno da capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta. As sociedades democráticas dispõem de ampla gama de mecanismos participativos, desde eleições regulares até órgãos de vigilância mantidos pelos cidadãos, por exemplo, nas áreas de educação pública e serviços de saúde, e até mecanismos para a apreciação de projetos de políticas, leis ou programas de desenvolvimento. A participação efetiva em todos esses níveis depende, de maneira razoavelmente óbvia, do acesso à informação, inclusive de informações mantidas por órgãos públicos (MENDEL, 2009, p. 04).

No entanto, apesar de o regime democrático ter essa característica, pode acontecer que tal “promessa” não se cumpra, a ponto de haver a separação entre *demos* e *kratia* e isso trazer empecilhos à soberania popular (LOPES, 2007). Retrato desse fato é quando se dá a existência da cultura do sigilo, ou seja, da negação da informação. À semelhança da teoria do agente-principal, a negação de informação para a população gera divergência de conhecimento e uma assimetria entre Estado e sociedade, propiciando terreno para desenvolver ilegalidades, e fenômenos corruptos<sup>4</sup>.

Com isso, as desigualdades no acesso à informação favorecem atitudes de autoridades que confundem interesses públicos com privados. Portanto, o direito à informação surge como

<sup>3</sup> Apesar de ter havido registros anteriores em determinados países acerca dessa abordagem.

<sup>4</sup> Corrupção é aqui entendida como o mau uso do poder confiado para obter benefícios privados (KLITGAARD, 1998; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2000)

ferramenta democrática de enfrentamento desse fenômeno corrupto e de atos ilícitos, e sua efetividade envolve a ruptura dessa cultura do sigilo. Exemplo disso é que “[...] jornalistas investigativos e ONGs de monitoramento podem usar o direito de acesso à informação para expor atos ilícitos e ajudar a erradicá-los” (MENDEL, 2009, p. 05).

Além disso, ainda tomando por eixo de abordagem o regime democrático, este também se caracteriza pela liberdade de expressão – e, como mencionado no início desta seção, direito à informação tem seu ponto de contato com tal categoria, conforme explanam algumas leituras desse tema, bem como o fazem documentos internacionais.

Assim, a liberdade de expressão, sendo uma das facetas do direito à informação, permite com que a sociedade informe (veiculação de informação), seja informada (recebimento de informação) e, ainda, se informe (busca de informações), características fundamentais para a democracia (LIMA et al, 2014; MENDEL, 2009).

Dessa forma, o direito de acesso à informação (buscá-la, recebê-la e transmiti-la) envolve as questões de: democracia com seus mecanismos de participação por parte dos cidadãos, e formas de controle (*accountability*); denúncias de corrupção, de ineficiência de governos, e de violações de direitos humanos; e também a liberdade de expressão. Justamente por se relacionar com esses fatores, e por estarem presentes em tratados internacionais sobre o tema e nas próprias constituições dos países, é considerado um direito fundamental. (KLITGAARD, 1991; MENDEL, 2009).

Partindo do conceito e de áreas com que se relaciona, passa-se agora à positivação do direito à informação, ou seja, ao apontamento de documentos que traduzem o contexto internacional de tratamento do tema. Dentre tais documentos, destacam-se tratados e relatórios de órgãos internacionais que promovem a proteção de direitos humanos, como a ONU e a OEA, sendo que tais perspectivas alinham-se à anteriormente descrita: à de que liberdade de expressão se relaciona com o direito à informação (MENDEL, 2009).

Assim, em se tratando da ONU, em 1946 na primeira sessão de sua Assembleia Geral, foi reconhecida a expressão “liberdade de informação” – entendida como livre fluxo de informação – pela Resolução n. 59: “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [...] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU” (MENDEL, 2009, p.17). Depois, em 1948, a referência se dá na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 19, segundo o qual:

[...] toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (ONU, 1948).

Atrelado a essa Declaração, Mendel expõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que também garante liberdade de expressão em seu art. 19:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha (BRASIL, 1992).

Ocorre que no momento de sua elaboração, esses tratados não enunciavam um “direito à informação” explícito e voltado para os dados públicos sob poder estatal, o que se deu apenas posteriormente. Percebe-se, com isso, o contexto da trajetória do tratamento desse direito: inicialmente o reconhecimento de um papel social da liberdade de expressão

individual e do fluxo livre de informações na sociedade; da importância da proteção do emissor e do destinatário da informação e, em seguida, de documentos sob a posse do Estado. “Este reconhecimento agora está sendo compreendido como inclusivo do direito à informação no sentido do direito de pedir e receber acesso à informação sob o controle de órgãos públicos” (MENDEL, 2009, p. 08).<sup>5</sup>

No contexto da Organização dos Estados Americanos, por sua vez, expõe-se o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo o qual todos têm direito à liberdade de pensamento e de expressão, compreendendo

[...] a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. (OEA, 1969).

Além dessa Convenção, há as resoluções das Assembleias da OEA sobre o direito de acesso, que reiteram a obrigatoriedade dos Estados membros (desde 2003) para promoção do acesso à informação pública, como requisito para a democracia. Além delas, por fim, cita-se também a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão:

Toda pessoa tem o direito de acesso à informação sobre si e seus bens com presteza e sem ônus, independentemente de estar contida em bancos de dados ou cadastros públicos ou privados e, se necessário, de atualizá-la, corrigi-la ou emendá-la. 4. O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito. Esse princípio permite somente limitações excepcionais que precisam ser definidas previamente por lei na eventualidade de um perigo real e iminente que ameace a segurança nacional das sociedades democráticas (CIDH-OEA, 2000).

A partir dessa análise, fica evidente que organismos internacionais que atuam na proteção de direitos humanos reconheceram a importância do direito à informação pública como um direito fundamental. Tendo esse reconhecimento por base, recomendam aos países signatários a adoção de legislações para o respeito a este direito, vinculado à liberdade de expressão, fundamento para democracia, e para fiscalização dos representantes do povo e controle da corrupção (MENDEL, 2009).

## 2.2 Lei de Acesso à Informação e seus princípios: referências estrangeiras e a lei brasileira

Uma vez abordado o contexto internacional de tratamento do tema (por meio de tratados e convenções explicitados), agora objetiva-se elencar determinados princípios presentes nas Leis de Acesso à Informação. Para tanto, primeiramente será feita uma abordagem de legislações de países que são consideradas referências nessa questão e, em seguida, será dado enfoque na Lei de Acesso à Informação do Brasil, Lei n. 12.527/11, passando brevemente por sua criação e destacando os princípios norteadores (tomando por base os trabalhos da organização não governamental Artigo 19).

<sup>5</sup> Na sequência, Mendel expõe determinados Relatórios da ONU para a Liberdade de Opinião e Expressão, elencando os de: 1998 - o direito de liberdade de expressão inclui o direito de acesso à informação sob a posse do Estado; 2000 - importância desse direito para a democracia, a liberdade, a participação e o desenvolvimento; 2004, em Declaração Conjunta com outros responsáveis pelo mesmo tema em demais órgãos, em que se afirmou a inclusão desse direito como direito humano fundamental, “[...] que deve ser efetivado em nível nacional através de legislação abrangente [...] baseada no princípio da máxima divulgação, estabelecendo a presunção de que toda informação é acessível e está sujeita somente a um sistema estrito de exceções” (Declaração Conjunta apud MENDEL, 2009, p.9-10).

Em se tratando das leis de acesso, grande parte das obras se remete à Lei do Reinado da Suécia (*Freedom of Writing and of the Press*), de 1766, que assegurou tal direito, versando sobre a publicidade. Destaca-se também a Legislação Finlandesa (Lei n. 83/1951, *Act on the Publicity of Official Documents* atualizada em 1999 pelo *Act on the Openness of Government Activities*), segundo a qual os documentos que autoridade pública expede são públicos (exceto os de caráter sigiloso) – argumenta-se, ainda, que a estrutura dessa legislação possui similaridades com a lei brasileira de acesso à informação.

Cita-se também a FOIA (*Freedom of Information Act* de 1966), dos Estados Unidos, que, apesar de não ser algo novo no cenário internacional (tendo em vista as leis dos países anteriormente expostos), contribuiu para afirmar a importância desse direito. No entanto, há de se relatar que o presidente americano Lyndon Johnson aprovou-a contrariado, além de que ela detinha uma nuance de manutenção do segredo. Ela preocupou-se com as exceções ao acesso (e, por isso, o acesso à informação neste caso não se aplica a informações militares, ao Congresso, às Cortes Federais e a algumas partes do Executivo que têm direta relação com a Presidência, tampouco ao Poder Executivo dos Estados).

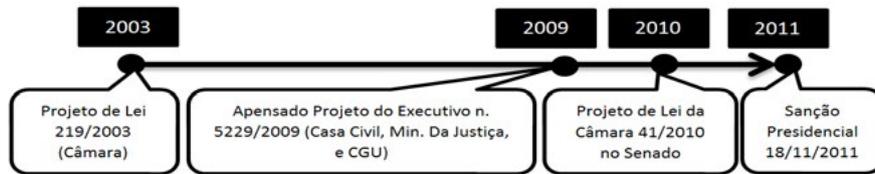
Por fim, outra lei importante corresponde à mexicana, em vigor desde 2003, caracterizada pela fácil compreensão, e por trazer em seu corpo conceitos e princípios das orientações de órgãos internacionais. Observa-se, neste caso, que desde 1977 mas também em 2002 emendou-se e ampliou-se o art. 6º da Constituição Mexicana que dispõe sobre o direito de acesso à informação garantido pelo Estado, e que a lei em tela possui o enfoque no acesso e não na exceção (CINTRA, 2016; PAES, 2011).

O Brasil, por conseguinte, está entre os 90 primeiros países a aprovar a Lei de Acesso à Informação Pública (LAI). Constitucionalmente, os dispositivos que retratam essa temática são: art. 5º, incisos XIV (sigilo da fonte para exercício profissional); XXXIII (receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou coletivo no prazo devido excetuando-se informações sigilosas para segurança do Estado e da sociedade); XXXIV (direito de petição, e obtenção de certidões de órgãos públicos); LXXII (habeas data); LXXVII (gratuidade do habeas corpus e habeas data); art. 37 (princípio da publicidade), II (acesso dos usuários a registros administrativos sobre atos governamentais); art. 93, IX (julgamentos públicos dos órgãos judiciários); art. 216, §2º (gestão da documentação governamental e possibilidade de sua consulta a quem necessitar). (BRASIL, 1988; CINTRA, 2016; FARRANHA, SANTOS, 2015; LIMA et al, 2014).

Conhecendo o respaldo constitucional sobre o direito em debate, ainda faltava uma legislação específica que regulamentasse especificamente tal questão (em especial o art. 5º, XXXIII, CF), e, até então, havia leis ou decretos esparsos que apenas tangenciavam o tema. Nesse sentido, é o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei n. 101/2000), Lei da Transparência (Lei n. 131/2009); Decreto n.5.482/2005 (divulgação de dados de órgãos da administração pública federal na internet); Lei 11.111/2005 (regulamentação da parte final do art. 5º, XXXIII sobre informações sigilosas); Lei 8.159/1991 (Lei da Política Nacional de Arquivos Públicos). Todavia necessitava-se de diploma que compilasse e congregasse as temáticas relativas à transparência e ao acesso a informações públicas (BRASIL, 1988; 1991; 2000; 2005; 2009; CINTRA, 2016; PAES, 2011).

Logo, tendo traçado esse contexto nacional sobre a temática, a elaboração da LAI envolveu propostas tanto de integrantes do Poder Legislativo (Câmara dos Deputados), quanto de grupo institucional do Poder Executivo (CGU, Ministério da Justiça e Casa Civil), e teve-se o seguinte percurso (simplificado) da Figura 01:

Figura 01 - Breve percurso histórico de elaboração da LAI. Elaboração própria. Fonte: CINTRA, 2016.



Após esse trâmite de mais de oito anos, a LAI (Lei n. 12.527/11) foi sancionada em 2011 e entrou em vigor em maio de 2012.

Considerando agora os princípios contidos nesta legislação, destaca-se o da transparência. Acerca dele, sabe-se que “[...] o direito de acesso à informação se presta a munir o cidadão de informações detidas pelo Estado, para que seja possível, [...] o controle social. E isso pode se dar basicamente de duas maneiras: [...] transparência ativa ou [...] transparência passiva” (BRASIL, 2016, p. 52). A transparência ativa consiste na divulgação espontânea de informação pelo Estado, podendo o cidadão acessá-las diretamente. Já a transparência passiva, por sua vez, corresponde à solicitação de uma pessoa, aos pedidos de acesso direcionados a órgãos do governo. (MTFC, 2016; FARRANHA; SANTOS, 2015). Nesse sentido, tem-se que:

O direito à informação é mais comumente associado ao direito de pedir e receber informações de órgãos públicos. Trata-se de uma modalidade-chave pela qual o direito é exercido, mas não é a única. A maioria das leis sobre direito à informação atribui uma obrigação aos órgãos públicos de publicar informações de forma proativa ou rotineira, independentemente de requisições específicas (MENDEL, 2009, p.05).

A transparência, portanto, permite ao cidadão conhecer mais e melhor o Estado, reduzindo assimetrias e possibilitando maior controle em relação à ação do governante. Além disso, tal conceito, uma vez abarcado como política pública, relaciona-se ao aprofundamento democrático, boa governança e prevenção e combate à corrupção, conforme analisado. (MENDEL, 2009; O’NEILL, 2006).

A Organização Artigo 19, por sua vez, também elencou determinados princípios (mencionados por Mendel) para que fossem seguidos pelos países ao elaborarem suas respectivas leis de acesso. Assim, enumeram-se no quadro 01:

Quadro 1 - Princípios norteadores para as leis de acesso à informação. Elaboração própria.

<b>Princípios norteadores para as leis de acesso à informação</b>
1) máxima divulgação: deve ser ampla a abrangência do direito à informação, em termos das informações (registros mantidos por órgãos públicos) e órgãos governamentais envolvidos (todos os Poderes e escalões do governo, empresas públicas, órgãos judiciais e entidades privadas que exercem função pública), bem como de indivíduos que possam requerer acesso. Tais questões podem ser encontradas na LAI, por exemplo, no art. 1º, parágrafo único, incisos I e II (órgãos e Poderes); e art. 10 (pedido feito por qualquer interessado);
2) obrigação de publicar: não basta apenas atender os pedidos, os órgãos públicos devem divulgar categorias de informação de modo voluntário, pro-ativo. Prevê-se que tal medida pode ser limitada pela fonte de recursos, todavia, com o tempo e aperfeiçoamento de novas tecnologias, a publicação e divulgação de informações são mais facilitadas. Na LAI: art. 3º, III trata do uso de tecnologias para consecução dos objetivos da lei; e art. 6º trata da divulgação da informação;

<p>3) promoção de um governo aberto: a cultura do sigilo deve dar lugar à da transparência e essa mudança deve acontecer também entre funcionários públicos (agem diretamente nessa área). Para tanto, são exemplos: ações como a publicação de cartilhas sobre como requerer informações, campanhas conscientizando do direito de acesso, penalidades para quem obstruir acesso, instalação de sistemas de gestão de registros. As responsabilizações encontram-se nos art. 32 e 33; art 41 (órgão do Executivo para promover ações de transparência, treinamento de agentes públicos, monitoramento da aplicação da lei na Administração Pública Federal, encaminhamento de relatório ao Congresso sobre implementação da lei);</p>
<p>4) limitação da abrangência das exceções: exceções devem ser restritas e claramente definidas, não se justificando impedimentos de divulgação para proteger governos de constrangimentos de exposição de atos ilícitos. Essas restrições devem observar padrões no que se referem à liberdade de expressão. Os arts. 23 e 24 tratam das informações relativas à segurança da sociedade e do Estado; art. 25 e 26, da proteção de informações sigilosas; arts. 27 a 30 sobre (re)classificação e desclassificação de informações;</p>
<p>5) procedimentos que facilitem o acesso: os pedidos de acesso precisam ter uma sistematização clara de seu procedimento. Ele deve ser simples, rápido e gratuito (ou de baixo custo); não deve ser necessária a justificativa; recusas de acesso devem ser justificadas; o tempo para resposta deve se enquadrar em limites definidos; a previsão de direito de apelação em caso de recusa também é importante; bem como a existência de um órgão para examinar tais recursos. Alguns desses desdobramentos se encontram no art. 10 §3º (não necessidade de motivação do pedido); art. 11 (§§ 1º e 2º prazo de 20 dias prorrogáveis por mais 10; §3º acesso do usuário ao pedido feito, §4º possibilidade de recurso em caso de negação), arts. 15 a 20 (recursos);</p>
<p>6) custos: não pode o custo do pedido ser um fator limitador do direito de acesso; o ideal é a gratuidade, e, para eventuais valores cobrados, que estes não excedam os custos efetivos. O art. 12 aborda tal princípio;</p>
<p>7) reuniões abertas: órgãos públicos com suas reuniões abertas ao público;</p>
<p>8) divulgação tem precedência: as leis existentes em desacordo com o a máxima divulgação devem ser revisadas e, a depender do caso, revogadas;</p>
<p>9) proteção dos denunciadores: pessoas que revelam informações sobre atos ilícitos devem ser protegidas, e não condenadas ou sofrerem sanções legais por isso.</p>

Fonte: BRASIL, 2011; MENDEL, 2009; PAES, 2011.

Após elencar tais princípios, cuja maioria se encontra na Lei n.12.527/2011, esclarece-se que é necessário romper com a cultura de sigilo (proveniente, no caso brasileiro, de período ditatorial) e incentivar e sedimentar uma cultura da transparência (vinculada a princípios democráticos).

Isso é possível não somente por meio de legislação, mas também por ações institucionais (pro-atividade dos órgãos): campanhas, capacitação para funcionários, além de novos canais de participação ou de interação social (para politização em torno de questões públicas) (FARRANHA; SANTOS, 2015).

Nessa vertente, o caso brasileiro, a partir da publicação da LAI, marcou-se por

[...] [uma] mudança radical de perspectiva de visão do cidadão – sujeito ativo do direito de ser informado e de uma cultura de séculos de sigilo vigente nos órgãos públicos. Não se altera o estatuto de uma cultura autoritária com uma lei apenas. Acessar informação se traduz, nos dias de hoje, não somente no ato de busca, mas também de encontrar condições favoráveis para que essa tarefa seja facilitada, quer por entes públicos, quer pela adoção de tecnologias para a busca e acesso. [...] Desrespeitar essas condições [...] equivaleria ao não cumprimento do dispositivo constitucional de direito à informação,

a relegar o cidadão à condição de vivente desinformado, ao aprofundamento do hiato e assimetria informacional (LIMA et al, 2014, p. 64).

Dessa maneira, considerando essa caracterização do direito ao acesso à informação, seus princípios e áreas afins, o presente trabalho busca agora relacionar tais questões com instituições que, da mesma forma que o direito em debate, contribuem para o enfrentamento de atos de corrupção e de confusões entre questões públicas e privadas: as comissões de ética do Poder Executivo Federal.

### 3 COMISSÕES DE ÉTICA NO BRASIL

Nessa seção, objetiva-se inicialmente apresentar o contexto de criação das comissões de ética pública do Executivo Federal. Isto, por sua vez, concretiza-se por meio da explanação do clima de insatisfação popular diante de escândalos do cenário político, somado a tratados internacionais assinados à época pelo Brasil, que contribuíram para reformas administrativas dessa área.

Assim, o foco é mapear a evolução dessas instituições que enfrentam suspeitas de ilícitudes ou lidam com servidores e funcionários que mesclam interesses públicos e privados. Uma vez mapeada essa evolução e possuindo o conhecimento desse sistema de ética pública liderado pela Comissão de Ética Pública da Presidência, reúnem-se as condições necessárias para relacionar o funcionamento das comissões de ética com os princípios da lei de acesso à informação (na seção 3).

#### 3.1 Contexto de criação e desenvolvimento das Comissões de Ética

No que tange ao contexto de criação das Comissões de Ética nos órgãos do serviço público federal, acontecimentos dos anos de 1990 foram responsáveis por gerar insatisfação popular acerca da conduta de políticos e servidores para com o interesse público. Assim, casos como dos “anões do orçamento” e do impeachment de Collor foram pontos chave da insatisfação popular naquele período em específico. Somando-se a isso, haveria a má prestação dos serviços públicos ligada a condutas eticamente inadequadas, além da percepção de impunidade a transgressões.

Consequentemente, levou-se a um estado de ceticismo, havendo desgaste especialmente quanto ao comportamento das autoridades, envolvendo conflitos de interesses diante da dificuldade de separação da esfera pública da privada (CARNEIRO, 1998; BRASIL, 2014). O governo se desgasta “[...] porque tarda em tomar decisões e [...] desgastam-se os detentores de cargos públicos que, com frequência, injustamente, têm sua reputação moral e profissional atingida” (CARNEIRO, 1998, p.122).

Diante disso, para aperfeiçoar o tratamento de desvios éticos, apontou-se para a necessidade de trabalho pedagógico permanente com o funcionalismo público, bem como melhoramentos na detecção e repressão de infrações. Todavia, faz-se a ressalva de que apenas a multiplicação de leis e decretos rigorosos não traz efetivas contribuições para o tratamento de desvios de conduta ética (CARNEIRO, 1998). Sob esse contexto, em 1994, uma primeira ação foi editar o Decreto nº 1.171 responsável por criar o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, abrangendo deveres e vedações do servidor, e a criação das comissões de ética no serviço público (BRASIL, 1994).

No entanto, foi diante de tratados internacionais que tais institutos receberam maior incentivo. Em 1996, a Convenção Interamericana contra Corrupção (promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 4.410 de 2002) abarcou em seu Artigo III, item 03, a necessidade de instruir membros dos órgãos públicos para entenderem suas responsabilidades e as normas éticas que regem suas atividades – como forma de prevenir corrupção. Cita-se, também, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, em 1997 (promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 3.678 de 2000). Esta organização (OCDE) realizou estudo de medidas adotadas por países para controle da conduta ética dos servidores e para responder às exigências sociais por transparência do processo decisório governamental. Essas medidas podem ser agrupadas em três vertentes: 1) revisão institucional e procedimentos para identificar falhas no tratamento de questões éticas; 2) efetivas reformas da administração pública; e 3) adoção de medidas a partir da inexistência de arcabouço jurídico sobre o assunto (CARNEIRO, 1998).

Além disso, as seguintes propostas estão presentes no documento (OCDE), intituladas de “Infraestrutura Ética” composta por: a) arcabouço legal (tratar a infração ética observando a separação das transgressões de natureza penal das de natureza civil ou administrativa); b) mecanismos relacionados à responsabilidade (prestação de contas, *accountability*, promoção de transparência das ações governamentais); c) participação e escrutínio público (ou seja, sob a vigilância da sociedade e de meios de comunicação); d) compromisso político (o compromisso do governo em valorizar conduta ética, e aplicar recursos materiais e humanos para estrutura nessa área); e) códigos de conduta (implementação de códigos de conduta nos diversos órgãos públicos, ou adoção daqueles de caráter geral); f) socialização profissional (educação e treinamentos de servidores públicos para conhecimento de tais padrões de conduta, a partir de trabalho pedagógico de difusão das normas); g) condições de serviço (focando-se no ambiente e na moralidade do serviço público); h) existência de órgão coordenador de ética (órgãos encarregados de questões éticas sejam eles vinculados aos Poderes, ou agências de atuação independente com funções de fiscalização, aconselhamento, supervisão) (CARNEIRO, 1998).

Considerando a insatisfação da opinião pública e as propostas de reformas presentes em tais documentos internacionais, no plano nacional passou-se a ter algumas reformas também. No Executivo Federal, elas foram promovidas pelo, então, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). Destaca-se, aqui (além do citado Decreto 1.171 de 1994 que criou o código de ética do serviço público), a criação da Comissão de Ética Pública da Presidência da República - CEP (Decreto de 26 de maio de 1999). De início, a atuação dessa Comissão restringia-se a uma instância de consulta da Presidência da República para questões de natureza ética. (BRASIL, 1999).

Depois, foi aprovado o Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF), pela Exposição de Motivos n. 37 de 18.08.2000. Tal código destinou-se a ministros de estado, secretários-executivos, diretores de empresas estatais e de órgãos reguladores (art.2º, I, II e III deste Código). Em sua exposição de motivos, menciona-se que tal Código foi necessário diante de recrutamento, no setor público, de profissionais oriundos do setor privado – o que merecia atenção para o caso de conflitos de interesse (controle das atividades privadas do administrador público) –, e pelo fato de a autoridade pública deixar o cargo para atuar no setor privado (arts. 14 e 15). (BRASIL, 2000).

Além disso, tem por objetivo a prevenção de condutas incompatíveis com o esperado do serviço público e o norteamento de condutas, cuja possível transgressão não implicará na violação da lei, mas no descumprimento de padrões – “tendo uma punição de caráter político: advertência, censura ética, ou até uma recomendação de exoneração (a depender da gravidade

da transgressão).” Nesse sentido, a CEP passou a implementar e monitorar o CCAAF (BRASIL, 2000).

Em 2007, por meio do Decreto n. 6.029, instituiu-se o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, composto pela CEP, Comissões de Ética de que trata o Dec. 1.171/1994, e demais Comissões de Ética (e equivalentes) presentes nas entidades e órgãos do Poder Executivo Federal (art. 2º, I, II e III, Dec. 6029/2007). Com isso, a CEP passou a coordenar, avaliar e supervisionar todo o sistema de ética no Executivo Federal, podendo instaurar processo de apuração de ato que esteja em desacordo com o Código, de ofício, ou por denúncia fundamentada com indícios suficientes (art. 18). Logo, a CEP:

Incorporou o papel de liderança na promoção de ações visando assegurar a adequação e a efetividade dos padrões éticos nas entidades e órgãos que integram o Poder Executivo Federal, desenvolvendo capacitações voltadas para os integrantes do Sistema de Gestão da Ética e da sociedade em geral, além da participação em eventos internacionais (BRASIL, 2014).

#### 4 COMISSÕES DE ÉTICA E TRANSPARÊNCIA: COMO ESSES DISCURSOS SE CRUZAM?

Para tentar responder esta pergunta, é de grande importância ter por base o contexto de criação das comissões de ética no Executivo Federal, bem como os diplomas (leis e decretos) responsáveis pela institucionalização destes órgãos, dos códigos de ética e o funcionamento desse sistema – vistos na seção anterior.

Agora, para buscar a relação entre as comissões de ética e a transparência (princípio presente na LAI), discorre-se sobre a CEP, analisando seu site (justamente por ela ser o órgão responsável por administrar todo o sistema de ética pública do Executivo Federal); sobre pedidos de acesso para outras comissões de ética; e, por fim, verificam-se as impressões de servidor da CEP acerca da relação que é objeto deste estudo.

##### 4.1 CEP e transparência ativa

Considerando as atribuições da CEP e o conceito de transparência ativa, busca-se verificar sua relação com a transparência a partir de algo que se concretiza com o seguinte questionamento: como a CEP tem aplicado esse princípio por meio de seu endereço na internet?

Para essa resposta, verificaram-se os itens presentes na LAI a respeito da divulgação de informações e o que está presente no seu site. Logo, uma análise do endereço eletrônico da Comissão de Ética da Presidência – CEP (art.8º, §2º, LAI – obrigatória divulgação na internet em sítios oficiais) mostra que ela atende sim a requisitos mínimos de transparência ativa para que o órgão divulgue informação de fácil acesso, conforme demonstra os quadros 02 e 03.

Quadro 02 - Requisitos mínimos de transparência ativa no site CEP. Elaboração própria.

<b>Requisitos mínimos de transparência ativa presentes no site da CEP (art.8º, §1º, LAI)</b>
(I) apresenta “registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público” (inclusive com os nomes dos membros desde a implementação da CEP);

(II) indica o portal responsável por divulgar “registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros”;
(III) há indicação para “registros das despesas”;
(IV) há “informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados”;
(V) também consta seção para “dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades”;
(VI) e para “respostas a perguntas mais frequentes da sociedade”.

Fonte: Brasil (2011).

Quadro 03 - Requisitos de sítios eletrônicos presentes no site CEP. Elaboração própria.

<b>Requisitos de sítios eletrônicos presentes no site da CEP (art. 8º, §2º, LAI)</b>
(I) ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita acesso à informação;
(II) gravação de relatórios em formatos eletrônicos para análise das informações – como exemplo, encontram-se as atas das reuniões da CEP, com deliberações, ofícios recebidos, número de processos que foram objeto de debate;
(III) possibilidade de “acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina”;
(IV) divulgação dos “formatos utilizados para estruturação da informação”;
(V) garantia da “autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso”;
(VI) manutenção das “informações disponíveis para acesso” – nestes incisos percebe-se sua observância pelas informações atualizadas, fornecidas pela própria CEP, e de facilidade de acesso, cópia e divulgação, por exemplo;
(VII) indicação de “local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio”;
(VIII) há opção para acessibilidade de conteúdo, no entanto, no momento da verificação, houve dificuldades no acesso.

Fonte: Brasil (2011).

Percebe-se, portanto, analisando brevemente o endereço eletrônico da Comissão de Ética da Presidência da República, que esta tem observado os dispositivos da LAI. Isso permite afirmar que, nesse quesito, cumprindo o estabelecido na LAI acerca de itens divulgados, essa é uma das formas com que a comissão concretiza a transparência de seus atos e funcionamento.

#### 4.2 Comissões de Ética e transparência passiva

Esse tópico, por sua vez, procura discutir tanto a CEP quanto as demais Comissões de Ética do Executivo Federal. Analisam-se as respostas dadas aos pedidos de acesso à informação sobre tais comissões (transparência passiva) em base de dados fornecida pelo Ministério da Transparência Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Dessa maneira, faz-se a busca com os seguintes termos: “comissão de ética”.

Dentre alguns dos resultados obtidos, por sua vez, pode-se apontar que geralmente são solicitados: a) composição da comissão de ética de determinado órgão federal (a exemplo da ANEEL, e da Caixa Econômica Federal); b) leis e decretos sobre comissão de ética; c) informações da apuração de denúncias feitas pelo solicitante; d) acesso às atas das reuniões da

CE, CEP, por exemplo; e) organização institucional da comissão de ética (como, por exemplo, se se vinculam a outro órgão).

A título de exemplificação, selecionaram-se casos (presentes no quadro 04) referentes à Administração Direta e à Indireta compreendendo, neste último caso, algumas autarquias (ANEEL, BACEN, ICMBio) e empresa pública (Caixa Econômica Federal):

Quadro 04 - Casos analisados. Elaboração própria.

Fonte: Site CGU - Banco de dados de pedidos de acesso à informação.

Casos analisados – Transparência Passiva e Comissões de Ética	
Número, data e órgão	Pedidos e respostas
02680002014201657 Min. do Meio Ambiente 14/09/2016	Solicita-se a quantidade de pedidos, com base na Portaria Interministerial n. 333/2013 e Lei n. 12.813/2013, sobre autorização de exercício de atividade privada, feitos por servidores do Ministério do Meio Ambiente (com o ano, órgão a que pertence dentro do ministério, e atividade privada que pediu para que lhe fosse autorizada). Em resposta (divulgada em arquivo anexo), informou-se que o órgão competente para essa análise era o então Ministério de Transparência Fiscalização e Controle. Importa notar que nos motivos, expõem-se os arts. 4º e 8º da Lei 12.813/2013 que tratam da questão do conflito de interesses do agente público que exerce atividades privadas - e que este, em caso de dúvida da possibilidade desse exercício concomitante, deve consultar a CEP ou a CGU, a depender da competência (sendo o presente caso atribuído à CGU). Em complemento, esclareceu-se que a licença para tratar de interesses particulares é permitida pelo Ministério, preenchendo formulário específico disponibilizado aos servidores.
48700006120201544 ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) 15/08/2015	Questionou-se sobre integrantes da comissão de ética, atribuições, quais cargos ocupam, e quais medidas a ANEEL tomaria em caso de denúncia por cidadão. Requereu cópia do fundamento legal das respostas. Resposta: acesso à informação concedido, indicando-se o site e os nomes dos que compõem a comissão, com respectivas atribuições; informou-se, ainda, que no caso de denúncia deve-se observar o caso concreto; e em termos de legislação foram indicados o Código de Ética da ANEEL, o Regimento Interno da respectiva Comissão de Ética, o Código de Ética do Serviço Público do Executivo Federal, a Resolução da CEP n.10/2008, disponíveis nos sites da ANEEL e da CEP.

<p>18600002175201623</p> <p>BACEN (Banco Central do Brasil)</p> <p>05/10/2016</p>	<p>Requeru-se informação sobre a que órgão a Comissão de Ética do BACEN é subordinada.</p> <p>Resposta: acesso concedido. Informou-se que a Comissão de Ética (CEBCB) é um órgão colegiado autônomo, não havendo subordinação. Esclareceu-se que as Comissões de Ética dos órgãos do Executivo Federal “[...] são integrantes do Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, sendo a Comissão de Ética Pública da Presidência da República (CEP) a coordenadora, avaliadora e supervisora desse sistema” conforme art. 4º, inciso IV, do Decreto nº 6.029/2007. Além disso, a autoridade máxima do órgão é quem designa os membros da respectiva Comissão, “[...] no caso do Banco Central, os membros da CEBCB são nomeados pelo Presidente, dentre servidores titulares de cargo efetivo, para mandatos não coincidentes de três anos, permitida uma única recondução (art. 2º, caput, do Regimento Interno da CEBCB)”. Elencaram, ademais, normas: o Regimento Interno do Banco Central, art. 132, caput e inciso I, que afirma que a CEBCB é órgão colegiado integrante da estrutura do Banco Central; o “Regimento Interno da CEBCB, que cuida das competências, da composição, das atribuições dos membros”; o Código de Conduta dos Servidores do Banco Central do Brasil. “Com base no quadro normativo apresentado, é de se concluir que a Comissão de Ética constitui-se na forma de órgão colegiado autônomo, porém com recursos humanos, materiais e financeiros garantidos pelo Banco Central”.</p>
<p>02680001300201603</p> <p>ICMBio (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade)</p> <p>13/06/2016</p>	<p>Acesso foi concedido após recurso.</p> <p>A solicitante pede esclarecimentos sobre que providências foram adotadas com suas denúncias de assédio moral e de mau uso de recursos público, mencionando e-mails encaminhados com documentos probatórios.</p> <p>Primeira resposta: o ICMBio recorre à Res. n,10/2008 da CEP e art. 13 do Dec. n.6029/2007, segundo os quais “as denúncias encaminhadas a esta Comissão são apuradas sob a chancela de reservado [...]. Depois de finalizados os processos, tornam-se de acesso público mediante solicitação de consulta à Comissão de Ética-CE/ICMBio”. Além disso, para preservação da ampla defesa e do contraditório, apenas os denunciados têm total acesso ao processo. “Posteriormente, as partes são notificadas das decisões por esta CE, conforme estabelece o Art. 2, XVII da Resolução 10/08 da CEP. Atendendo à solicitação via SIC, informamos que não há processo de acesso público na CE, em relação ao assunto descrito”. Por fim, acrescentou que as atas são públicas e disponíveis no site do instituto.</p> <p>Recurso: a solicitante explicou que não solicitou cópia do processo ou informação interna, mas deseja saber se se abriu procedimento.</p> <p>Em resposta: a Comissão de Ética da ICMBio reiterou a anterior, mas informou que uma denúncia obteve admissibilidade e que a denunciante havia sido notificada do Procedimento Preliminar 05/2015, e da instauração do PAE (Processo de Apuração Ética) por ofício e e-mails, porém não deu ciência disso.</p>

<p>99902004546201528</p> <p>Caixa Econômica Federal</p> <p>23/11/2015</p>	<p>Solicitou-se lista de membros da Comissão de Ética da CAIXA, com nome, matrícula e função, e questionou qual procedimento da instituição quando membros da Comissão de Ética estão envolvidos em irregularidades.</p> <p>Primeira resposta: CAIXA negou pedido, pois por ser empresa pública, estratégica para o governo, opta por não publicar dados sobre cargos, com base no Decreto 7.724, “[...] que assegura que a divulgação de informações das empresas públicas em regime de concorrência, estará submetida às normas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa”. Citou portaria interministerial 233 do Ministério do Planejamento afirmando que empresas públicas em regime de concorrência não tem obrigação de divulgar essas informações. No que se refere aos procedimentos que a empresa adota, cita-se o seu Código de Ética (que norteia a condução dos negócios da CAIXA, que contém competências da Comissão de Ética, “[...] dentre elas a de encaminhar à Comissão de Ética Pública o processo de apuração quando o denunciante ou denunciado for membro da Comissão de Ética”). Além disso, mencionou os sites para obter informações que estão disponibilizadas.</p> <p>Houve primeiro recurso, para o qual a empresa reafirmou entendimento anterior. Entrou-se com segundo recurso e obteve-se mesma negação. Ante os dispositivos da LAI (arts. 15 e 16) e do Decreto 7.724/2012 (art. 23): após indeferimento de acesso, o possível recurso interposto será direcionado para autoridade hierarquicamente superior, e, mais uma vez negado, à Controladoria-Geral da União (CGU) – fato ocorrido nesse caso.</p> <p>Assim, a então CGU deferiu parcialmente o recurso, determinando que a CAIXA disponibilizasse nome e função dos funcionários da empresa que atuam na Comissão de Ética, via E-SIC, descaracterizados os números de matrícula dos funcionários.</p>
---	--

Diante desses casos, percebe-se que há cumprimento do dever de transparência passiva pelas comissões de ética dos órgãos do Executivo Federal, ao responderem acerca da sua estrutura e composição, legislações para respaldar possíveis ações e denúncias.

Apesar de em alguns ter havido negação de acesso, a justificativa reside na natureza da empresa pública à qual foi dirigido o pedido de acesso, sendo-lhe permitido negar prestar informação desde que seja estratégica e que afete a concorrência de mercado, bem como se justifica na não correspondência a pedido formulado.

Destaca-se que também se aplicam exceções de acesso conforme prevê o art. 6º da LAI, “II - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal” (BRASIL, 2011), em termos de assegurar a ampla defesa e o contraditório conforme aponta Res. 10/08 da CEP e art. 13 do Dec. nº 6.029 (chancela “reservado” durante procedimento de apuração de prática de desrespeito às normas éticas).

### 4.3 Entrevista

Com o objetivo de retratar essa abordagem com elementos de empiria (ainda que não em pretensão de generalidade empírica), realizou-se entrevista, devidamente respaldada com termo de consentimento, buscando-se impressões de próprio agente público (não será identificado) que atua na Comissão de Ética Pública da Presidência.

Logo, por meio de entrevista semi-estruturada, procurou-se esclarecer algumas questões na visão deste servidor da CEP, dentre elas: como as Comissões de Ética, no Poder Executivo Federal, se apropriam dos princípios e medidas apontadas pela Lei de Acesso à Informação?

Como resposta, o entrevistado afirmou que se trata de um debate que também surge nas Comissões de Ética:

A LAI nasce a partir de uma discussão havida no Conselho de Transparência da CGU, a partir da noção de que o exercício da transparência constitui uma ferramenta essencial para que a prevenção da corrupção e a afirmação de valores éticos e do controle no âmbito do Poder Público venham a se efetivarem. É nesse cenário que as comissões de ética receberam as novidades contidas na LAI.

A Comissão de Ética Pública tem assento no Conselho de Transparência [...]

Então essa articulação, invisível para muitos, que começa a se estabelecer há 10, 15 anos no governo federal começa a render seus frutos, porque uma política pública voltada a promover o avanço da transparência repercute também na atuação ligada à ética pública [...]

A noção de ética, em geral, e de ética pública, assim como de ética profissional no Brasil, de uma certa maneira, se nós evocarmos nossas memórias ancestrais sobre esse assunto, elas remetem a um lugar não acessível, lugar impermeável. Então as discussões éticas teriam que ser feitas intramuros, teriam que ser discussões reservadas – sob pena de afetar ou ofender a integridade das pessoas envolvidas – o que é bastante curioso. Ou seja, toda discussão de caráter ético do ponto de vista social no Brasil é, de certa forma, contaminada por essa suposição de que a ética é um lugar de esconderijo. E isso não passou ao largo da história do funcionamento da CEP em que pese o valor e a capacitação dos conselheiros e os princípios que a instituição quer valorizar.

Em seguida o entrevistado complementa, relacionando ética à transparência, e a princípios que ganham destaque:

[...] quando ingressei na comissão [...], ainda havia um cuidado excessivo em não permitir que transparecessem as discussões aqui discutidas, como se isso em si fosse algo ofensivo. E pouco a pouco, nós fomos nos abrindo, e é claro que a LAI contribuiu para tanto, fomos nos abrindo ao imperativo de publicidade, que a Constituição também preconiza, e a partir desse imperativo, começamos a não apenas adotar uma maior abertura das apreciações que a Comissão faz – é claro, resguardando o conteúdo dos processos enquanto não finalizados. Nós divulgamos o andamento dos processos: entrou uma denúncia, se o denunciante divulga, está divulgado. Nós comentamos do que se trata, mas não entramos no mérito. No final, isso se torna público. Era algo que não funcionava dessa forma. Isso já é algo predominante nos nossos trabalhos, a partir da convicção de que a atividade pública deve prestar contas à sociedade, ela deve ser uma atividade submetida ao preceito da publicidade - de modo que essa mutação tem se operado e a esfera ética tem se nutrido desses predicados da transparência.

Então tanto a transparência em relação à atuação na esfera ética, quanto também o requisito da transparência para aqueles que passam a ocupar esses cargos, eles têm que transparentemente enfrentar os questionamentos de ordem ética ou de ordem relacionada aos conflitos de interesse. Isso tem que ser transparentemente tratado, não pode ficar oculto, porque nós precisamos dessas revelações para que nós cotejemos.

Outra questão foi a seguinte: como a CEP lida com questões midiáticas? Há vazamentos? Como conduzem isso?

Nós não temos uma experiência de um vazamento que tenha sido proveniente da Comissão. O que pode acontecer é um comentário esparso, *in off*, de um ou outro conselheiro. Exemplo: recentemente saiu no Estado de SP ou Folha de SP um comentário dizendo que alguns conselheiros da comissão estão a considerar abrir um processo em relação ao ex-ministro Marcelo Calero pelo fato de ele ter gravado o Presidente da República. Quando saiu [...] saí no painel eu [...], já que saiu, eu tenho que dizer que essa matéria não estava sendo examinada, mas que particularmente não enxergava afetação da segurança pública nessa conduta e que o próprio Supremo já definiu que a gravação unilateral não é proibida. Então eu fui a público porque tinha havido isso que vocês estão chamando de vazamento, que é muito raro acontecer aqui. Agora o que acontece é: o denunciante traz a matéria e ele se encarrega de divulgar, ou o próprio denunciado, quando se defende, faz questão de ir a público e explicitar no cenário, no palco público, quais são suas razões [...]

Quando a imprensa procura saber (cópia da denúncia/defesa), nós não damos. Agora, no final, nós temos divulgado o voto, e isso tem feito toda diferença, porque os votos são fundamentados e eles às vezes têm publicado trechos votos.

Outro questionamento foi sobre participação política nas comissões de ética: as Comissões de Ética nascem na reforma gerencial, na perspectiva do interesse público, de trazer mais *accountability* para o cidadão. Mas tem alguma possibilidade de aprofundamento dessa participação? Ou essa participação é a publicidade que estão dando e aprofundando isso na gestão? Qual a visão que a CEP tem?

A Comissão de Ética tem procurado ocupar um espaço específico, e nós temos defendido isso, porque, de fato, as instituições já existentes têm um caráter absorvente. Há 350 Comissões de Ética na esfera federal, universidades, IFES, empresas públicas, ministérios e órgãos públicos em geral. Essas experiências que são pulverizadas em determinadas esferas, falando do caráter absorvente, certas matérias são tidas como disciplinares. Então há uma cultura de carrear isso para PADs, ou para procedimentos disciplinares, sindicâncias etc. Como são consideradas matérias jurídicas, porque de fato existe norma ética, então se é norma é jurídico, existe uma tendência de que as procuradorias das instituições também busquem absorver em certa medida aquilo que é específico da comissão de ética. Então o primeiro papel da comissão de ética é delimitar o seu espaço, que não é o espaço jurídico, que não é o espaço administrativo, que não é sequer o espaço disciplinar propriamente, e que não é um espaço político. É uma esfera própria. Porque você deve imaginar que existam conexões e lateralidades, mas essas conexões têm que ser muito bem cuidadas porque senão há uma dimensão da comissão de ética pública. Então a demarcação desse espaço é fundamental. Agora, nós não somos também ingênuos e não vamos ignorar a repercussão política, a repercussão institucional da atuação, seja da Comissão de Ética Pública, seja das comissões locais, ou até mesmo política – porque uma questão ética interna, por exemplo, pode gerar na universidade, uma repercussão em relação ao juízo que se faz sobre tal ou qual autoridade ou servidor, ou procedimento. [...]

Só o fato de existir uma esfera que esteja aberta, um veículo que está disponível para que determinados temas sejam tratados, isso já provoca, talvez, um reflexo na conduta das pessoas.

Questionou-se, além disso, sobre desafios que as Comissões têm pela frente:

Um dos desafios [...] é a necessidade de definir claramente o sentido da afirmação da ética pública, sem que haja uma estigmatização do que seja essa entronização da ética. Então essa ética no sentido da notabilidade de determinadas medidas ou providências ou atuações que ganhem visibilidade social, e deem imagem a esse tipo de heroísmo ou de mitificação das instituições, isso não interessa às comissões de ética. Na verdade não é assim que se constrói de maneira sólida um caminho para ética. Não é com ações de vulto, mas com a preservação da combinação da prudência com a firmeza. Nós precisamos ser firmes em extrair dos preceitos constitucionais o detalhamento do que fazemos. Aquele caput do art. 37 é suficiente, porque ao fim estamos exercitando a impessoalidade ou a publicidade, de uma certa forma estamos também lidando com aspectos relacionados à legalidade. Nós derivamos daí aquilo que vamos fazer nas Comissões de Ética. Creio que a Comissão de Ética deva rejeitar os estigmas e solidificar uma via institucional de avanço desses predicados. Então, fundamentalmente, o trabalho da ética pública é um trabalho eminentemente principiológico, e esses avanços principiológicos são resultado de uma sedimentação de ações.

Em seguida foi-lhe perguntado se existe esse fortalecimento na América Latina:

Nós já temos tido interlocuções com colegas da Argentina, com colegas da Colômbia, do Chile, do México e em todos esses países nós identificamos fenômenos semelhantes, seja da construção humilde e progressiva de uma mudança cultural; e por outro lado, a instrumentalização desse moralismo que também se torna uma ferramenta política em vários países da América Latina. Esse moralismo que de fato já se apresentou na agenda política brasileira, isso há bastante tempo, isso vem provavelmente desde os anos 50 - nós já tínhamos aquilo que se convencionava chamar de udenismo na nossa cultura política - o que não deixa de ser uma instrumentalização muitas vezes incoerente e cheia de lacunas e inconsistências, a instrumentalização dessa ferramenta moral. Isso reforça aquele meu ponto de vista de que isso não é só brasileiro [...]

Em suma, sem democracia autêntica, um sistema de ética não vai funcionar apropriadamente [...] não se constrói uma ética na sociedade a partir de um regimento de conduta dos funcionários se as grandes questões éticas não estas resolvidas. Posso exemplificar no caso brasileiro: enquanto o Brasil não resolve, por exemplo, a situação relacionada com a criminalização da tortura no regime militar, nós vamos ficar com essa lacuna ética a nos perturbar e a contaminar aquilo que venha ser um processo de um sistema de ética autêntico aqui. [...]

E nós não podemos dizer que hoje a realidade brasileira não nos causa preocupação nesse sentido. O próprio jogo de poder que se estabelece no Brasil atual tem evidentes questões que afetam a conduta ética, numa esfera muito mais ampla, e isso termina contaminando a implementação e efetivação de um sistema de ética que seja capilarizado e enraizado.

Sobre a mudança de costumes e sua relação com valores, o entrevistado afirma:

Nós temos procurado assentar que os pronunciamentos de caráter ético, justamente por não serem cogentes, não serem elementos de uma coercitividade forte, serem elementos de uma coercitividade branda, mas eles trazerem valores, trazerem princípios, eles se tornam ainda mais relevantes. [...] E nós, Comissão de Ética, entendemos que para que mudem os costumes, é preciso que nós tenhamos a força dos valores: um pronunciamento ético, que na verdade não vai obrigar ninguém, mas que também passa a ser obedecido sem que haja uma coercitividade.

Diante desses trechos, portanto, percebe-se claramente que transparência (vinculada ao acesso à informação) e Comissões de Ética se cruzam: tal princípio promoveu alterações de tratamento de investigações feitas – o que antes era visto com excesso de cuidado para que discussões não transparecessem, agora há mecanismo de divulgação de atos e debates na CEP pela internet. Ressalva-se, no entanto, que durante o período de investigação, somente quem é parte do processo pode ter acesso (por motivo de ampla defesa, contraditório), e somente após findarem as investigações tem-se acesso público a ele.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, este trabalho teve por objetivo fazer uma relação teórica entre as categorias de “Lei de Acesso à Informação” e de “Comissões de Ética”. Além disso, buscou apontar elementos empíricos voltados para verificar essa relação ao trazer análise de quesitos da LAI com o site da CEP, pedidos de acesso à informação sobre comissões de ética e a entrevista com um servidor da CEP.

Com isso, o direcionamento foi tentar responder à seguinte pergunta: “lei de acesso à informação e comissões de ética – como esses discursos se cruzam?” Assim, encontraram-se relações entre os princípios presentes na LAI e tais instituições que também têm sua responsabilidade no enfrentamento da malversação da coisa pública, do entrelaçamento indevido do público e privado cometido por agentes públicos.

Analisando brevemente a CEP em termos de transparência ativa, tendo por material seu site, percebe-se o cumprimento dos requisitos da LAI ao divulgarem as informações proativamente. Em termos de transparência passiva, verificando os pedidos de informação às comissões expostos neste artigo, também se percebe sua relação por meio das respostas (concedendo o acesso ou justificando ao devidamente ao final do trâmite a negação em casos específicos). Tratando dessa relação sob ótica de servidor da CEP, fica ainda mais clara a importância dessas instituições e também a relação que se tem com a LAI (seja na elaboração deste, seja no uso de seus princípios para possibilitar à população o acesso a seu funcionamento e ações).

Desvela-se, assim, que há uma integração entre as Comissões de Ética e os princípios de transparência ativa e passiva presentes na Lei de Acesso à Informação. Destaca-se a atuação das comissões ao abarcarem exceções de acesso (informações pessoais e sigilosas) durante a tramitação do processo de apuração de infração ética. Ao seu término, por sua vez, é possível sua consulta pública.

Portanto, essa publicidade dos atos das comissões (ressalvados os sigilosos), divulgações de atas das reuniões, divulgação de recursos, de componentes da equipe, de estrutura e organização, de demais informações disponibilizadas no site, bem como o conjunto de procedimentos de apuração de conduta ética, permitem apontar que há esse cruzamento no caminho. E o sentido é um só, a afirmação da ética como princípio para os atos de autoridades e servidores, em respeito ao poder soberano.

## REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. O Direito do Público a Estar Informado: princípios sobre a legislação de liberdade de informação. Londres: **Artigo 19**, 1999. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/public-right-to-know-portuguese.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Comissão de Ética Pública**. Histórico da comissão de ética pública, 2014. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/historico>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Comissão de Ética Pública**. Institucional. 2015. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/institucional-1>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. (Constituição 1988). Poder Executivo. Emenda constitucional nº 91, 2016. **Diário Oficial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.171, 22 jun. 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1171.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.678, 30 nov. 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. **Diário Oficial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.410, 07 out. 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção. Poder Executivo. **Diário Oficial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.029, 01 fev. 2007. Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6029.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.724, 16 maio 2012. Regulamenta a Lei n. 12.527 sobre o Acesso à Informações. **Diário Oficial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 592, 06 jul. 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. **Diário Oficial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações. **Diário Oficial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Transparência Fiscalização e Controladoria-Geral da União (MTFC). **Aplicação da lei de acesso à informação na administração pública federal**. 2. ed. Rev. atual. e ampl. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/aplicacao\\_lai\\_2edicao.pdf](http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/aplicacao_lai_2edicao.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. O aprimoramento da conduta ética no serviço público federal. **Revista do Serviço Público**. Ano 49. n.03. jul-set, 1998. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/374>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CEPIK, Marco. Direito à Informação: situação legal e desafios, In: **Informática Pública**, v. 02, n. 02, p.43-56, 2000. Disponível em: <[www.tinyurl.com/j8tl6tj](http://www.tinyurl.com/j8tl6tj)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

CINTRA, Maria Eduarda Ribeiro. **Lei de acesso à informação no Brasil: sua implementação e seus desafios**. 2016. 302f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). In: DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, 108, 2000, Espanha. **Anais...** Espanha. 2000. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

CORRÊA, Izabela Moreira; SPINELLI, Mário Vinícius Claussen. Políticas de transparência en la administración pública brasilena. **Revista del CLAD**. Reforma y Democracia, Caracas: CLAD, n. 51, p. 129-152, 2011. Disponível em: <<http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/051-octubre-2011/correa.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

FARRANHA, Ana Cláudia. Mecanismos para a construção da transparência: uma breve análise do percurso da democracia. In: IV Congresso CONSAD de Gestão Pública, 2013, Brasília. **Anais...**Brasília: CONSAD, v. 01. p. 1-19, 2013.

\_\_\_\_\_. Mecanismos para a construção da transparência: uma breve análise do caminho entre a democracia representativa e a democracia digital. In: **Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil: perspectivas para avanço da democracia**. Salvador: UFBA, 2016.

\_\_\_\_\_. REIS, João Carlos; SANTOS, Leonardo Tadeu; SANTOS, Viviane Silva. Democracia, participação e redes sociais digitais: desafios contemporâneos da política e do direito. **Revista Jurídica UNICURITIBA**. v. 03. n. 44, p. 117-140, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1740/1134>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. SANTOS, Leonardo Tadeu dos. Administração Pública, direito e redes sociais: o caso da CGU no Facebook. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 10, p. 742-767, 2015.

GONZÁLEZ DE GÓMEZ, Maria Nélide. As relações entre ciência, Estado e sociedade: um domínio de visibilidade para as questões de informação. **Ciência da informação**. Brasília, v. 32, n. 01. p. 60-76, jan./abr., 2003.

KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. California: University of California Press, 1991.

LIMA, Marcia H. T. de Figueiredo et al. Antecedentes e perspectivas do direito à informação no Brasil: a Lei de Acesso à Informação como marco divisor. In: MOURA, Maria Aparecida (org.). **A construção social do acesso público à informação no Brasil: contexto, historicidade e repercussões**. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

LOPES, Cristiano Aguiar. Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos – literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. **Cad. Fin. Públ.** Brasília, n.8, p. 5-40, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/cadernos-de-financas-publicas-1/arquivo.2013-04-18.4951615613>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

MENDEL, Toby. **Liberdade de Informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <[http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Brasilia/pdf/liberdade\\_de\\_informacao\\_pt.pdf](http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Brasilia/pdf/liberdade_de_informacao_pt.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2017.

O'NEILL, Onora. Transparency and the ethics of communication. In: HOOD, Christopher; HEALD, David (org). **Transparency: the key to better governance?** Nova York: Oxford University Press, p.75-90. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

PAES, Eneida Bastos. A construção da Lei de Acesso à Informação Pública no Brasil: desafios na implementação de seus princípios. **Revista do Serviço Público - RSP**, Brasília: ENAP, v. 62, n. 4, p. 407-424, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://seer.ena.gov.br/index.php/RSP/article/view/80/77>>. Acesso em: 15 ago.2016.

\_\_\_\_\_. A influência internacional na construção do direito de acesso à informação no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 195, p. 245-257, 14 jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496592>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

RELLY, J. E.; SABHARWAL, M. Perceptions of transparency of government policymaking: A cross-national study. **Government Information Quarterly**, v. 26, n 1, p. 148-157, jan. 2009.

STIGLITZ, J. **On liberty, the right to know, and public discourse**: the role of transparency in public life. Oxford, UK: Oxford Amnesty Lecture, 1999.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **TI Source Book 2000**. Confronting corruption: the elements of a national integrity system. Londres: Transparency International, 2000. Disponível em: <<http://archive.transparency.org/publications/sourcebook>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A CONSIDERAÇÃO DOS  
DESLOCADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR  
DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM  
MARIANA/MG

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA  
CAROLINA PAAZ

# DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A CONSIDERAÇÃO DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG

## DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE CONSIDERATION OF ENVIRONMENTAL DISPLACEMENT: AN ANALYSIS FROM THE BREAKING OF THE DAM OF FUNDÃO IN MARIANA/MG

Recebido: 20/09/2018  
Aprovado: 10/11/2018

Leonardo da Rocha de Souza\*  
Carolina Paaz\*\*

**RESUMO:** O desastre em Mariana/MG é considerado o maior desastre ambiental do Brasil, com 19 (dezenove) vítimas fatais, centenas de animais mortos e uma mudança drástica na vida dos que foram atingidos direta e indiretamente pela lama contaminada, sem contar os incalculáveis impactos ambientais sobre a fauna e a flora. Considerando que a efetivação dos direitos das comunidades é imprescindível até mesmo para garantir a preservação ambiental, este artigo analisa, por meio de uma reflexão teórica da Democracia Deliberativa de Habermas, e realizando um estudo de caso, a forma como se dava a participação da comunidade de Mariana/MG nos processos que envolviam os interesses da comunidade em relação à construção das barragens e aos seus impactos, e como ocorreu essa participação após o desastre. No aspecto metodológico, este artigo adota uma concepção epistemológica hermenêutico-dialética, realizando uma pesquisa qualitativa por meio de estudo de caso.

**Palavras-chave:** Desastre ambiental. Consideração dos deslocados ambientais. Democracia Deliberativa. Barragem de Fundão.

**ABSTRACT:** The disaster in Mariana, Minas Gerais, is considered the biggest environmental disaster in Brazil, with 19 (nineteen) fatalities, hundreds of dead animals and a drastic change in the lives of those who were directly and indirectly affected by the contaminated mud, not counting the incalculable environmental impacts on fauna and flora. Considering that the realization of the rights of communities is essential even to guarantee environmental preservation, this article analyzes, through a theoretical reflection of Habermas' Deliberative Democracy, and through a case study, the way in which the participation of the community of Mariana / MG, in the processes that involved the interests of the community, in relation to the construction of dams and their impacts, and how it occurred after the disaster. In the methodological aspect, this article adopts a hermeneutic-dialectical epistemological conception, conducting a qualitative research through a case study.

**Keywords:** Environmental disaster. Consideration of environmental displaced persons. Deliberative Democracy. Fundão dam.

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direito (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor Efetivo da Universidade Regional de Blumenau-SC (FURB) (2017-Atual). Vice-líder do grupo de pesquisa CNPq/FURB 'Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça'. Procurador do Município de Caxias do Sul-RS (2009-2017). Professor Adjunto da Universidade de Caxias do Sul, com atuação na graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito como membro do corpo permanente (2014-2017). E-mail: leorochasouza@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul-RS (UCS). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais". Especialista em Direito com Ênfase em Direito Público (Faculdade IDC), Especialista em Perícia e Auditoria Ambiental e Bacharel em Direito (Universidade de Rio Verde-GO). Trabalhou como Integrante da Comissão Organizadora do Anteprojeto de Lei Complementar do Código Municipal do Meio Ambiente de Porto Alegre. Trabalha na Ambiental, Assessoria Jurídica Ambiental e é membro da Comissão de Meio Ambiente (CMA) do Sinduscon-RS. E-mail: carolinapaaz@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema remanescente da Revolução Industrial objetivou, por um longo tempo, a produtividade e o crescimento econômico em detrimento do meio ambiente e da saúde da população. Algumas interferências humanas no meio ambiente foram tão drásticas que acabaram tornando-se irremediáveis e têm representado as principais causas de desequilíbrio ecológico da atualidade.

Com o “progresso” industrial desenvolvido na sociedade moderna, o homem foi rapidamente degradando o meio ambiente em busca de matéria-prima para a sua produção gerando, tanto na origem dos produtos, quanto no seu final, um verdadeiro caos ambiental.<sup>3</sup>

A conscientização sobre a importância da tutela dos recursos ambientais surgiu a partir do momento em que o homem passou a observar que a degradação dos recursos ambientais interferia diretamente na qualidade de vida humana e na manutenção da vida em todas as suas formas. Isso por que toda a degradação ambiental provoca violação dos direitos humanos, seja na expressão do bem-estar, seja em relação à economia na utilização dos recursos naturais (renováveis e não renováveis). A contaminação hídrica, atmosférica e do solo, afetam a saúde e alteram a qualidade de vida, dificultando as condições de sustento para a existência de todos, agravando densamente o desfrute do direito de viver.<sup>4</sup>

Essa constatação parece ainda mais relevante e comprovada diante de desastres ambientais, como o ocorrido no dia 5 de novembro de 2015, quando rompeu a barragem de Fundão, localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, em Mariana, no Estado de Minas Gerais. A barragem, administrada e explorada pela empresa Samarco, controlada pela Vale e pela BHP Billiton, continha rejeitos de minério de ferro que se esvaíram da barragem do Fundão pelo lado esquerdo e atingiu a barragem de Santarém. O conteúdo transbordou essa segunda barragem e deslocou-se em uma avalanche incontrolável de terra, lama e água.

Esse evento tem sido considerado o maior desastre ambiental do Brasil, tendo resultado na morte de dezenove pessoas e de centenas de animais, além de ter gerado incalculáveis impactos ambientais e uma mudança drástica na vida daqueles que habitavam nas proximidades do Rio do Doce. Além das mortes de pessoas e de animais, a lama que vazou da barragem arruinou mais de 180 (cento e oitenta) edificações, arrastando automóveis, maquinários e animais, destruindo plantações, encobrendo logradouros e destruindo a história de vida de comunidades inteiras. A lama continuou deslocando-se, devastando os distritos e as localidades de Ponte do Gama, Paracatu de Cima, Paracatu de Baixo, Pedras, Camargos e Campinas, ultrapassando os limites da região de Mariana, a ponto de afetar Gesteira e Barra Longa/MG, até atingir afluentes e subafluentes do Rio Doce.<sup>5</sup>

A presente pesquisa tenta compreender o que acontece em uma localidade atingida por um desastre ambiental, analisando como são feitas as deliberações nas comunidades que recebem empreendimentos que geram um elevado risco para os seus moradores. Para isso, foi realizada uma pesquisa qualitativa, com o deslocamento do pesquisador (autor deste artigo) ao local do desastre e a entrevista dos atingidos e de pessoas envolvidas na solução, o que permitiu um alto nível de detalhes sobre o local e os entrevistados. Na entrevista, foram utilizadas técnicas múltiplas, interativas e humanísticas, levando a um envolvimento com os participantes na coleta de dados, na tentativa de estabelecer credibilidade e harmonia com os participantes do estudo.<sup>6</sup>

3 PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. Os riscos ambientais advindos dos resíduos sólidos e o hiperconsumo: a minimização dos impactos ambientais através de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_. Resíduos sólidos: consumo, sustentabilidade e riscos ambientais. Caxias do Sul: Plenum, 2014. p. 10.

4 MOLINARO, Carlos Alberto. Responsabilidade civil frente aos desastres ambientais. Belo Horizonte: ESDH, 2017. p. 16-17.

5 Conforme dados coletados nos autos do processo cautelar n.º 0400.15.003989-1.

6 CRESWELL, John W. Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

A opção por um estudo qualitativo por meio do estudo de caso configurou-se como a mais acertada devido à necessidade de analisar a situação calamitosa nas comunidades atingidas pelo desastre, o que permitiu a utilização de múltiplas fontes de evidência. Procurou-se identificar quais os reais problemas enfrentados pelos atingidos e como ocorria a sua participação nas tomadas de decisões antes e depois do desastre. Para a realização da coleta de dados foi elaborado um roteiro com duas questões gerais, abertas e amplas, que se subdividiram em outras questões bem específicas, com perguntas sobre a vida antes do desastre e após. As perguntas serviram para guiar a pesquisa durante a entrevista, a qual foi gravada e transcrita, possibilitando a coleta de dados e o maior conhecimento sobre o tema abordado. Foram realizadas entrevistas aleatórias com os atingidos pela tragédia que aceitaram prestar informações e com outras pessoas do Município de Mariana/ MG.

Diante da riqueza do conteúdo dos dados coletados, foi possível realizar vários recortes, que se pretende dividir em alguns artigos. O enfoque deste artigo é buscar, nas entrevistas realizadas, informações a respeito da participação dos deslocados ambientais antes e depois do desastre de Mariana/MG, utilizando-se como matriz teórica a democracia deliberativa de Habermas. Em relação à metodologia científica adotada, optou-se por uma abordagem epistemológica hermenêutico-dialética, já que se pretende esclarecer o contexto da do desastre e avaliar a participação da comunidade, partindo-se para a crítica, valorizando, portanto, “processos de criação de consensos e contradições”<sup>7</sup>.

Para isso, este artigo inicia abordando a importância da democracia deliberativa proposta por Jürgen Habermas para a formação de um Direito Ambiental considerado socialmente legítimo (2). Depois, utilizando-se como dados as informações coletadas nas entrevistas com os atingidos, verifica-se como ocorria a instalação de empreendimentos na comunidade de Bento Rodrigues (Mariana/MG) e como os deslocados estavam sendo chamados a participarem após o desastre (3). A partir dessa constatação, aponta-se para a necessidade de alteração das práticas deliberativas na gestão ambiental (4), até mesmo como solução para uma melhor gestão de riscos (5).

## 2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E LEGITIMIDADE DO DIREITO AMBIENTAL

Nas Conferências organizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) em que a questão ambiental foi discutida, algumas das recomendações finais para os dirigentes de países participantes envolvem a adoção de uma política ambiental, a formulação de mecanismos legais e a inserção de membros da sociedade no processo decisório relativo à questão ambiental para que sejam sempre viabilizados espaços para a participação da sociedade em decisões concernentes à gestão do meio ambiente.<sup>8</sup>

Qualquer política de desenvolvimento sustentável, deve levar em conta a liberdade cultural e o respeito ao desejo e à diversidade do povo envolvido:

A melhor solução é permitir que os próprios povos locais definam seu destino. Partindo-se do pressuposto de que o objetivo do governo seja aumentar o bem-estar social de todo o povo, considerado como seres humanos em toda sua complexidade, por suposição, todas as pessoas teriam o direito intrínseco e inalienável à vida, com um mínimo de

---

7 HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2017, p. 93-94.

8 ASSUNÇÃO, Francisca Neta Andrade; BURSZTYN, Maria Augusta Almeida; ABREU, Teresa Lúcia Muricy. Participação social na avaliação de impacto ambiental: lições da experiência da Bahia, Confins, 2010.

dignidade. Esse mínimo de dignidade é determinado dentro do próprio contexto da sociedade local.<sup>9</sup>

Existe vínculo entre o meio ambiente e os direitos humanos, pois a degradação ambiental pode agravar o direito à alimentação, à água e à saúde, violando os direitos humanos. A proteção ambiental, dessa forma, é um direito básico de todas as pessoas e não pode ser regulado de acordo com os interesses de poucos.<sup>10</sup>

As comunidades têm a sua própria definição de direito básico, e as comunidades que participam da elaboração de leis tendem a atender aos direitos por ela considerados básicos, dentre os quais destacam-se os ambientais. Quando se amplia a participação das comunidades na construção de uma lei, o que se alcança é a preservação das culturas das comunidades envolvidas, pois permite a ‘tradução’ do que efetivamente ocorre no mundo da vida.<sup>11</sup>

Habermas sugere um modelo ideal de ação comunicativa e democracia deliberativa no qual as pessoas interagem através da linguagem, organizam-se em sociedade e procuram o consenso de forma não coercitiva, pois, segundo ele, por meio da comunicação as pessoas teriam possibilidades de chegar ao entendimento:

Chamo ação comunicativa àquela forma de interação social em que os planos de ação dos diversos atores ficam coordenados pelo intercâmbio de atos comunicativos, fazendo, para isso, uma utilização da linguagem (ou das correspondentes manifestações extra verbais) orientada ao entendimento. À medida em que a comunicação serve ao entendimento (e não só ao exercício das influências recíprocas) pode adotar para as interações o papel de um mecanismo de coordenação da ação e com isso fazer possível a ação comunicativa.<sup>12</sup>

Não só na elaboração de leis as comunidades que são ouvidas tendem a cumprir as normas de forma eficiente, mas em qualquer tomada de decisão em que a comunidade é ouvida, tendem os conflitos a serem menores.

A busca por consenso é precedida por uma interação comunicativa com vistas às ações orientadas para o entendimento, não com uma finalidade estratégica ou de manipulação do interlocutor. Para que não ocorra essa manipulação os participantes devem saber as intenções uns dos outros, o que se poderá verificar ao descobrir o tipo de *agir* que busca cada um: se baseados no agir comunicativo os agentes esperam um do outro a renúncia a qualquer intenção enganadora (permitida no agir estratégico).<sup>13</sup>

A razão comunicativa, o direito e a democracia são conceitos entrelaçados, já que a legitimação do direito está no processo de entendimento dos cidadãos sobre as regras de convivência por meio da ação comunicativa.<sup>14</sup> A participação da sociedade na regulação da vida coletiva deriva da influência pública sobre processos institucionais nas tomadas de decisões, nos debates sobre leis e na produção de fluxos comunicativos em esferas públicas articuladas. Nessa perspectiva, a concepção de esfera pública, em vez de fundamentar-se em um espaço institucionalizado e concreto, está ligada muito mais às trocas e fluxos discursivos que se estabelecem entre indivíduos que buscam melhor compreender ou solucionar os problemas que os afetam.<sup>15</sup>

9 SILVA, José Hamilton Gondim; GONDIM FILHO, José Hamilton. A Insustentabilidade do Desenvolvimento Sustentável. Ambiente: Gestão e Desenvolvimento (UERR), v. 1 (1), p. 28-46, 2006, p. 45.

10 SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito ambiental e democracia deliberativa. Jundiá: Paco Editorial, 2013b. p. 11.

11 Para Habermas, o mundo da vida é o local onde ocorrem as vivências, onde as pessoas se interrelacionam. (SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito ambiental e democracia deliberativa, p. 34, 11).

12 HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Madrid: Cátedra, 1997. p. 418.

13 HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação: ensaios filosóficos. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2004, p. 119 (destaque nosso).

14 SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito ambiental e democracia deliberativa. p. 51.

15 MARQUES, Angela Cristina Salgueiro. Os meios de comunicação na esfera pública: novas perspectivas para as articulações entre diferentes arenas e atores. *Libero* - Ano XI - nº 21 - Jun 2008, p. 20.

A razão comunicativa se dá por meio de relações intersubjetivas e na interação de sujeitos que buscam compreender um determinado fato. Das relações intersubjetivas é que se pode discernir a universalização dos interesses numa discussão. Assim, a racionalidade da comunicação exige conhecer-se o que une os membros da comunidade em um mundo objetivo reconhecido e considerado como um e o mesmo mundo por uma comunidade de sujeitos capazes de linguagem e ação. O contexto comum das vidas dos membros da comunidade permite-lhes entender-se entre si.<sup>16</sup>

É o consenso entre os interlocutores que tornará válidas as normas que regerão a comunidade e esse consenso surge com a ação comunicativa de maneira racional exercida por todos aqueles que fazem parte da comunidade, pois é da discussão que surge a validade das normas. Nessas discussões os participantes expõem as suas ideias e fazem suas argumentações, deliberando e planejando ações e normas. Portanto, a discussão serve para justificar os argumentos que forem discutidos dentro da comunidade e fazer com que tais argumentos tenham validade.<sup>17</sup>

### 3 A INSTALAÇÃO DOS EMPREENDIMENTOS NA COMUNIDADE DE BENTO RODRIGUES (MARIANA/MG) E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE HABERMAS

A democracia deliberativa de Habermas (envolvendo as discussões das comunidades com a exposição de suas ideias e argumentações) parece não ter sido percebida na comunidade atingida pelo desastre de Mariana/MG. Na pesquisa de campo realizada, alguns depoimentos demonstraram, ao contrário, que a comunidade de Bento Rodrigues não foi ouvida antes da instalação da Barragem de Fundão.

Segundo um deslocado ambiental, embora tivesse residido a vida inteira no distrito de Bento Rodrigues, não existiam reuniões que tratavam das construções das barragens:

**Entrevista 11 (deslocado ambiental) Antes de construírem as barragens, alguém da empresa procurou vocês para saber a opinião sobre a construção da barragem?**  
Não. A gente não sabia dessa empresa e nem dessa barragem, a gente ficou sabendo no dia... eles dão pra gente agora só esse “salarinho” da gente, se eles não dão um salário pra nós comer, o que a gente vai comer, porque os meus filhos tão tudo aí sem trabalhar, eu ainda tenho um filho doente, que eu que dou as coisas pra ele, sabe, agora, eu vou falar pra você, isso tudo serve de tristeza pra gente, mas, eu não, eu falo a verdade – “mãe, a senhora não falou”, “eu falo”, falo, porque se viesse o povo da Samarco, eles não me procuram muito, eles foram muito culpado, se nós estamos aqui no que estamos hoje, o culpado é eles, porque eles sabiam, passou falando na televisão, que o técnico foi lá em 2005 e avisou pra ele que a barragem tava com defeito, que eles tinham que correr atrás pra arrumar aquela barragem, se não ia dar prejuízo, ninguém deu atenção. Quando foi em 2012, ele voltou lá, chegou lá, a barragem já tava torta, deu uma curva, chamou ele falou com ele – “olha, vocês, essa barragem vai inundar (inaudível) e vocês (inaudível) um crime que vocês nunca pode pagar”. E dito e feito, em 2015, arrasou o mundo, matou, fez o que eles fizeram, se eles tivessem cuidado, não tinha dado prejuízo a ninguém. **Então não existia reuniões com a comunidade?** Não, nada.

Diante de situações mais complexas que envolvem a participação da comunidade, percebe-se que não havia por parte da empresa preocupação de comunicar os membros

---

<sup>16</sup> SOUZA, Leonardo da Rocha de. *Direito ambiental e democracia deliberativa*. p. 37.

<sup>17</sup> TEIXEIRA, Maurozan Soares. Ética do Discurso em Jürgen Habermas: Importância da Linguagem para um Agir Comunicativo. *Revista Opinião Filosófica*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, 2016. p. 307.

da comunidade de Mariana/MG a respeito das obras que eram feitas, conforme a fala dos deslocados ambientais que moravam no distrito que ficava logo abaixo da barragem:

**Entrevista 15 (deslocado ambiental) quando você morava lá, já existia a barragem?** Olha, eu moro em Bento há trinta e três anos, trinta e três, não, morei lá trinta e dois anos, que eu fiz trinta e três, quando eu nasci só existia a Barragem de Germano, a primeira que foi construída, só depois que a Samarco chegou aqui, aí a Santarém, a Barragem de Fundão, foi construída depois.

**Então você já morava lá? É construída depois. Nessa época que foi construída ou depois, alguém da empresa procurava a comunidade para saber a opinião sobre a empresa?** A Barragem de Fundão fizeram, assim, muitas pessoas nem sabiam da existência dessa barragem. Agora, a Barragem de Santarém, quando foi construída, porque ficou a empresa lá que almoçava, dormia lá na comunidade, quando foi pra construir a barragem, eles só foram lá e falaram que iam construir a barragem, que tinham feito os estudos, que o Meio Ambiente tinha liberado, que tava tudo certo e que ia começar em tal data. Só isso. Aí assim foi feito, aí ficou, acho, que, se não me engano, acho que foi quatro anos pra construir a Barragem de Santarém. **Aconteceram problemas na época da construção da barragem?** Olha, assim, coisa, assim, de rua, tinha muita poeira, porque, na época, as ruas não eram pavimentadas, não. Assim, muitas casas assim, por causa de carro pesado, teve trinca, essas coisas, aí, esses problemas teve. **A empresa ofereceu, na época da construção das barragens, uma ajuda para que vocês tivessem uma vida melhor, para melhorar o sub-distrito, alguma coisa assim?** Não, assim, o que teve foram algumas pessoas que era distrito que trabalhou, na época, na empreiteira que construiu a barragem, só isso. **Você sentia que vocês eram ouvidos, pela empresa ou pelo Governo?** Não, era assim, eles só chegavam e comunicavam que iam fazer. Funcionava assim, eles compraram o terreno, aí fizeram as obras onde queriam, agora, não sei se foi da forma certa, hoje a gente vê que não é da forma correta, e construiu, e a gente ficou lá, a gente não tinha pra onde ir.

Os relatos dos entrevistados demonstram claramente que não existiam discussões para a chegada do consenso do que realmente era importante para a comunidade, e, conforme restou comprovado nas entrevistas realizadas, justamente a segurança da barragem era a maior preocupação que eles tinham.

Ao ser questionado como se dava a participação da comunidade nos processos que envolviam decisões, o deslocado ambiental só soube explicar que as pautas das reuniões basicamente tratavam de amenizar o temor que os moradores dos distritos sentiam devido a um possível rompimento da barragem:

**Entrevista 15 (deslocada ambiental): E havia audiências públicas para ouvir a comunidade?** Olha, tinha muitas reuniões com a comunidade e a Samarco, e todas as reuniões, a gente argumentava sobre a segurança das barragens, se tinha perigo, aí eles falavam que não, que era seguro, que a gente não precisava ter medo, que se fosse acontecer alguma coisa, eles iam ficar sabendo, porque era monitorado o tempo todo, assim, eles passavam uma segurança muito grande pra comunidade, aí as pessoas acreditavam eu estava seguro, mas eu, particularmente, sempre tive medo, sempre, porque eu falo, eu falava pras meninas, pras pessoas, se coisa que homem nunca pôs a mão destrói, imagina uma coisa que o homem vai lá e constrói, a pode garantir que é cem por cento seguro, não pode, aí, eles passavam essa segurança, até foi em 2013, que houve um boato que a Barragem do Fundão tava com trincas e tava com o risco de romper, aí, nessa época, tava um mês de chuva, essas chuvinhas fininhas, aí a gente chamou eles pra uma reunião e perguntou se era verdade que a gente tava correndo risco, porque podia estourar à noite e matar todo mundo, aí falaram que era boato de peão, que, se eles soubessem que eram os peões que tavam falando isso, dava justa causa, e que tavam seguro, que era cem por cento seguro, que, se tivesse algum problema, eles seriam os

primeiros a avisar a comunidade. Aí, assim, as pessoas ficaram tranquilas. Aí, quando foi em 2014, teve outra reunião, aí eles falaram que realmente teve esse problema, só que não avisaram pra não alarmar a população. Então eu falei que, se acontecesse com aquela chuvinha, a culpa ia cair na chuva, porque tava aquela chuva constante, tanto é que assim, que Deus mostrou pra eles que nada é seguro, quando estourou tava um sol, tinha mais de mês que não caía uma gota de água lá no Bento, assim, um sol, um sol mesmo. É, é muito quente, e assim, foi Deus que estourou naquela hora, porque, se fosse... eu falo, se fosse umas seis horas da tarde...

Outro deslocado, ao explicar como se dava a sua participação nos processos que envolviam a empresa e a comunidade, só soube dizer que nas reuniões eram tratados assuntos de compra de lotes por parte da empresa:

**Entrevista 01 (deslocado ambiental). Vocês eram ouvidos pela empresa? Voz Feminina-II:** Eu sempre ia em reunião, nós ia lá. Às vezes, nós ia lá na reunião. **Mas essa reunião que você está falando era para tratar o que?** Era pra comprar os lotes assim. **Só para isso que se reuniam? É. E para oferecer ajuda para melhorar o distrito?** Não. Às vezes falava com o pessoal lá da rua lá, o pessoal todo tava comentando que a Samarco queria comprar o lote, que eles já tavam sabendo que a barragem ia romper. **Existia algum representante da comunidade? Não. As reuniões eram abertas para quem quisesse participar, quando tinha reunião com a Samarco?** Era aberta.

Ao ser questionado se existiam representantes dentro da comunidade que pudessem levar reivindicações ou sugerir melhorias para as comunidades, o deslocado ambiental primeiramente não entendeu o que era “um representante da comunidade” e depois explicou que nas reuniões, basicamente, a comunidade relatava o medo de que alguma barragem fosse se romper:

**Entrevista 21 (deslocado ambiental) existiam representantes da comunidade? Hã? Existia representante da comunidade que ia lá e dizia assim – “olha, isso aqui tá dando problemas na comunidade...”, por exemplo, eu fiquei sabendo que quando tinha obras, tinha bastante poeira. Havia alguém da comunidade que ia lá na Samarco dizer – “olha, tá tendo esse problema de poeira!”** Representante? É. O nosso representante que ia lá, ele nunca falava nada disso, não, mas a única coisa que tinha lá, tinha um rapaz lá que tinha um sítio, então, o sítio é lá embaixo, no final assim, ele tinha vaca, tudo quanto é coisa lá, de vez em quando, a Samarco fazia reunião lá, e ele chegava e perguntava – “vocês podiam fazer um negócio, me informar uma coisa, vocês podiam me informar, eu queria saber se aquela barragem nunca vai arrebentar?”, o cara dizia – “ih, rapaz, pode esquecer disso, nunca vai acontecer isso”, - “é, porque periga nós, uai, nós mora em cima da barragem aqui”. Esse rapaz tinha muito medo, a gente tinha medo sabe, aí o cara pegava e falava assim, o que era o representante da Samarco que vinha e dizia – “ih, você pode esquecer isso aí, meu filho, isso aqui não arrebenta nunca, aquilo é feito com muita tecnologia, não precisa ter medo, não, é uma gente muito consciente que tá fazendo”.

O desabafo do deslocado ambiental, com claros sinais de frustração, relembra que na época em que as barragens estavam sendo construídas, imperava a esperança de que ela criasse muitos empregos. Como os atingidos eram pessoas muito simples, eles pouco entendiam o risco que estavam correndo:

**Entrevista 24 (deslocado ambiental) Antes de construírem a barragem, alguém da empresa procurou vocês para saber a opinião sobre a construção da barragem? Ela ficava em cima da comunidade de vocês, né? É, bem em cima. Vocês puderam dar opinião sobre alguma coisa? Menina, eu vou falar que isso é verdade, não teve, não, porque foi assim, na época que foi construída essas barragem, eu não tenho muita**

lembança porque a gente não tinha contato com esse negócio de barragem. **Então nem sabia o que estava acontecendo?** Na época que construíram essa barragem, essa que arrebentou, eu tava mais nova, a gente nem tinha ideia, eu era solteira ainda essa época, eu nem tinha ideia de barragem. Eu acho que o povo também ninguém tinha ideia, porque era povo de mato, povo de roça, povo acostumado, é um povo simples. O importante para nós é que a barragem é que ia dar serviço pro povo, então aquilo era aquela alegria – “ah, vai abrir uma barragem e vai abrir emprego”, então era aquela alegria.

Conforme Benincá, além dos conflitos e das diversas formas de violência que envolvem grandes construções, existe uma espécie de violência simbólica que, em suma, é o reconhecimento e a incorporação do discurso dominante como legítimo por parte dos dominados, sem que esses se percebam na condição de vítimas, pois são impostos valores, hábitos e comportamentos sem necessidade de se utilizar a violência física. Essa forma de violência e de poder sobre os demais são construções históricas para manter uma determinada estrutura social.<sup>18</sup> Para afastar essa realidade, a consolidação democrática requer a eliminação de instituições e procedimentos autoritários e o fortalecimento de determinadas instituições, dentre as quais pode-se destacar: um sistema eleitoral democrático, partidos políticos revigorados, um poder judiciário independente, a observância dos direitos humanos entre outras instituições.<sup>19</sup> Caso contrário, ocorreria o que Habermas chama de colonização do mundo da vida.

Ainda, conforme Benincá, para justificar as construções e persuadir os atingidos e assim desarticular a resistência popular, as empresas instalam-se com promessas de uma excelente indenização, passando uma imagem de idoneidade e generosidade, estabelecendo relações de cooptação com os atingidos, buscando, assim, tratar os direitos dos mesmos como presentes concedidos e não como obrigações da própria empresa:<sup>20</sup>

As empresas costumam indenizar algumas pessoas e dão trinta dias para sair. Dizem para não falar aos outros quanto ganharam, alegando que podem ser assaltados. Criam desconfiança, confusão e divisões entre quem sempre viveu junto. Fazem uma terrível violência psicológica. Em geral, as empresas ofertam um valor ínfimo pelas propriedades e buscam negociar em particular com cada família, o que reduz o poder de contestação. As populações atingidas são excluídas do processo de discussão para decidir sobre a implantação de barragens.

[...] de acordo com o movimento, quando aparece um conflito, usam estratégias de fracionamento, procurando resolver o problema de forma individualizada, por família, comunidade ou categoria. Desse modo, objetivam desmobilizar, neutralizar ou extirpar as resistências.<sup>21</sup>

Para Palermo, as ações racionais na modernidade proliferaram e produziram interações sociais regradas por estratégia e não por entendimento. Portanto, faz-se necessário que as pessoas saiam do estado de anomia, produzindo uma nova ética através de procedimentos para os quais a razão é fundamental. Isso pode ser atingido pela ação comunicativa, cujo fundamento basilar deve ser a finalidade ilocucionária (ações orientadas para o entendimento) e não a perlocucionária (estratégica ou de manipulação do interlocutor), visto que agir para

<sup>18</sup> BENINCÁ, Dirceu. Energia e cidadania: a luta dos atingidos por barragens. São Paulo: Cortez, 2011. p. 60.

<sup>19</sup> ALBUQUERQUE, Armando. Direito ao desenvolvimento político: a democracia como *condictio sine qua non*. Revista Direito e Desenvolvimento – a. 1, n. 2, julho/dezembro 2010, p. 9-21, p. 14.

<sup>20</sup> BENINCÁ, Dirceu. Energia e cidadania..., p. 61.

<sup>21</sup> BENINCÁ, Dirceu. Energia e cidadania..., p. 61.

o entendimento é uma forma de se construir bons resultados ancorados numa razão que se propõe ser dialógica e ética.<sup>22</sup>

O processo democrático exige que as realizações econômico-administrativas passem por processos de discussão nos quais os cidadãos exercem sua autodeterminação e essas discussões precisam ser feitas por um sistema de direitos que abra espaço a uma linguagem adequada.<sup>23</sup> Esse entendimento é apoiado em Habermas, que pontua que a democracia deve ser baseada em uma maior participação da sociedade civil, pois este é o meio de descentrar as decisões políticas dos meios burocráticos do Estado. A teoria do discurso é o meio de se atingir um modelo democrático descentrado com a maior participação possível das pessoas nos processos decisórios das suas comunidades. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode se sobrepor ao poder administrativo, mas, de certa forma, pode direcioná-lo.<sup>24</sup>

Para Habermas, a linguagem é um meio de comunicação que serve ao entendimento, já que os atores, ao entenderem-se entre si para coordenar suas ações, perseguem suas metas por meio de atos de fala, vinculando pretensões de validade suscetíveis de críticas, tais como:

- a) o estabelecimento e renovação de relações interpessoais, nas quais o falante faz referência a algo pertencente ao mundo das ordens legítimas,
- b) a exposição, ou a pressuposição, de estados e acontecimentos, nos quais o falante faz referência ao mundo de estados de coisas existentes e
- c) a expressão de vivência, isto é, a apresentação que o sujeito faz de si mesmo, na que o falante faz referência a algo pertencente ao seu mundo subjetivo, ao que ele tem acesso privilegiado.<sup>25</sup>

A participação popular só se efetiva se houver ética na transmissão do problema ao participante, para que a participação não seja utilizada como “fachada” à manipulação. Por isso, é necessário que os participantes entendam realmente o problema discutido para que tenham liberdade para opinar, buscando a melhor solução a partir das suas vivências e das suas expectativas.<sup>26</sup>

No caso em análise, a escolha dos novos terrenos onde serão construídos os novos distritos foi baseada numa ampla participação dos deslocados ambientais, por meio da qual eles puderam votar nas localidades nas quais eles residirão:

Os atingidos foram convidados a selecionarem um dos terrenos, sendo que cada unidade familiar tinha direito a um voto, além das igrejas católica e evangélica, que tinham propriedades no local. Das 239 famílias que viviam no local, compareceram à votação 223, ou seja, 94% exerceram o direito ao voto. O resultado final foi: Lavoura, com 206 votos; Carabina, 15 votos; e Bicas, dois votos. Não houve voto em branco ou nulo.

O Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) acompanhou a votação e garantiu sua legitimidade. Além disso, o MPMG – por meio da 2ª Promotoria de Justiça de Mariana, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Direitos Humanos (CAO-DH) e da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (Cimos) – organizou todo o processo de votação, com apoio da comissão de representantes de atingidos e da Samarco, de maneira a garantir a maior participação possível e total transparência.<sup>27</sup>

22 PALERMO, Luiz Claudio. A importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa. Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, n. 6, p. 1-17, dez. 2013, p. 6.

23 SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito ambiental e democracia deliberativa. p. 58.

24 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 23.

25 HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Madrid: Taurus, 1988. v. 1, p. 394.

26 SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito ambiental e democracia deliberativa. p. 156.

27 Ministério Público de Minas Gerais na Defesa dos Direitos Humanos. “Caso Samarco em Mariana”. Cópia dos autos do Inquérito Civil.

Na visão de Habermas, o modelo de democracia deve contemplar as demandas da sociedade civil, considerando sua participação na esfera pública, de maneira a tornar as decisões deliberativas da política as mais descentradas possíveis. E o cidadão que reside em uma comunidade livre com direitos iguais entre todos, tem o direito de participar das decisões que envolvem as suas comunidades e, sobretudo, não só buscar os seus próprios interesses, mas o interesse comum.<sup>28</sup>

Para isso, no entanto, a participação pública nos processos decisórios não pode ser vista como um mero requisito formal, mas sim como realidade material. Isso porque, ao potencializar a participação dos indivíduos e instituições, permite-se a tomada de decisões mais corretas e mais eficazes.<sup>29</sup>

Embora Habermas defenda a participação das pessoas das comunidades nos processos decisórios a fim de buscar o interesse comum, percebe-se que, na prática, isso nem sempre ocorre. Conforme entrevistas coletadas, nos distritos atingidos viviam pessoas mais humildes, a maioria com baixa escolaridade. Quando essas pessoas participavam das reuniões que existiam, muitas delas sequer entendiam o que estava sendo discutido:

**Entrevista 05 (deslocado ambiental) enquanto vocês moravam lá a empresa ouvia vocês, existiam reuniões com a comunidade?** Tinha, mas a gente não entendia muita coisa. A gente falava que tinha medo da barragem, como diz, que, se a barragem estourasse, mas eles falavam que isso não ia acontecer e que isso nunca ia chegar lá, não tinha perigo. **Vocês tinham medo que isso fosse acontecer?** É. **Vocês tinham ouvido falar que aquela tragédia poderia ocorrer?** Ah, ouvir, eu ouvi, porque eles falavam que não chegava lá, a gente ficava despreocupado, (inaudível) porque a gente falava que estava preocupado nas reuniões e eles falavam que não era pra preocupar. **As reuniões eram abertas assim para quem quisesse participar?** Eram. **E vocês participavam?** De vez em quando. Eu não ia frequente, não, mas de vez em quando. Não valia à pena! **Então você achava que não valia à pena participar?** Sim, não valia. A gente não entendia direito as coisas que eles falavam.

Essa ausência de efetividade na participação e na deliberação afasta-se da participação ideal, impedindo a formação de decisões ambientais socialmente legítimas.<sup>30</sup> Arbitrariedade poderia ser afastada se os afetados pela norma e pelas políticas públicas pudessem atuar na sua construção, pois a real participação de cidadãos reduz a possibilidade de o direito ser construído como instrumento de dominação, passando a ser instrumento de liberdade.<sup>31</sup>

#### 4 A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DAS PRÁTICAS DELIBERATIVAS NA GESTÃO AMBIENTAL

O princípio do Estado Democrático de Direito é acolhido pela Constituição Federal no seu artigo 1.º como um conceito-chave do regime adotado, tendo como fundamento o poder político sob a titularidade do povo. Esse poder é exercido por meio da democracia direta ou da indireta, estabelecendo como centro de poder político a própria sociedade, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública. Essa participação não se exaure na simples formação das instituições representativas. Apesar dessa previsão nacional, um dos

28 HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos da teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 272.

29 SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito ambiental e democracia deliberativa. p. 103.

30 SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito ambiental e democracia deliberativa. p. 104.

31 OLIVEIRA JUNIOR, J. A.. Pesquisas em Cidadania e Soluções Alternativas de Conflitos - Contribuições de Jürgen Habermas para um Paradigma Diálogo no Direito. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. (Org.). Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. 1ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2009, v. 1, p. 3-16. p. 12.

principais pilares da participação social está na legislação internacional, mais precisamente na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.<sup>32</sup>

Com o objetivo de que os governos garantam aos cidadãos a participação social, foi elaborado o princípio 10 (dentre 27 princípios) que consta no documento final da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992 – a chamada ECO-92:

Princípio 10: A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.<sup>33</sup>

Nessa mesma linha, com base em um modelo democrático, foi criado o Estatuto da Cidade, que determinou que a gestão da cidade deve se dar com participação dos cidadãos, baseado em uma gestão de programas e projetos de desenvolvimento urbano, por meio do qual toda a atividade municipal inserida no artigo 4º do Estatuto da Cidade submete-se ao princípio da participação popular, como definido no inciso II do seu artigo 2.º:

Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Segundo Diniz, a participação popular pode ser dividida por dois critérios: um dos critérios diz respeito ao grau de controle dos membros sobre as decisões que são tomadas; o outro critério diz respeito ao nível de importância dos assuntos decididos. Dessa forma, ele considera que há sete graus de participação, quais sejam: 1 - Informação/Reação; 2 - Consulta Facultativa; 3 - Consulta Obrigatória; 4 - Elaboração Recomendação; 5 - Cogestão; 6 - Delegação e 7 - Autogestão.<sup>34</sup>

No grau um, os dirigentes apenas informam os membros da organização sobre as decisões já tomadas, com situações que podem vir a ocasionar uma reconsideração da decisão inicial, aproximando-se do grau subsequente. Nos graus de controle de natureza meramente consultiva, ou seja, Consulta Facultativa e Consulta Obrigatória, a decisão permanece nas mãos dos dirigentes, diferenciando-se somente porque na Consulta Obrigatória os dirigentes são obrigatoriamente consultados para que as decisões sejam consideradas válidas. No grau quatro, os subordinados elaboram propostas e recomendam medidas que a administração aceita ou não, sendo que neste caso o dirigente tem que justificar sua posição. Nota-se que até esse grau a decisão fica nas mãos do dirigente, mas diminui gradualmente a discricionariedade dos seus atos. No grau da Cogestão, existem as instâncias participativas colegiadas com poder deliberativo e consultivo ou de decisão compartilhada. Nesse sistema, ficam estabelecidos

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 112.

<sup>33</sup> DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>34</sup> DINIZ, Adiel de Sousa. Participação popular e sustentabilidade: o caso do Projeto Agente Ambiental Comunitário do Amapá Macapá-AP. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado de Direito Ambiental e Políticas Públicas, Universidade Federal do Amapá, Macapá, 2011. p. 59, com base em DIAZ BORDENAVE, Juan E. O que é participação?. 8 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

espaços delimitados de ação e deliberação conjunta, com espaço de ação social parcialmente politizada, de cooperação imposta. No grau de delegação, no poder deliberativo, existe o poder deliberativo autônomo, aberto em alguns campos ou jurisdições que antes eram controlados somente pelos dirigentes. No último grau, o participante determina os objetivos, escolhe os meios e estabelece os controles pertinentes, sem referência a uma autoridade externa.<sup>35</sup>

O padrão de gestão pública ou criação do direito deve se inspirar nos pressupostos da democracia deliberativa e essa democracia deve ser indissociável do princípio republicano, com discussão política sistemática e consciente entre cidadãos livres e iguais. Conforme Canotilho:

[...] por democracia deliberativa entende-se uma ordem política na qual os cidadãos se comprometem: (1) a resolver coletivamente os problemas colocados pelas suas escolhas coletivas através da discussão pública; (2) a aceitar como legítimas as instituições políticas de base na medida em que estas constituem o quadro de uma deliberação pública tomada com toda a liberdade.<sup>36</sup>

No modelo de visão republicana, a ordem jurídica tem a função de garantir a integridade de um convívio equitativo, autônomo e fundamentado no respeito mútuo, pois, por meio do modelo republicano, os cidadãos conseguem auto-organizarem-se em sociedade, de forma democrática, buscando o interesse mútuo.<sup>37</sup>

A partir da efetiva participação da sociedade na proteção ambiental, com vistas a garantir a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, desenvolve-se uma nova forma de cidadania. “Por ser este direito [ambiental], um direito essencial à qualidade de vida, amplia o próprio conteúdo dos direitos humanos e do próprio conceito de cidadania”.<sup>38</sup>

Para que se aplique a efetiva participação e deliberação, deve-se almejar um Estado que promova uma gestão ambiental democrática e que municie os deliberantes de informações suficientes que os tornem capazes de argumentarem (i) a favor da proteção ambiental e (ii) tendo em vista aqueles que serão atingidos pelas decisões tomadas a partir do discurso. Isso exige um Estado que dê condições para que as pessoas realmente deliberarem em matéria ambiental, não só em Conferências de alcance internacional, mas também nas diversas oportunidades em que essa matéria entre em pauta.<sup>39</sup> O direito de participação na proteção internacional dos direitos humanos, assim como do meio ambiente, representa sempre um avanço normativo, tanto nos planos nacionais como internacionais.<sup>40</sup>

Habermas aponta que, para Dahl, há cinco condições para considerar legítimo um processo democrático:

- a) inclusão de todas as pessoas envolvidas;
- b) chances reais de participação no processo político, repartidas equitativamente;
- c) igual direito a voto nas decisões;
- d) o mesmo direito para a escolha dos temas e para o controle da agenda;

35 DINIZ, Adiel de Sousa. Participação popular e sustentabilidade... p. 58-60.

36 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 224.

37 SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito ambiental e democracia deliberativa. p. 66.

38 MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 156.

39 SOUZA, Leonardo da Rocha de. A consideração dos ausentes à deliberação ambiental: uma proposta a partir da ética do discurso de Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013a. p. 14.

40 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 203.

e) uma situação na qual todos os participantes, tendo à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias a serem regulamentadas e dos interesses controversos.<sup>41</sup>

No caso em análise, para assegurar a participação das comunidades atingidas pelo desastre ambiental, o Ministério Público, com apoio da Prefeitura de Mariana/MG, articulou a indicação de representantes das comunidades, realizando-se votação em uma Assembleia Geral no dia 28 de novembro de 2015. Desse ato, ocorreu a designação de comissões de representantes para cada uma das localidades afetadas: Bento Rodrigues, Paracatu, Pedras, Ponte do Gama, Camargos e Campinas. A partir desse instante, encontros quase diários entre membros da comissão e representantes do Ministério Público da Comarca de Mariana/MG pautaram a elaboração de um Termo de Compromisso para garantir os direitos dos atingidos.<sup>42</sup>

Em entrevista sobre como está ocorrendo a participação dos deslocados na construção do novo distrito, a fala de dois entrevistados relata que eles sentem que as reivindicações estão sendo atendidas:

**Entrevista 01 (deslocado ambiental): Desde o episódio, a comunidade que está sendo ouvida, como ela vem sendo representada?** Tem um representante, eles vêm cá.... Vem aqui, passam pela casa e aí levam a notícia pra eles lá. **Então vocês sentem que os pedidos da comunidade estão sendo atendidos?** Estão.

**Entrevista 11/12 (deslocado ambiental): Você sente que após o desastre, vocês estão podendo participar das tomadas de decisões?** Isso, tá. Porque, no caso, eles tão dando salário, eles tão correndo atrás pra fazer as casas de novo, porque eles têm que construir, porque nós não pode ficar o resto da vida aqui em aluguel em casa dos outros, eles tão correndo atrás pra ver se constrói. Porque ele que destruiu, ele tem que construir, uai, mas nem todas pessoas, filha, que viu destruir, vai assistir construir. Não, porque tem muita gente doente, coisa assim...

262

A partir do relato de uma deslocada ambiental, ao ser questionada sobre como tem se dado a participação dos deslocados nas tomadas de decisões após o desastre, percebe-se que não fica claro para ela qual o real envolvimento da fundação que está cuidando dos interesses dos deslocados, nem se o governo faz parte ou não da fundação, fazendo confusão com “um negócio da igreja católica”. Ela entende que, caso não esteja gostando da casa provisória, será atendida pela empresa e poderá mudar de casa, porém, não sabe muito bem o papel dos envolvidos nas decisões pós desastre:

**Entrevista 21 (deslocado ambiental): Você sente que a empresa e o Governo estão comprometidos com a participação de vocês nos processos de tomada de decisões?** Tá, sim, tá. **O Governo ou a empresa?** A empresa, ela tá correndo atrás, porque tudo é assim, tudo não é no mesmo momento que a pessoa quer... A fundação, essa fundação é... essas coisas de Governo... E esse negócio, que tem um negócio, como é que é, é um negócio de Igreja Católica que tem aí... é tipo uma ONG, ela tá entrando e diz que é pra ajudar nós na indenização. **Os pedidos de vocês estão sendo atendidos?** É assim, se a pessoa - eu tô morando aqui... se quiser muda... a partir de hoje, eu não quero morar aqui, não quero ficar aqui, só a gente vai no escritório, conversar, eles pegam e anotam lá, depois eles vem, olha lá e depois eles vem atrás da gente pra gente olhar a onde é que a gente vai achar uma casa, aí anda com a gente...

---

<sup>41</sup>HABERMAS, Direito e Democracia..., v. 2, p. 42-43, trazendo a proposta de R. A. Dahl. Democracy and its Critics. New Haven, 1989, p. 307.

<sup>42</sup> Conforme cópia dos autos do processo. Informações prestadas pelo Promotor de Justiça Guilherme Sá durante a pesquisa.

O não entendimento sobre como se dá a participação das comunidades nos processos decisórios pós desastre, bem como a desconfiança sobre uma possível ajuda externa que a Samarco possa estar tendo para aprovar a qualidade da água no distrito que será construído, resta evidenciada na entrevista concedida:

**Entrevista 24 (deslocado ambiental):** *Você sente que a empresa e o Governo estão ouvindo a comunidade nos processos para decidir sobre o futuro de vocês?* Com certeza também tá junto, porque esse negócio... esse negócio foi assim, o estudo das águas, eles tão tudo em parceria, agora eu não sei se tá um cobrindo o outro, porque, às vezes, a água tem problema, e eles falam que não tem, eu não posso confirmar se tem ou se não tem. O lixão tá muito perto, uns falam que não tem problemas, outros falam que tem, então você não sabe qual é que tá certo, se é o que fala que tem problema ou se é o que fala que não tem. O lixão, eu acho que ele deveria ser tirado. Então isso aí tem que ser o que, o governo e a companhia. **Os pedidos da comunidade estão sendo atendidos, assim, vocês levam as preocupações?** Igual esse problema do lixão, a gente já fez essas entrevista assim reclamando do lixão, então já veio falando que o lixão, se o problema é com o lixão, ele vai ser tirado, agora nós sabe lá se eles vão por esse problema como problema ou se vai por sem problema, nós pode ter certeza disso. Muita gente fala que nós devia de morrido na lama – “porque esse povo de Bento”, minha filha, criança, a Samarco até diz que tá arrumando uma escola particular pra por os menino, tirar os menino da escola que eles tão acostumados.

Conforme a assistente social que trabalha diretamente com os deslocados ambientais, existem comissões que representam os direitos dos atingidos pelo desastre, e ela acredita que as reivindicações, na medida do possível, estão sendo atendidas:

**Entrevista 19 (assistente social):** *Você percebe que os deslocados estão sendo ouvidos, pela empresa, pelo governo?* Olha, eu acho assim, sim, o Ministério Público aqui de Mariana, ele tem escutado as comissões, inclusive agora voltou o processo aqui pra Minas, pra Mariana. O que eu sei é que os atingidos, eles formaram comissões, aí tem a comissão de Paracatu e tem a comissão de Bento, só que nem todas as pessoas participam, então assim, eles são escutados a partir dessas comissões, só que assim, tem uns que falam assim – “ah, eu não tô sabendo de nada, ah, ninguém me falou nada”, então assim falar que está sendo ouvido um por um, não está, não tem como fazer isso, mas assim, na medida do possível, os que procuram, assim, que falam, eu acredito que eles estão sendo atendidos, sim, eu não posso falar assim que... **Afirmar?** Eu não posso afirmar muita coisa assim dentro... Dentro do que eu vejo assim atualmente, eu não posso falar que a empresa tem sido assim, ela não tem feito a parte dela, eu não posso falar isso porque, realmente, assim, ela tem feito acho que até mais do que eu imaginava, sabe, sinceramente, claro, faltam muitas coisas, algumas coisas, a gente tem que ver, por ser empresa privada, ela vai ver o lado dela e tudo mais, mas eu não posso falar que não está fazendo.

De acordo com o Promotor de Justiça entrevistado, a empresa responsável pelo desastre, mesmo após a tragédia, tentou limitar a participação dos deslocados ambientais, e uma das grandes dificuldades pós desastre foi a tentativa de conscientizar os atingidos para que eles vissem a empresa causadora do desastre como ré e não como uma autoridade do Município:

**Entrevista 16 (promotor de justiça):** *Como está sendo o processo de construção, elaboração e aferição de ações que venham garantir uma melhor qualidade de vida para os atingidos? A comunidade atingida está participando de decisões?* Na verdade, a empresa sempre tenta limitar a participação deles, já chega com tudo pronto, como um trator – “nós estamos com uma barreira, com um dique de contenção”, a sanha da empresa de se sobrepôr ao interesse e ao direito das pessoas. **Porque são pessoas muito simples, não é?** São pessoas muito simples, elas não sabem que elas

podem ter voz ativa, então elas veem a empresa, é difícil pra gente que é esclarecido imaginar que uma pessoa pode ver uma empresa como autoridade, mas pra aquelas pessoas, a Samarco é uma autoridade, se o engenheiro da Samarco falar – “olha, a sua casa vale tanto”, eles acreditariam que valia aquilo. E ainda que eles não acreditassem, e eles falassem (inaudível – você receber isso), eles não iam questionar, - “ah, eu vou receber isso mesmo da Samarco”. Por mais que ainda ele acreditasse que essa casa dele valesse mais, ele iria aceitar porque estava como se ele estivesse submetendo a uma autoridade. Então, a visão que eles tem da Samarco é como se ela fosse superior a eles e não que ela é uma empresa privada, que tem finalidade lucrativa e que as pessoas que estão ali, no final das contas, no fundo, até, tanto ele quanto o presidente da Samarco, eles não têm essa visão. **Desde o episódio, a comunidade está sendo ouvida?** Tem uma comissão que representa a comunidade, tanto de Bento quanto de Paracatu. **Então você acredita que os pedidos da comunidade estão sendo atendidos?** Igual eu te falei, na base, assim da Justiça, a gente pede, e o Promotor vai lá e mais a Juíza...

A escolha do local onde serão construídos os distritos que foram soterrados pelo mar de lama foi feita com a participação dos deslocados ambientais que tiveram, por meio do Ministério Público, seus direitos de participação assegurados:

**Eu precisei ficar muito tempo conversando com eles para conseguir a entrevista, pois a preocupação deles em assinar, as perguntas parecidas com às que eu estou fazendo para o senhor, e o medo que a Samarco visse a assinatura deles, era muito grande.** É medo, eles tem receio, por exemplo, eles perderem o amparo e prejudicá-los porque ter falado da Samarco. Então isso que nós estamos vendo aqui é o que está acontecendo, a situação é muito complexa, mas que nós garantimos que eles participem, por exemplo, a empresa já queria vim com um terreno pronto, aí os atingidos – “não, o terreno vai ser esse e nós vamos reconstruir dessa forma”, nós barramos isso, nós falamos – “olha, vocês tem que, pelo menos, identificar três terrenos que eles possam escolher. E mais, você pode identificar os terrenos com a ajuda deles porque eles conhecem a região”, então eles que indicaram que o terreno, o que foi, ao final, escolhido.

Conforme relato do Promotor de Justiça, a participação dos deslocados ambientais na escolha das novas casas que serão construídas quase foi limitada, isso porque a empresa responsável pelo desastre apresentou cinco modelos de casas, e o promotor de justiça entendeu, para esse caso, que os deslocados têm direito de reestabelecer o padrão de casas que eles tinham antes de o desastre ocorrer:

**Entrevista 16/17 (promotor de justiça):** O Município em si, assim, dentro das limitações, fez alguma coisa, também não podia se omitir porque as pessoas estão ali, elas precisam ser amparadas, você precisa receber, tem que saber quem é atingido, quem não é, então, essas pessoas (inaudível), essa coisa toda, médicos, etc., trabalharam e tentaram fazer alguma coisa. O problema veio depois, essa ação emergencial, ela foi desordenada, mas ela aconteceu de uma forma razoável, contando principalmente com o papel da Prefeitura do Município. Depois de uns quinze dias, aí começou, prestou um papel, depois virão papelão, um papelão o que a prefeitura fez, eles simplesmente não fizeram nada pelos atingidos, deixaram tudo na mão da empresa, e a empresa foi passando igual a um trator em cima das vítimas, aí que veio o nosso papel do Ministério Público, quando a Município começou a, na verdade, se aliar à empresa, a todo momento querendo proteger, falando bem da empresa e falando – “não, eles vão resolver tudo, vai se resolver do jeito deles, sem a participação dos atingidos”, eles dizendo assim – “nós vamos construir a nova Bento, mas vão ser cinco modelos de casa”, quem disse que eles querem cinco modelos de casa, quem disse que você pode decidir onde vai ser a nova Bento. Então nós começamos a atuar pra garantir a participação deles, aí nós ajuizamos talvez a ação civil pública mais importante em termos de direito hoje que já fora ajuizada, pelo menos em Minas Gerais, que abarca mais de trinta pessoas.

Como muitas decisões e atividades relacionadas à área ambiental tendem a ter efeitos definitivos, é necessário que elas não ocorram de forma unilateral. As pessoas que participam da tomada de decisões, não decidem em função de um consenso, mas sim em função de suas próprias preferências.<sup>43</sup> O ausente à deliberação é um destinatário da norma ambiental dela decorrente e não pode ficar à mercê dos interesses dos que estão deliberando, pois, “ninguém pode depender do outro de modo fundamentalmente irreversível”.<sup>44</sup> A importância da deliberação ambiental está ainda mais presente quando se refere à gestão de riscos, como será abordado no próximo tópico.

## 5 DELIBERAÇÃO AMBIENTAL E GESTÃO DE RISCOS

Ao se inserir a temática ambiental como objeto da deliberação, a solução da gestão dos riscos passa a ser compartilhada de forma democrática, isso porque a deliberação ambiental possibilita aos envolvidos a tomada de consciência a respeito dos riscos das decisões que podem ser tomadas. Isso cria um padrão de democracia que acompanhará a evolução das discussões, com oportunidades de participação e deliberação nas tomadas de decisões, não como mera consulta, mas com efetivas possibilidades de influenciarem as escolhas que se realizarão. Assim, em vez de uma autoridade científica ou política orientando e tomando decisões, é importante desenvolver modelos de cooperação que busquem a prevenção dos riscos tendo como base “a cultura, a tradição, o senso comum e a experiência”.<sup>45</sup>

Segundo Habermas (2004):

convém ter em mente que os sujeitos jurídicos privados não podem chegar ao gozo das mesmas liberdades subjetivas, se eles mesmos - no exercício comum de sua autonomia política - não tiverem clareza sobre interesses e padrões justificados e não chegarem a um consenso sobre aspectos relevantes, sob os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente deve ser tratado como diferente.<sup>46</sup>

A participação popular e a deliberação na elaboração de normas ambientais impedem que surjam normas unilaterais e arbitrárias, baseadas somente em interesses patrimoniais e econômicos degradadores do meio ambiente.<sup>47</sup> Caso não seja possível a presença de todos em uma reunião que envolva decisões, os participantes devem deliberar sobre a proteção ambiental, sem ferir os interesses dos ausentes. Para isso, é necessário compreender o contexto de vida do ausente para perceber de que forma a decisão pode proteger sua cultura, seu modo de vida, e, até mesmo, sua existência.<sup>48</sup>

As ações civis que estão em andamento têm o intuito de garantir que as famílias atingidas pelo desastre tenham voz ativa perante a empresa responsável, tendo em vista que, inicialmente, os atingidos não puderam ver suas demandas satisfeitas pela empresa degradadora:

Saliente-se que ao negar esses direitos às pessoas/famílias que perderam tudo, as empresas lesam novamente os sobreviventes do desastre. Decerto, são inúmeros casos em que as pessoas, munidas de documentos e informações precisas, estiveram no posto de atendimento da empresa Samarco e tiveram negados seus direitos. O

43 SOUZA, Leonardo da Rocha de. *A consideração dos ausentes à deliberação ambiental...* p. 51.

44 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 88.

45 SOUZA, Leonardo da Rocha de. *A consideração dos ausentes à deliberação ambiental...* p. 43.

46 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v. 1, p. 13.

47 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 197.

48 SOUZA, Leonardo da Rocha de. *A consideração dos ausentes à deliberação ambiental...* p. 96.

descaso frequente acendeu um profundo sentimento de exclusão e sofrimento aos membros dessas famílias. O que se verifica é um desrespeito com pessoas em situação de hipervulnerabilidade: os agentes da empresa aproveitam-se da ignorância e ingenuidade dessas famílias, postergam a resposta aos seus direitos e depois recusam a concessão desses direitos, causando mais angústia ainda às famílias que, sem alternativa, nada fizeram inicialmente, até serem devidamente informadas pelas comissões de representantes de atingidos e pelo Ministério Público.<sup>49</sup>

Em praticamente todas as cidades em que as grandes empresas se instalam, os argumentos para o risco que a atividade envolve são justificados perante as comunidades como empresas que geram empregos e melhorias na qualidade de vida das comunidades tradicionais. Reforçando essa noção, as empresas contratam especialistas com alto poder de persuasão e propõem atividades compensatórias com poucas discussões, pois vendem a ideia somente do progresso da cidade. Assim, vão ganhando espaço e confiança das comunidades para se instalarem sem muitas resistências das mesmas.

Para Silveira, o dever de defender e proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225 da Constituição Federal, assume sentido muito mais profundo em processos democráticos participativos, através da presença de um coletivo personalizado, atuante na tutela do meio ambiente como bem comum. Ele adverte que o grau de participação popular precisa ser fixado de forma clara pelo Poder Político, com espaços efetivos baseados nos valores democráticos e participativos que fundamentem a Constituição, bem como o dever da coletividade em preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A participação cidadã deve ocorrer em forma de contribuição dos debates, mas também com a intervenção nos processos decisórios, tanto administrativos quanto judiciais.<sup>50</sup>

As deliberações ambientais devem ter a participação dos afetados para que todas as ações e soluções sejam analisadas em conjunto, com um espaço de diálogo, suprido de informações e consequências corretas. O direito, conforme Habermas afirma, serve como mediador entre o mundo da vida e o sistema, capaz de traduzir as intenções e atuações de uma esfera para tornar-se inteligível à outra. Uma legiferação participativa faz com que os valores das comunidades possam ser transmitidos aos aplicadores do direito, dentre eles: valores sociais, psicológicos, ideológicos e religiosos que empreendem a aplicação dos sentimentos e vivências dos participantes.<sup>51</sup>

A deliberação ambiental é necessária para a efetiva proteção ambiental, sendo assim, cumpre ao Estado ser o garantidor do direito ambiental, assegurando a participação popular como instrumento de garantia dos direitos dos particulares, pois essa participação garante maior validade social ao direito ambiental e uma maior conscientização dos participantes em relação à proteção do meio ambiente.<sup>52</sup>

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa realizada com os atingidos pelo desastre ambiental em Mariana/MG, foi possível constatar que os entrevistados, ao serem questionados sobre como se dava a participação nas deliberações que envolviam os interesses da comunidade:

(1) Antes do desastre, eles não tinham voz ativa nos processos de decisões, mesmo estando presentes às reuniões, pois sequer entendiam o que estava sendo abordado, não

---

49 Conforme consta nos autos da ação penal movida pelo Ministério Público de Minas Gerais na Defesa dos Direitos Humanos.

50 SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2014. p. 214-215.

51 SOUZA, Leonardo da Rocha de. *Direito ambiental e democracia deliberativa*. p. 105-110.

52 SOUZA, Leonardo da Rocha de. *Direito ambiental e democracia deliberativa*. p. 105-110.

captando a realidade à sua volta. A preocupação recorrente dos presentes era a manifestação do medo quanto ao rompimento da barragem, sempre minimizado pelos representantes da empresa.

(2) Depois da tragédia, os deslocados ambientais somente vêm deliberando devido à intervenção do Ministério Público, que garantiu, por exemplo, que os deslocados ambientais pudessem escolher o lugar onde ocorrerá o reassentamento.

As questões ambientais não podem ser tratadas em segundo plano. É necessário, além de educação e informação, capacidade crítica de interferência de cada cidadão nos debates e nas decisões que interferirão no ambiente em que vivem. Segundo a linha de pensamento de Habermas, as questões mais complexas da modernidade precisam ser aprofundadas, com a procura de soluções que não interfiram nos destinos das pessoas por meio de imposições institucionais, mas que permitam transformações sociais.

Para isso, as organizações da sociedade civil devem ter capacidade de intervir politicamente nas questões sociais e ambientais, e os envolvidos não podem ser meros expectadores, aguardando as cenas trágicas dos desastres. A participação das comunidades é o que torna as normas socialmente eficazes, pois retratam as vontades dos próprios destinatários, protegendo-os das escolhas arbitrárias dos “mais fortes”.

Qualquer decisão que envolva a vida de pessoas e as questões ambientais devem considerar um processo democrático em que os interesses públicos sejam considerados, com ampla participação da população afetada por empreendimentos. Não pode haver primazia da ordem política e da ordem econômica em detrimento dos direitos humanos e da conservação do meio ambiente. Para isso, “a gestão ambiental local deve partir do saber dos grupos sociais, onde se fundem a consciência de seu meio, o saber sobre as formas e técnicas de manejo sustentável de seus recursos, com suas formas simbólicas e o sentido de suas práticas sociais”.<sup>53</sup>

A responsabilidade com o meio ambiente é de todos, e a manutenção de seu equilíbrio resultará em benefício global, tanto para as gerações presentes quanto para as gerações futuras. Portanto, deve-se buscar cada vez mais uma justiça ecológica, considerando os princípios da intergeracionalidade, da prevenção, da precaução e do direito humano ao meio ambiente sadio e equilibrado, que serão melhor atendidos por meio da democracia deliberativa, a fim de que a degradação ambiental não cause a violação dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. Direito ao desenvolvimento político: a democracia como *condictio sine qua non*. **Revista Direito e Desenvolvimento** – ano 1, n. 2, p. 9-21. jul./dez. 2010.

ASSUNÇÃO, Francisca Neta Andrade; BURSZTYN, Maria Augusta Almeida; ABREU, Teresa Lúcia Muricy. Participação social na avaliação de impacto ambiental: lições da experiência da Bahia. **Confins**, 2010, disponível em: <<https://bit.ly/2PMASuW>>. Acesso em: 17 set. 2018.

BENINCÁ, Dirceu. **Energia e cidadania: a luta dos atingidos por barragens**. São Paulo: Cortez, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>53</sup> MUNIZ, Iranice Gonçalves. Democracia e direitos humanos: um novo olhar sobre espaço rural brasileiro. *Revista Direito e Desenvolvimento*. v. 8, n. 1, setembro 2017, p. 147-162, p. 151

DIAZ BORDENAVE, Juan E. **O que é participação?** 8 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DINIZ, Adiel de Sousa. **Participação popular e sustentabilidade:** o caso do Projeto Agente Ambiental Comunitário do Amapá Macapá-AP. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado de Direito Ambiental e Políticas Públicas, Universidade Federal do Amapá, Macapá 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre factividade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** Trad. Karina Jannini; rev. trad. Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos da teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação:** ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. Rio de Janeiro: Loyola, 2004.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica.** 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2017.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil:** natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, Angela Cristina Salgueiro. Os meios de comunicação na esfera pública: novas perspectivas para as articulações entre diferentes arenas e atores. **Líbero** - Ano XI - n. 21 - p. 23-36. 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente:** direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MUNIZ, Iranice Gonçalves. Democracia e direitos humanos: um novo olhar sobre espaço rural brasileiro. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 8, n. 1, set. p. 147-162, 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Pesquisas em Cidadania e Soluções Alternativas de Conflitos - Contribuições de Jürgen Habermas para um Paradigma Diálogo no Direito. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. (Org.). **Diálogo e Entendimento:** Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2009.

PALERMO. Luiz Claudio. A importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa. **PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**, Macapá, n. 6, p. 1-17, dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2D8hAyI>>. Acesso em: 18 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Hamilton Gondim; GONDIM FILHO, José Hamilton. **A Insustentabilidade do Desenvolvimento Sustentável**. UERR, v. 1, p. 28-46, 2006.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2014.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. **A consideração dos ausentes à deliberação ambiental: uma proposta a partir da ética do discurso de Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013a.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Direito ambiental e democracia deliberativa**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013b.

TEIXEIRA, Maurozan Soares. Ética do Discurso em Jürgen Habermas: a Importância da Linguagem para um Agir Comunicativo. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 304-315, mar. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2xh8lao>>. Acesso em: 18 set. 2018.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DARK WEB AND BITCOIN: AN ANALYSIS OF  
THE IMPACT OF DIGITAL ANONYMATE AND  
CRYPTOCURRENCIES IN THE PRACTICE OF MONEY  
LAUNDERING CRIME

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA  
ARTHUR AUGUSTO BARBOSA LUNA

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# DARK WEB AND BITCOIN: AN ANALYSIS OF THE IMPACT OF DIGITAL ANONYMATE AND CRYPTOCURRENCIES IN THE PRACTICE OF MONEY LAUNDERING CRIME

## DARK WEB E BITCOIN: UMA ANÁLISE DO IMPACTO DO ANONIMATO DIGITAL E DAS CRIPTOMOEDAS NA PRÁTICA DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Recebido: 25/11/2018  
Aprovado: 26/11/2018

Romulo Rhemo Palitot Braga\*  
Arthur Augusto Barbosa Luna\*\*

**ABSTRACT:** This article analyzes some of the existing digital anonymity technologies, as well as their impact on the process and facilitation of the money laundering process. It presents the concept of superficial Internet and clarifies the difference between the Deep Web and the Dark Web, exposing how it works one of its most important operating structures, the TOR protocol. It also details the operation of Bitcoin, one of the most important cryptocurrencies today, and draws a parallel on how these technologies can impact the practice of money laundering, as well as discusses the capacity of the mechanisms currently in place to curb and punish it.

**Keywords:** Deep Web. Dark Web. Bitcoin. Money laundry.

**RESUMO:** Este artigo analisa algumas das tecnologias de anonimato digital existentes, bem como seu impacto no processo e facilitação do processo de lavagem de dinheiro. Apresenta o conceito de Internet superficial e esclarece a diferença entre a Deep Web e a Dark Web, expondo como funciona uma de suas estruturas operacionais mais importantes, o protocolo TOR. Também detalha o funcionamento da Bitcoin, uma das moedas criptográficas mais importantes da atualidade, e traça um paralelo sobre como essas tecnologias podem impactar a prática da lavagem de dinheiro, bem como discute a capacidade dos mecanismos atualmente em vigor para reprimir e punir isto.

**Palavras-chave:** Deep Web. Dark Web. Bitcoin. Lavagem de dinheiro.

### 1 INTRODUCTION

The technological leaps we have experienced recently have dramatically altered personal and business relationships across the globe. In the last 10 years, people have come to communicate with an unprecedented facility, shortening distances and giving dynamism to the once unusual social and economic phenomena. In this context, virtual currencies have been created and, without regulation or efficient control mechanisms, gain space in transactions performed in virtual environments.

\* Doctorate and Master's in Criminal Law from Universidad de Valencia, Espanha; Permanent Professor Permanente of the Post-Degree Programs of the Centro Universitário de Joao Pessoa – PPGD/UNIPE and the Federal University of Paraíba – PPGCJ/UFPB; Auditor of the Superior Court of Sportive Justice of the Brazilian Confederation of Auto Racing; Lawyer. E-mail: romulo.palitot@uv.es

\*\* Master's in Law and Development from the Post-Degree in Law Program of the Centro Universitário de João Pessoa PPGD/UNIPE; Post-Degree Diploma in Business Administration from Langara College, Vancouver – British Columbia, Canada; Lawyer. E-mail: luna@eml.cc

The objective of this article is to bring to light a perspective of the analysis of the phenomenon of money laundering within the Dark Web, focusing on the study of the mechanisms of digital encryption communication existing today, seeking to highlight if they facilitate the practice of money laundering and whether or not there are legal mechanisms that currently allow for highly effective enforcement and enforcement of this type of conduct. To this end, relevant concepts will be presented to understand the theme, such as the Deep Web, Deep Web, Dark Web and TOR, without which the understanding of the subject in the legal environment would be impaired.

This article is divided into three main topics. The first topic turns to the presentation of the Internet, bringing to this a brief history, subdivided into two parts, one aimed at clarifying what makes up the Internet of daily life and the other to present and detail what Dark Web is and what its difference from the Deep Web. The second turns to the presentation of Bitcoin and the cryptocurrencies, in order to clarify its functioning and the reasons for its anonymity. Finally, the third point analyzes the impacts caused by the technologies presented in previous topics in the practice of money laundering.

The methodology chosen for the elaboration of this descriptive research is based on the deductive method, through historical and bibliographical research, from national and international sources, using in large part information directly collected on Internet pages, which is considered the official mechanism of communication by those who operate, work and report on the digital technologies presented here.

## 2 THE INTERNET

The origin of the Internet dates back to World War II, as a result of events unleashed by it.

In February 1945, the presidents of the governments of the Allied countries met in Yalta, on the Russian peninsula of Crimea. There, Churchill, Roosevelt and Stalin divided the German territory at the end of the war. In the face of the recognition by the British and the Americans of the superiority of the Russian army's power, the Cold War began, in which both sides would wage a veiled struggle for the development of new warfare technologies, richly fueled by espionage and propaganda.

In October 1957 Russia put Sputnik, the first artificial satellite produced by humanity, into orbit, provoking the immediate American technological response, which came through the creation of the ARPA - Advanced Research Project Agency, whose main objective was to develop programs related to satellites and space. Years later, following the creation of NASA - National Aeronautics & Space Administration - in 1958, ARPA shifted its focus and concentrated its efforts on the study of the newborn area of informatics, which provided the further development of network communication protocols between computers - hitherto incompatible with each other - culminating in the creation of ARPANET - on December 1, 1969 - the first computer network ever built, between the University of California (Los Angeles), the SRI - Stanford Research Institute and the University of Utah and University of California (in Santa Barbara).

To seek to evolve from a local network to an international network of communication was a natural consequence. However, although it is the forerunner of the Internet, ARPANET was dismantled in 1990 - after much service to the military - and was replaced by the NSFNET, created by the scientists of the NSF - National Science Foundation in reaction to the military

domain over existing digital communication networks the time of its creation. The Internet is the name by which the NSFNET became popular from 1990.

Technological evolution ended up hiding what was clearly and effortlessly seen: the Internet is neither a place nor a service; the Internet is nothing more than a communication channel, a network that allows the connection between computers - and people - just as it was at the time it came. Even before the Internet existed, there were computers, but they did not communicate with each other. There was also record and archiving of data, but everything was done locally, and access was only possible through personal and direct contact with the machine.

This is relevant to the understanding of the present article insofar as it demystifies the concepts of Deep Web and Dark Web to be dealt with further by clarifying that, because it belongs to the Internet, the “deep” network and the “obscure” are nothing more than a variation on how to communicate through the World Wide Web. It also helps in the understanding that data storage is not done on the Internet itself, but through it, on physical machines located around the world.

## 2.1 The Surface Web

The Surface Web, or superficial Internet (TAYLOR, 2016), is the Internet we know. Also sometimes called clernet, it is the Internet indexed, public, accessible by all (PC MAGAZINE, 2016), located on trackable servers and whose access and navigation is sufficiently recorded by the activity logs. In other words, it is the Internet that defines the term we know. Clarifies a Trend Micro dossier - one of the largest security companies on the market - on Deep Web:

[Surface web is] that part of the Internet that conventional search engines can index and standard web browsers can access without the need for special software and configurations. This “searchable Internet” is also sometimes called the “clernet.” (CIANCAGLINI et al, 2015)

Search engines such as Google<sup>3</sup>, Yahoo!, Bing, Ask.com, Aol Search, DuckDuckGo, Yandex, and others constantly scour the Internet for new information - links, data, metadata, etc. -, which are indexed and made available in user searches. With each search performed and every link accessed because of the search, the results are refined and become more accurate<sup>4</sup>.

This scanning is done by the automated access of the Internet pages by search engine robots or search bots, which access all the accessible links in each page found, supplying the indexes of pages with the new results. Each new page found is also accessed by the robots and each new result added to the index, and this operation is repeated continuously (YANDEX, 2016).

Such an operation, however, is only possible when the robots can access the information contained in the pages and detect the links present there. This is the differential of the Surface Web: its structure allows the indexing, which is done mainly through the backlinks, that is, through the page addresses contained and accessed within the body of a page visited (TAYLOR, 2016). For a better understanding, if a university page contains a link to the CAPES

---

<sup>3</sup> Despite being one of the most commented search websites, Google is just one of the options available. Similar results for the same search criteria can be obtained through other engines, such as Microsoft's Bing, and Yahoo. DuckDuckGo is one of the most innovative options when it comes to privacy, since, unlike the others, it does not capture metadata from the searcher.

<sup>4</sup> Also included in the equation that generates the result of the searches is the boost resulting from the payment made for advertising purposes, ie some of the results presented in the search are not the result of the improvement of the search engines due to the access by the users, but, yes, the payment of an advertising amount increases the chances that the advertiser will appear in the search results (GOOGLE.COM, 2016).

website, this address, if detectable and accessible, is considered a backlink. When it comes across it the search engine accesses the CAPES page and searches for new addresses<sup>5</sup>, indexing all the data and pages found in the course of that scan. This cycle repeats continuously and uninterruptedly.

But that's not all that defines the Surface Web. One of the most striking features of the superficial Internet is still the absence of minimal encryption of access and storage, that is, more often than not the content of the pages is stored and accessed openly - practically public -, allowing broad access and a greater probability of interception and tracking. Internet giants such as BBC, Bing and eBay still do not use the HTTPS encryption protocol<sup>6</sup> - as standard, and this when they do not even have the protocol implemented on their servers (BARRET, 2016; GOOGLE.COM, 2016). It is the HTTPS protocol that allows secure communication between browsers and websites (to the servers that actually store them), widely used by banks when providing virtual account access to customers<sup>7</sup> (ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, 2016).

But to truly understand the difference in functioning between Surface Web and Dark Web you need to understand how the Internet of everyday life works.

Initially, it is necessary to clarify how the identification of machines connected to the Internet works. To access a computer network, each computer has its own address, which is called the IP address (pronounced "ái-pí" in Portuguese) and corresponds to a binary number. On the Internet the rule is the same: every computer or device that accesses it has an IP address, which is unique throughout the network (LIFEWIRE, 2016). Thus, each Internet user or server computer has its own address, which identifies its geographical location, which internet provider it is located in and the ownership of the access plan to the global computer network (who contracted the Internet service). provision of Internet services).

Such identification and tracking are only possible because the normal functioning of the Internet involves a predictable and cataloged route of access, which part of the user to the website through the Internet provider and the major distribution centers of the Internet signal the backbones<sup>8</sup> (MARTINS, 2009). That is, who knows the part of the signal, where the signal passes and where it goes; adding to this the local information of those who provide the service to the two ends of the connection, user and server of the website, we obtain the location of both and the ownership of who hired the service.

It is clear that identifying users and servers is not so easy because of the dynamism of the system - which is highly changeable - since it involves different jurisdictions and the internal privacy policies of each of the providers involved, among other variables, but in theory it is possible. There are trails for that.

In short, Surface Web is characterized by the indexing of content, the transparency of the data exchanged (not always encrypted) and the easy identification of the route between user and data server, which enables the tracking of the parties involved in the communication.

<sup>5</sup> Backlinks also serve to enhance search results, as they provide evidence of popularity, ie if a given page is heavily referenced on other pages, it is assumed to be a page of greater relevance and as such will be more likely to appear in search results more often

<sup>6</sup> Hyper Text Transfer Protocol Secure.

<sup>7</sup> Without the use of this protocol the communications between client and server (the user's computer and the website) are made in plain text, as they say. This means that everything that is sent and received is done without encryption and can be intercepted with ease. Even the caches, which are local copies of sent and received content made to streamline communication or prevent content loss, are readable. That is, if the user sends an e-mail through the webpage of a provider of this type of service that does not use HTTPS, the message is transferred in plain text as well as being cached in plain text, available for read to any user who has access to the files or to the data stream exchanged between the machines. If this same communication is made using the HTTPS protocol, it is possible to identify the sender and the service used, but not the information generated, sent and received.

<sup>8</sup> In literal translation it means "backbone"; represent the core physical infrastructure of the Internet.

## 2.2 The Deep Web and a Dark Web

The Deep Web is not a place, it is not limited to a geographical circumscription, it can not be identified and can not be perceived by the human senses. It only represents all Internet content that is not indexed by search engines, either because they belong to private networks or because they are accessible only to users of a specific type of content (CIANCAGLINI et al, 2015). The CAPES internal administrative network, for example, accessible only through the use of credentials, can not be indexed by search engines and therefore integrates Deep Web. This statement may be strange because many people speak Deep Web when referring to Dark Web. This mix of concepts can cause confusion and for this reason both will be detailed here.

Dark Web is a virtual environment created based on protocols of high security and anonymity, such as TOR, Invisible Internet Project (I2P) and Freenet (CIANCAGLINI et al, 2015). It is a subdivision of the Deep Web, and it is the focus of this article. In the Dark Web, that is, in the virtual environment of the Internet in which pages are divulged and accessed with privacy and anonymity; the navigation is almost completely anonymous, and the privacy of the data exchanged is ensured by the high complexity of the encryption used.

To better understand the Dark Web, it is necessary to understand the concept of Deep Web, which is a genre of which it is a species. Trend Micro, in its dossier and through its research team, defines and Deep Web as being:

The deep web refers to any content on the Internet that, for various reasons, can not or is not indexed by search engines like Google. This definition therefore includes dynamic web pages, blocked websites (such as those that require you to respond to a CAPTCHA to access), hostile sites, private sites (those that require login credentials), non-HTML/-context/-script, and limited access networks. Limited access networks cover all those features and services that would not normally be accessible with a standard network configuration and thus offer interesting possibilities for malicious actors to act partially or totally undetected by law enforcement. [...] Also in the limited access networks are darknets or sites stored in infrastructures that require the use of specific software such as TOR for access. (CIANCAGLINI et al, 2015)

And he clarifies, making the distinction between the deep and the dark internet:

Much confusion lies between these two [concepts], with some outlets and researchers freely interchanging them. But the Dark Web is not the Deep Web; it's only part of the Deep Web. The Dark Web relies on darknets or networks where connections are made between trusted peers. Examples of Dark Web systems include TOR, Freenet or the Invisible Internet Project (I2P) (CIANCAGLINI et al, 2015).

Such a clear distinction between concepts imposes adaptations in this article to avoid confusion. Thus, the concept of Deep Web and Dark Web will be adopted as detailed above, pointing out the caveat when necessary, that is, when the source searched causes confusion between the two.

Thus, Dark Web represents a secure and private channel of communication in which distinct, unidentifiable and untraceable parts communicate, without supervision, surveillance or interception possibility, through special protocols such as TOR<sup>9</sup>. This means that this network can be used as a channel of viability and practice of crimes, although it does not serve only that.

The idea behind TOR - which supports the motto "Surveillance = Oppression", which stands for "TOR is the heart of Internet freedom" - is noble: it promises to give users back

---

<sup>9</sup> Accessible at <https://www.torproject.org/>.

their privacy and security in an environment in which they feel exposed - every day new security holes and new tracking technologies emerge. Thus, due to the anonymity and privacy it provides, Dark Web is widely used by the press or by people victimized by totalitarian, extremist, or similar regimes to circumvent the unjust censorship imposed (BRAGA, MARTINS, 2014). Facebook itself created an access to its network in October 2014 through the TOR<sup>10</sup> protocol, which in April 2016 already had more than one million hits (FACEBOOK.COM, 2016). Large companies, activists, law enforcement, military, government, and privacy-seeking people also use Dark Web (TORPROJECT.ORG, 2016). According to TOR developer group TOR (TORPROJECT.ORG, 2016):

Using Tor protects you against the common form of Internet surveillance known as “traffic analysis.” Traffic analysis can be used to infer who is talking to whom over a public network. Knowing the source and destination of your Internet traffic allows others to track your behavior and interests. This can impact your checkbook if, for example, an e-commerce site uses price discrimination based on your country or institution of origin. It can even threaten your job and physical safety by revealing who and where you are. For example, if you are traveling abroad and you connect to your employer’s computers to check or send mail, you can inadvertently reveal your national origin and professional affiliation to anyone observing the network, even if the connection is encrypted. (TORPROJECT.ORG, 2016)

However, like any good tool, its use can be misrepresented, as it has in fact been and has been. It was precisely this inappropriate destination that made Dark Web famous in 2013, when Silk Road, a page that openly and unrestrictedly offered illicit drugs, was taken off the air by the Federal Bureau of Investigation (FBI) (ROHR, 2013). By the mixture of concepts and the confusion already mentioned, it was popularized under the name of the genre to which it belongs, that is, Deep Web.

Crimes of the most varied possible are associated with the use of Dark Web, such as the trade of personal data, sales of secret documents of governments, various tutorials (homemade bombs, homemade poisons, etc.), false documents, rent killers, torture, snuff movies (movies that register real people’s murderers), trafficking of people, guns and drugs, terrorism, human organ trafficking, pedophilia, cannibalism, dolls makers (transformation of people, especially children and women, in sex slaves after amputating members and transforming them into “living dolls”), money laundering, among others that have their practice linked to the Internet not indexed, anonymous and encrypted (DEEP WEB: O SUBMUNDO..., 2015). The anonymity and difficulty of seeing the materiality and authorship prevent the absolute proof that everything that is touted as being practiced via this channel of communication is in fact real, but cases like the one of Silk Road show that crimes of the most varied can be practiced quite easily, in the sly and with impunity - for the most part.

The fundamental difference between Dark Web and the Internet of everyday life is its functioning: while it has plenty of connection records, a known data flow route, plain text information and the possibility of associating IP addresses with activities carried out online, that is not the case. The use of the TOR, for example, changes the dynamics of the connection in such a way that it damages the connection registers, the data flow path becomes uncertain, the information exchanged becomes encrypted and, consequently, the association of IP addresses with activities performed remains undermined.

Clearly the scope of this article is not to go into the technical details of the tools used in Dark Web, but only to present them to help understand how new technologies can impact the practice of money laundering. Therefore, definitions and detailing of systems could not, and

<sup>10</sup> Accessible at <https://facebookcorewwi.onion>.

are not, extenuating, especially since there is no interest from those involved in the illicit use of such technologies in publicly disclosing all the tools that make the obscure part of Internet communication a comfortable place for criminals. Information about the TOR is only publicly accessible because it is intended for a noble purpose, as discussed above. Mentioned the caveat, this is how this protocol works.

As stated on its official website, TOR works by hiding from everyone - internet providers, enforcement authorities, law enforcement officers, companies, malicious third-parties (hackers), etc. - the route of the data sent, so that it will no longer be possible to identify its origin and destination. To achieve this goal, TOR creates a twisted and difficult route to follow, then deletes its tracks. It works as follows: (i) the user's computer connects securely (encrypted) to the TOR server and downloads the list of currently available connection points - each connection point represents a computer similar to it within the TOR network; (ii) the TOR client on the user's computer then creates a route to reach its destination through those peers, which act as small servers, receiving and supplying information; (iii) the connection is established peer-to-peer, with each machine only knowing where the data came from and what is the next machine to which the data will go, and no information about the complete route is transferred; (iv) reached the destination, that is, the server that the user intended to reach - a page, a data storage service, an e-mail server - the created connection is maintained for a maximum of 10 minutes, after which route is created, again without any record (TORPROJECT.ORG, 2016).

Each of these peers can be located anywhere on the globe. So, for example, a computer located in Brazil connects to one in China, which connects to one in Switzerland, which connects to one in Bolivia, which connects to one in Greece, which connects to one in Guatemala which, only then, it reaches the destination initially intended by the user TOR. Hence, the analogy to onion: just like one, the onion network has several successive layers of security, anonymity and encryption.

By operating in this way, the TOR ensures the privacy of the route and the codification of the data transported, so that not only the origin remains hidden, but also the content of the information transferred. The degree of anonymity of the activities performed, however, depends on the sophistication of the applications that communicate through the TOR network and the skill of its users.

Although unprecedented on the Surface Web, the anonymity and data security possible in the Dark Web environment allows servers with illicit content to be mounted on notebooks or easy-to-carry computers stored in the backyard of a common residence. Such freedom does not exist on the indexed Internet, which allows in a reasonably easy way the identification of content made available on the site, its ownership and location.

While on the Web the identity of the computer that accesses the Internet, the path and destination of the data are easily observable, in Dark Web this information is practically impossible to obtain or is extracted with great difficulty, cost, technical apparatus and professionals with vast technical knowledge - and submitted to constant updates of knowledge.

### **3 BITCOIN: THE CRIPTOCURRENCY OF THE DARK WEB**

In a world where anonymity rules, the lack of accountability is common. In this context, Dark Web is a hostile environment in which each is by itself and caution is the greatest rule of survival. Sitters comfortably seated on their sofas, hidden by layers, and more layers of security and privacy, patiently wait for innocent users to provide their personal data and credit card

numbers to be fraudulent by themselves, or to sell that information to others. For this reason, the currencies used in the Dark Web are not conventional, but virtual.

Bitcoin (BTC and XBT - official abbreviation) is the most popular and widespread cryptocurrency in the world, so for this reason it is the official currency of Dark Web. It is not the only one, however. There are others such as Litecoin (LTC or Ł), Peercoin (PPC), Feathercoin (FTC), Terracoin (TRC), Freicon (FRC), PhenixCoin (PXC) and AnonCoin (ANC) (SOUZA, 2013), but Bitcoin remains the strongest among them and has gained more and more fans around the world (BRAGA; MARTINS, 2014). Each Bitcoin is quoted today at R\$5,093.03 (five thousand, ninety-three reais and three cents)<sup>11</sup>.

Bitcoin has as its characteristic a fiduciary currency<sup>12</sup> (it does not have metal ballast - gold or silver -, nor intrinsic value) and decentralized - do not depend on intermediaries or central institution -, and depend on the trust that its users deposit in them (KIVIAT, 2015). Therefore, it has a value proportional to the credibility attributed to it, the fees involved in the transactions are low (inviting to use), have no limits of territorial use, cannot be frozen or confiscated and have no prerequisites for use or limits imposed per transaction (any amount may be transferred to any person, by any person, to any person, without prior authorization or further justification) (BITCOIN.COM, 2016).

Bitcoins are stored in digital is done in digital wallets, that are accessible through any device that can operate with the technology (computers, tablets, smartphones, etc.). The payments are done digitally, without intermediaries. The authenticity of the transaction, however, is verified by Bitcoin miners, that receive a payment in Bitcoins generated automatically to pay for their services. Once audited and verified the authenticity of the transaction by them, it is registered in a virtual ledger, public and transparent (BITCOIN.ORG, 2016), debiting the payer and crediting the payee. The act of recording the transactions, however, does not mean that they are fiscalized in any manner. This auditing exists with the sole purpose of validating the transfer, in what concerns to the transfer of the amount from one party to another, so that there are no fraudulent payments, not identifying any of the parties.

In essence, Bitcoin does not actually exist, but is presumed to exist. In the ledger, called blockchain, the balances of the accounts of each user are logged, which are identified by a unique cryptographic code, as well as the record of the transactions performed (each one generates a transaction hash, which identifies it among the others). Each time a payment is made, payer and payee sign the transaction using their private key, which verifies the identities of the parties involved accurately, allowing the account linked to the key of the debtor to be debited from the amount paid and the balance of the creditor linked to the informed key is increased by the transaction value. Once the transfer is done and propagated in the network, the other users and the miners start to validate it, in a process that usually starts about 10 minutes later (NAKAMOTO, 2016).

Although all transactions are recorded in a public record, the identity of buyers and sellers is never revealed, and only the identification of their wallets is visible. You can remain completely anonymous if you do not associate your true identity with your wallet. Hence the anonymity associated with Bitcoin, in line with the 1993 cypherpunk manifesto, which assumes that virtual transactions should be as private as cash transactions in which parties do not need to identify themselves or expose their motives (HUGHES, 1993).

The anonymity guaranteed by the use of Bitcoin is so much, that in during the time the present work, hackers infected thousands of computers in dozens of countries (in a number somewhere in between 74 to 99 countries), including Brazil, United Kingdom, USA, China, Russia, Spain and Italy, encrypting computer files and explicitly demanding a payment of a

<sup>11</sup> Quotation between XBT (BitCoin) and BRL (Brazilian Real) obtained on 05/12/2017 at <http://www.xe.com>.

<sup>12</sup> Also known as fiat currency.

ransom in Bitcoins equivalent to US\$600 to restore the access the files, in a practice that is now called ransomware (BBC.COM; G1.COM, 2017).

The conversion of Bitcoin into traditional currency can be done in exchange offices spread around the world or made directly with a seller. Since there is no regulation nor requirements, it can be made in cash and in an untraceable way.

#### 4 IMPACT OF DARK WEB AND BITCOIN IN MONEY LAUNDERING PROCESS

Over the years, the Brazilian legislature has been reforming the text of Law 9.613 / 98 on the typical figure of the crime of money laundering, with a criminal policy that signals a clear and forceful criminal response to this phenomenon of transnational proportions, in particular, in order to comply with the commitments signed in international texts (INIESTA, 1996).

After more than a decade since the entry into force of Law 9,613/98, the Brazilian legislature has undertaken yet another reform in its text, however, this time, in a more meaningful way and that approximates the international norms that deal with the matter. Law no. 12,683/12 brings as one of its main modifications to the text of Law 9.613/98 the withdrawal of the exhaustive list of previous crimes, which from these, generate economic benefits and which are now subject to the washing process (BRAGA, 2013).

The Brazilian legislator established the main delict in art. 1º, which refers to the conduct that is indispensable for the typical nature of the crime of money laundering, to “conceal or conceal” the nature (permanent crime) of origin (origin, ie the process by which the property was achieved), location current situation or place where it is located, where the object is located, the good), disposition (onerous or gratuitous), movement (the direction of financial movement, circulation of values and goods) or property (ownership, mastery over the thing, the quality of the owner, the use, enjoyment and disposition of goods), rights and values arising, directly or indirectly, from a criminal offense.

The subject of money laundering is current and its use for criminal activities is imperative, in this way, both Dark Web and Bitcoin prove to be extremely suitable tools for its facilitation. They are two revolutionary technologies that open the Pandora’s box of the money laundering process. If Bitcoin itself makes it extremely difficult to trace origin, when it is well used in the Dark Web environment, anonymity is absolute.

Combating the money laundering crime carried out through cryptocurrencies such as Bitcoin, would force the creation of enforcement and control mechanisms, but the existence of such mechanisms of regulation runs head-on with the motives and purposes of cryptocurrencies, whose structure ensures the anonymity. The only possible oversight of Bitcoins appears to be that of validating the legitimacy of transactions, without which their very existence would be threatened. Other than that, there is not – at least not of public knowledge. Thus, even if there were regulations, how could it be made efficient against a currency that is easy and fast to circulate around the globe, created in an ideology that is contrary to state control (MAY, 1992) and is anonymous? Is it worth it to predict harsh penalties if they can not be applied, especially within the obscure environment of Dark Web? Hardly, at least with the tools available today. In an optimistic scenario, goodwill people, the ordinary citizen, would yield to the dictates of regulatory legislation, but if the citizen is “good” he or she is not the one who practices the crime of money laundering. True criminals would remain undetected.

And “undetected” is, in fact, the correct expression, because there are many cases of money laundering of large size, but that simply are not detected. One of the most emblematic

cases of this kind of secrecy is the “Cannibal of Rotenburg<sup>13</sup>”, which only came to light and became public because it was taken to the authorities. However, they would never have discovered the crime if Meiwes himself – after performing his fantasies – had not returned to the chat channel and commented that he needed more meat after consuming the flesh of the victim of his cannibalism. The authorities were only aware of the fact because of the denunciation of another user, meaning that the crime was only discovered because the social environment in which the criminal was inserted did not respond in unison to the mentality behind the crime committed, and someone informed the police about the possible evidence that one was committing a crime. But would it have the same outcome if it had happened in a place that fully absorbed the idea behind illicit conduct, as in a specific thematic forum within the Dark Web where anonymity is assured? The feared truth is that you only fight what is known to exist.

What is certain is that there is still no abundant, effective or direct regulation that allows the prevention, detection and combat of money laundering through Dark Web or through the use of cryptocurrencies. Far from it. There is today what may be considered to be a draft legislation, still incipient, only in some developed countries, in some operations and in cases where these are declared (usually by official exchange houses). Regulation, fiscalization and control of cryptocurrency is something that may still be non-existent when compared to the official currencies. And it should be remembered that Bitcoin is just one of many existing cryptocurrencies, and of those still to exist. There are already others of this kind in development, that promises, for example, absolute anonymity and encrypted blockchains (and no more transparent like those from Bitcoins) such as StealthCoin<sup>14</sup> and Vertcoin<sup>15</sup>, designed to openly prevent state regulation, in line with “A Cypherpunk’s Manifesto” and “The Crypto Anarchist Manifesto”.

Especifically regarding money laundering through Bitcoins, the laundering process can be done by the use of cryptocurrency in its original form (virtual/digital, through direct transfer), or by the undetectable transference of amounts arising from illegal acts from one country to another through digital means - for further conversion into local official currency or in foreign currency (which can be done, for example, by conversion with payment in cash, between individuals or through a fake business). The absence of regulation is definitely a driving force behind this system, but even if regulation was there, it is not known how effective it could be, due to the nature of the tools used.

In this context, the struggle for the adoption of virtual currencies in the daily lives of ordinary people around the globe intensifies every day and aggravates the scenario. More and more people are attracted to the virtual world of Bitcoin to facilitate international transfers of values - now complex, expensive and slow if made with official currencies and through central banks - and to avoid bank charges. More and more ordinary people have embraced the use of cryptocurrencies, and many commercial establishments have been receptive to the idea of using them. If, on the one hand, this gives the tax layers a relief, in the sense that the transactions carried out in Bitcoins may be taxed, even indirectly, as income, for example, on the other hand, arouse criminal layers, since it will continue to be impossible impossible to trace the payers, the origin and nationality of the amounts transferred in the transactions.

The acceptance of cryptocurrencies in the daily life can be a nightmare for authorities and countries, because it will become increasingly easy to use the values virtually accumulated by criminals, without the need for conversion into official currency of any country - which

<sup>13</sup> Armin Meiwes, “The Cannibal of Rotenburg”, is a German who became internationally known for eating, after killing, a voluntary victim with whom he had arranged the meeting via the Internet. After finishing consuming the corpse, he placed another ad on the Internet, was denounced by an Internet user and later arrested (Wikipedia).

<sup>14</sup> Available at <https://www.stealth-coin.com>.

<sup>15</sup> Available at <https://vertcoin.org>.

today is it is still the weakest link in such a scheme. Virtual currencies are as good as their purchasing power - after all, a currency is nothing more than an instrument of exchange and concentration of wealth. For all intents and purposes, Bitcoin is today a form of money, such as the Dollar, the Real or the Euro (SILVA, 2014), even though it still has its use almost totally limited to the virtual world. If, however, amounts derived from ilegal practices can be spent directly on virtual currencies, once the amounts are converted to their equivalent in cryptocurrencies, it will be virtually impossible to prove the practice of money laundering and impunity will remain assured.

Even if there is an attempt to regulate, due to the characteristics of the cryptocurrencies, it will only be effective to the extent that it is able to efficiently discipline the conversion of virtual currencies into traditional currencies. The problem is that the virtual currency knows no boundaries, but the jurisdiction of each country, yes. Achieving a level of international cooperation that ensured an effective regulation of cryptocurrencies in a short-term would require a surreal effort and optimism, given the peculiarities, goals, and priorities of each nation. And the achievement of such long-term cooperation - which is the most realistic scenario - can be ineffective, since there is a real possibility that until then, virtual currencies gain autonomy and independence, leaving the world totally virtual and integrating the day-to-day life of people - mainly because the technology needed for their daily use already exists: the smartphones that everyone carries in their pockets.

Of course, we can not speculate about the future of the economy and the possible use of cryptocurrencies in people's daily lives, but it is a possible scenario and would certainly impact the way money laundering would be practiced. The city council of Zug, Switzerland, for example, even though experimentally, has been receiving fees from some public services in Bitcoin since July 2016 (NEGHAIWI, 2016; BBC.COM, 2016). And before that, in 2013, the SIX Interbank Clearing, which operates on behalf of the Swiss National Bank and composes several international payment standardization committees, endorsed the use of the International Standards Organization (ISO) code for Bitcoin, the XTB, an acronym for which is now officially known in the foreign exchange markets (MATONIS, 2013). Microsoft today receives payment for its services through Bitcoin (MICROSOFT.COM, 2017). As Silva argues, "surely, we are witnessing the initial steps of a globalized currency, free, transparent and open-source"<sup>16</sup> (SILVA, 2014). The technologies have evolved faster than the law has been able to follow, and therefore it is necessary that the legal sciences awaken to this reality and become more dynamic and able to keep up with the pace of the changes.

The same is true of the Dark Web environment, which is a environment that amplifies and fosters the misuse of cryptocurrency: the more users adhere to its use, the more difficult it becomes the harder it is to use any kind of monitoring tools that has already been developed or that is yet to be invented. This is because of the fact that the increase in the number of users also increases the volume of encrypted information to be searched, as well as allows the creation of larger, more fragmented and more complex routes used by softwares such as TOR.

And cryptography activists against state control do not want to stop. On the contrary, they openly declare their goals, as Jacob Appelbaum, cypherpunk belonging to the core of the TOR network anonymity project, stated in the documentary *Deep Web* (2015)<sup>17</sup>

Force of authority is derived from violence. One must acknowledge that, with cryptography, no amount of violence will ever solve a math problem. This is the important key. It does not mean that you can not be tortured. It does not mean they can not try to bug your house or try to subvert you in some way, but it means that if they find

---

<sup>16</sup> Free code, open to public development.

<sup>17</sup> Available on Netflix.com.

an encrypted message, it does not matter if they have the force of the authority behind. Everything that they do, they can not solve that math problem. (WINTER, 2015)

If access data exchanged for mere everyday messaging applications has proved to be a Herculean task for the national judiciary, as was recently seen in the case that cause the blockage of the WhatsApp messaging application throughout Brazil by force of a Court order (MIGALHAS, 2017), an environment completely encrypted, then, represents a new paradigm still to be understood and unveiled.

However, the impact of these technologies on the money laundering crime does not end with these issues. Protected by anonymity, the creativity of criminals takes forms never thought of in the physical, real and palpable world. In addition to the traditional ways of money laundering and the possibility of anonymous use of value in the virtual world, there is also a Bitcoins laundry, available for those who want to hire – offered in the same way that drugs are offered on pages like Silk Road. With the Bitcoins laundry, the transference of any figure in this cryptocurrency can not even be traced inside the blockchains. The amount to be transferred is fragmented smaller values, divided irregularly, which are transferred several times between different people so that, in the end, they reach the destination by summing the transfers – as does the EasyCoin page in the Dark Web, which auto entitled “Bitcoin Mixer/Laundry” (CIANCAGLINI et al, 2015).

## 5 FINAL CONSIDERATIONS

The absence of privacy in modern society raises, in fact, real concerns. We live no longer under the constant monitoring of surveillance cameras almost everywhere, but we also have our intimate life exposed. Our data is no longer ours, our lives - today largely embedded in the digital world - and our habits are continually tracked and cataloged by companies and governments. How much we earn, where we go, who we talk to, what we buy, everything is recorded and transforms into metadata or even in a personal profile record. Everything seems to be valid in the name of profit and national security.

In this seemingly hostile scenario, pro-privacy activists organize and declare war against the control, which they do not consider legitimate. The mechanisms used on this war are only meant to guarantee your privacy and the privacy of so many more who want your protection. They have created secure communication protocols, systems that prevents tracking efficiently, and untraceable cryptocurrencies that now transcend the boundaries of the virtual world and enters the world of ordinary people. We live in an age that even twentieth-century science fiction could not predict.

Using the required expertise, it is possible for a malicious person within Dark Web to provide, access and exchange information without its identification or location. Hundreds of thousands of dollars circulate in Bitcoins around the world every hour without the knowledge of any government. The control that was previously made physically in airport boarding areas in search of money in kind, which later came to be realized within the computer systems of central banks, nowadays does not exist in the universe of virtual encrypted currencies, such as Bitcoin. Current laws show signs of weariness in its fight against money laundering and in favor of the modern Democratic State.

Changes are needed, but not just in the laws, as some boast. It is necessary to change the way of thinking, to foresee the future and to ensure compliance with laws without suffocating the citizen of goodwill, who is generally who docilely absorbs the imposed regulations. A new social reality is in the planning stage and the operators of the law need to awaken to this

construction, dealing not only with the already clarified issues but also with the unknowns of a world that, even in its most elementary form, seems to be a mystery to most ordinary people: the digital world, which increasingly ceases to be virtual and takes shape in people's daily lives.

In this process, the traditional dogmatic needs to be replaced by transdisciplinary dialogue. The law must realize that this reality can only be overcome with the technical support of other areas of knowledge. After all, if the Law deals with the "must be", it is necessary before we constantly understand what the "being" represents today, otherwise it will become obsolete and outdated in some cases.

## REFERENCES

BARRET, Brian. Most Top Websites Still Do not Use the Basic Security Feature. **Wired**, 17 Mar. 2016. Available at: <<https://www.wired.com/2016/03/https-adoption-google-report/>> Accessed on: 12 Dec. 2016.

BBC.COM. **Swiss Council to accept Bitcoin payments**. 10 mai. 2016. Available at: <<http://www.bbc.com/news/blogs-news-from-elsewhere-36257465>> Accessed on: 15 Dec. 2016.

\_\_\_\_\_. **O que se sabe até agora do 'sequestro' de computadores em grandes empresas ao redor do mundo**. 12 mai. 2017. Available at: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-39903918>> Accessed on: 17 May 2017.

BITCOIN.COM. **What is Bitcoin?** Available at: <<https://www.bitcoin.com>> Accessed on: 13 Dec. 2016.

BITCOIN.ORG. **How does Bitcoin work?** Available at: <<https://bitcoin.org/en/how-it-works>> Accessed on: 13 Dec. 2016.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot, **Lavagem de dinheiro: fenomenologia, Bem Jurídico Protegido e Aspectos Penais Relevante**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena. Blanqueo de capitales y el tráfico de drogas en la deep web: el avance de la delincuencia virtual. In: Caty Vidales Rodrigues. (Org.). **Tráfico de Drogas y Delincuencia Conexa**. 1st ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, v. 01, p. 405-424.

BRANDON, John. Why Email Will Be Obsolete by 2020. **Inc.com**, 16 Apr. 2015. Available at: <<http://www.inc.com/john-brandon/why-email-will-be-obsolete-by-2020.html>> Accessed on: 12 Jan. 2017.

CCM BENCHMARK GROUP. **História da Internet**. Available at: <<http://ccm.net/contents/231-historia-da-internet>> Accessed on 14 Dec. 2016.

CIANCAGLINI, Vincenzo et al. **Below the Surface: Exploring the Deep Web**. 2015. Available at: <[https://www.trendmicro.com/cloud-content/us/pdfs/security-intelligence/white-papers/wp\\_below\\_the\\_surface.pdf](https://www.trendmicro.com/cloud-content/us/pdfs/security-intelligence/white-papers/wp_below_the_surface.pdf)> Accessed on: 03 Dec. 2016.

CRESPO, Marcelo. Deep Web: o submundo do crime. **Jusbrasil**, 2015. Available at: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/211380741/deep-web-o-submundo-do-crime>> Accessed on: 06 Dec. 2016.

G1.COM. **Ciberataques em larga escala atingem empresas no mundo e afetam Brasil**. 12 mai. 2017. Available at: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/hospitais-publicos-na-inglaterra-sao-alvo-cyber-ataques-em-larga-escala.ghtml>> Accessed on: 12 May. 2017.

GOOGLE.COM. Como exibir seus anúncios acima dos resultados da pesquisa do Google. **Google Ads Help**. Available at: <<https://support.google.com/adwords/answer/1722087?hl=en>> Accessed on: 04 Dec. 2016.

\_\_\_\_\_. HTTPS nos principais sites. **Google Ads Help**. Available at: <<https://www.google.com/transparencyreport/https/grid/>> Accessed on: 06 Dec. 2016.

INIESTA, Diego J. Gómez, **El Delito de Blanqueo de Capitales en el Derecho Español**, Barcelona: Cedecs, 1996.

HUGHES, Eric. A Cypherpunk's Manifesto. **Electronic Frontier Foundation**, 1993. Available at: <[https://w2.eff.org/Privacy/Crypto/Crypto\\_misc/cypherpunk.manifesto](https://w2.eff.org/Privacy/Crypto/Crypto_misc/cypherpunk.manifesto)>. Accessed on: Dec. 13 2016.

KIVIAT, Trevor I. BEYOND BITCOIN: issues in regulating blockchain transactions. **Duke Law Journal**. p. 569-608, v. 65. 2015. Available at: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol65/iss3/4>>. Accessed on: 01 Dec. 2016.

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena: **Lavagem de Dinheiro e Paraísos Fiscais: a Captura da Economia pelo Crime Organizado**. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2018.

MARTINS, Elaine. **O que é um backbone?** TechMundo, 10 Mar. 2009. Available at: <<https://www.tecmundo.com.br/conexao/1713-oque-e-backbone-.htm>>. Accessed on: 06 Dec. 2016.

MATONIS, Jon. Bitcoin gaining market-based legitimacy as the XBT. **CoinDesk**, 17 Sept. 2013. Available at: <<http://www.coindesk.com/bitcoin-gaining-market-based-legitimacy-xbt/>> Accessed on: 15 Dec. 2016.

MAY, Timothy C. **The Crypto Anarchist Manifesto**. 1992. Available at: <<http://www.activism.net/cypherpunk/crypto-anarchy.html>> Accessed on: 07 Dec. 2016.

MICROSOFT.COM. **Adicionar crédito a sua conta da Microsoft usando Bitcoins**. 12 May 2017. Available at: <<https://support.microsoft.com/pt-br/help/13942/microsoft-account-add-money-with-bitcoin>> Accessed on: 12 May 2017

MIGALHAS. **Juiz que determinou bloqueio do WhatsApp diz que empresa zomba do Judiciário**. 17 set. 2013. Available at: <<http://www.migalhas.com.br/s/17,MI240083,101048Jui+z+que+determinou+bloqueio+do+WhatsApp+diz+que+empresa+zomba+do>> Accessed on: 12 mai. 2017.

MITCHELL, Bradley. What is an IP Address? **Lifewire**, Oct. 29. 2016. Available at: <<https://www.lifewire.com/what-is-an-ip-address-818393>>. Accessed on: 10 Dec. 2016.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: **A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. Available at: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> Accessed on: Dec. 14 2016.

NEGHAUWI, Brenna Hughes. Low tax Zug aims to become Switzerland's 'Crypto Valley'. **Reuters**, 08 Sep. 2016. Available at: <<http://www.reuters.com/article/us-swiss-fintech-cryptovalley-idUSKCN11EoL9>>. Accessed on: 15 Dec. 2016.

PC MAGAZINE. **Definition of: surface Web**. Available at: <<http://www.pcmag.com/encyclopedia/term/52273/surface-web>> Accessed on: 12 dez. 2016.

ROHR, Altieres. FBI fecha Silk Road, site secreto para comércio de drogas ilícitas. **G1.com**, Oct 02 2013. Available at: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/10/fbi-fecha-silk-road-site-secreto-para-comercio-de-drogas-ilicitas.html>>. Accessed on: 12 Dec. 2016.

SILVA, Douglas Emanuel da. **Aspectos de segurança na rede Bitcoin**. In: Coletânea Luso-Brasileira: Gestão da Informação, Cooperação em Redes e Competitividade. Francisco Alberto Severo de Almeida; Armando Barreto Malheiro da Silva, Mário José Batista Franco and Carla Conti de Freitas (organizers). Porto (Portugal): University of Porto, 2014, p. 221-249.

SOUZA, Ramon de. Além dos bitcoins: conheça outras moedas virtuais. **TechMundo**, Nov 05 2013. Available at: <<https://www.tecmundo.com.br/bitcoin/46659-alem-dos-bitcoins-conheca-outras-moedas-virtuais.htm>>. Accessed on: 11 Dec. 2016.

UNIVERSIDADE DO MINHO. Museu Virtual da Informática do Departamento de Sistemas de Informação. **Breve história da INTERNET**. Available at: <<http://piano.dsi.uminho.pt/museuv/INTERNET.PDF>> Acesso em: 14 dez. 2016.

TAYLOR, McCartney. Deep Web vs. Surface Web. **Deep Web Search**. Available at: <<http://deep-web.org/what-is-the-deep-web/deep-web-vs-surface-web/>>. Accessed on: 13 Dec. 2016.

WINTER, Alex; SCHILLER, Marc; ZIPPER, **Glen**. **Deep Web**. [Movie-video]. Production of Alex Winter, Marc Schiller and Glen Zipper. Available on: <<http://www.netflix.com>> Accessed on: 13 Dec. 2015.

YANDEX.COM. **What is a search engine robot**. Available at: <<https://yandex.com/support/webmaster/robot-workings/robot.xml>> Accessed on: 07 dez. 2016.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A ERA DAS NANOTECNOLOGIAS NO MERCADO  
CONSUMIDOR: A INSERÇÃO DOS “NANOPRODUTOS”  
AO COTIDIANO E O DIREITO À INFORMAÇÃO

DANIELE WEBER DA SILVA LEAL  
RAQUEL VON HOHENDORFF

# A ERA DAS NANOTECNOLOGIAS NO MERCADO CONSUMIDOR: A INSERÇÃO DOS “NANOPRODUTOS” AO COTIDIANO E O DIREITO À INFORMAÇÃO

## THE NANOTECHNOLOGIES ERA IN THE CONSUMER MARKET: THE INSERTION OF “NANOPRODUCTS” TO THE DAILY AND THE RIGHT TO INFORMATION

Recebido: 29/07/2018  
Aprovado: 11/10/2018

Daniele Weber da Silva Leal\*  
Raquel Von Hohendorff\*\*

**RESUMO:** As nanotecnologias são um novo e revolucionário conjunto de tecnologias, que trabalham na bilionésima parte do metro, elaborando produtos novos, com características físico-químicas desconhecidas, submetendo o consumidor a riscos incalculáveis. Estes produtos são lançados no mercado todos os dias e apenas uma pequena parcela dos consumidores possui algum tipo de informação. A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos do mercado, e este é um pré-requisito para o exercício do direito de escolher o que consumir. Portanto, a informação sobre o risco nanotecnológico chega ao consumidor? O Direito à informação está sendo respeitado neste contexto das nanotecnologias? Existe na legislação brasileira algum instrumento que fomente a proteção do consumidor face este direito? Será utilizado o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico e como métodos de procedimento o histórico e o comparativo, além da pesquisa bibliográfica e legislativa e textos normativos de diversos organismos internacionais. Como hipótese provisória, observa-se no cenário brasileiro dispositivos legais e constitucionais que fomentam o Direito à Informação ao nanoconsumidor, fazendo jus ainda à precaução exigida nesta complexidade, preconizando também a gestão do risco.

**Palavras-chave:** Direito à informação. Nanotecnologias. Mercado consumidor. Código de defesa do consumidor.

**ABSTRACT:** Nanotechnologies are a new and revolutionary set of technologies that work on the billionth of the meter, developing new products with unknown physicochemical characteristics, subjecting the consumer to incalculable risks. These products are launched on the market every day and only a small portion of consumers have some kind of information. Society has the fundamental right to know the composition of products on the market, and this is a prerequisite for exercising the right to choose what to consume. So the information on nanotechnology risk reaches the consumer? Is the right to information being respected in this context of nanotechnologies? Is there in Brazilian law any instrument that promotes consumer protection against this right? The method of phenomenological-hermeneutic approach will be used as methods of historical and comparative procedures, as well as bibliographical and legislative

\* Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”; Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG). Graduada pela Unisinos. Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Professora da FACCAT -Faculdades Integradas de Taquara-RS, nas disciplinas Metodologia Científica e do curso de Direito, Bioética e Biodireito e Ética Profissional; Advogada. E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br

\*\* Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos/RS. Especialista em Processo e Direito do Trabalho pela UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Professora do mesmo PPG e na graduação-Unisinos. Advogada. E-mail: vetraq@gmail.com

research and normative texts of various international organizations. As a provisional hypothesis, it is observed in the Brazilian scenario legal and constitutional devices that promote the Right to Information to the nonstick consumer, while still being fair to the precaution required in this complexity, also recommending risk management.

**Keywords:** Information's right. Nanotechnologies. Consumer market. Consumer protection code.

## 1 INTRODUÇÃO

As nanotecnologias representam a utilização da escala nanométrica – que equivale à bilionésima parte do metro – em variados setores e segmentos da indústria, gerando produtos com características totalmente novas, se equiparadas àquelas que seus similares em escala macro apresentam.

Este texto pretende estudar os contornos do direito à informação – contemplado no art.31, do CDC e Constituição Federal de 1988 – frente ao ingresso crescente de produtos desenvolvido a partir das nanotecnologias no mercado consumidor.

As *nanos* são apresentadas como um novo e revolucionário conjunto de tecnologias, operando numa escala sempre existente na natureza, mas somente viabilizadas ao ser humano a partir do final do Século XX, dado o desenvolvimento de equipamentos em condições de vislumbrar na ordem de um bilionésimo do metro.

Nesta ordem de grandeza, as propriedades físico-químicas das coisas sofrem modificações consideráveis, como a maior condutividade elétrica, aumento da resistência dos materiais, quanto menor for a superfície maior é a concentração de átomos e moléculas na camada superficial, novos resultados na interação dos materiais com o meio ambiente e o ser humano, provocando efeitos tóxicos ainda pouco conhecidos, o material que na escala maior é estável, isolante e opaco, na escala nano poderá ser reativo, condutor e transparente.

Por outro lado, as possibilidades financeiras destas aplicações são quase infinitas, podendo proporcionar um desenvolvimento econômico sem precedentes na história da humanidade. Aí se tem o desenho do desafio que as nanotecnologias estão trazendo para a sociedade contemporânea: ganhos econômicos e possibilidade de atendimento às necessidades humanas mostram-se quase ilimitados, mas com a potencialização de riscos invisíveis e incalculáveis, que poderão destruir o Planeta Terra, inviabilizando a própria continuidade da vida.

Esta é a encruzilhada que se desenha para o Direito e as demais áreas do conhecimento envolvidas com a Revolução Nanotecnocientífica, ou seja, encontrar alternativas seguras e responsáveis para lidar com o presente-futuro da vida de todos os seres vivos sobre a face da Terra, permitindo o aproveitamento saudável das contribuições científicas produzidas pela inteligência humana.

O problema que se pretende enfrentar: sob quais condições o direito à informação que já integra a legislação consumerista brasileira poderá disciplinar a instalação segura no mercado consumidor? A hipótese de trabalho, a partir deste problema, é: levando-se em conta todos os elementos que compõem o direito à informação do consumidor inscritos no CDC e CF/88, se devidamente aplicados poderão assegurar um aceitável nível de segurança para o nanoconsumidor.

Dentre os objetivos deste trabalho se encontra a divulgação do potencial inovador das nanotecnologias; a pesquisa sobre produtos que já tragam no seu conteúdo e/ou no processo

produtivo alguma nanopartícula; estudar os elementos componentes do direito à informação, especialmente a partir do art. 31, do CDC; discutir algumas pesquisas que apontam riscos no tocante às nanopartículas.

O trabalho será desenvolvido a partir do método de abordagem denominado método fenomenológico-hermenêutico; como métodos de procedimento se utilizarão: método histórico, comparativo e estudo de caso; as técnicas de pesquisa manejadas são: pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

A hipótese provisória é a de que, caso o fabricante respeite todos os ingredientes que se encontram no artigo 31, do CDC, pode-se concluir que as nanotecnologias chegarão ao mercado consumidor, permitindo uma escolha adequada, dentro de um nível humana e ambientalmente tolerável, a partir de uma relação de responsabilidade prospectiva entre os pesquisadores, fabricantes e consumidores e uma adequada gestão dos riscos presentes e futuros.

Todos acabam sendo consumidores de “nano produtos”. No entanto, uma pequena parcela destes “todos” sabe alguma coisa sobre as nanotecnologias. Portanto, aí se desenha um importante espaço para o alinhamento dos contornos do chamado “direito à informação”.

## 2 AS NOVIDADES DA ERA NANOTECNOLÓGICA: DOS BENEFÍCIOS À POTENCIALIDADE DOS RISCOS

As nanotecnologias representam um conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtidas graças ao desenvolvimento de equipamentos especiais<sup>2</sup>, que conseguem acessar as propriedades especiais da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas<sup>3</sup>, isto é, um nanômetro corresponde à bilionésima parte de um metro ou à notação científica de  $10^{-9}$ . A expressão *nanotecnologia* deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *techne* que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento. Atualmente, as variadas tecnologias que viabilizam a operação em escala nano trazem consigo muitas incertezas, especialmente concernentes à possibilidade de riscos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente (DURÁN; MATTOSO; MORAIS, 2006). Observando-se as características da Quarta Revolução Industrial, percebe-se que seus impactos terão reflexos nas inter-relações entre o homem e a tecnologia (os impactos em relação ao indivíduo, ao poder, a política e a economia e os reflexos sobre a cultura, sociedade e o meio ambiente). (ENGELMANN, 2017, p.248).

Estas novas tecnologias estão em quase todos os setores produtivos, que se encontram disponíveis na atualidade. O que está contido nesta palavra? A manipulação e a produção na escala atômica, ou seja, na bilionésima parte do metro, que equivale à notação científica  $10^{-9}$ . De acordo com o Comitê Técnico 229 da ISO (*International Organization for Standardization*), a utilização da escala nanométrica pode ser encontrada nos seguintes setores, aqui exemplificativamente apresentados: têxteis, plásticos, embalagens para alimentos, agricultura (SUPAN, 2015) material de construção, medicamentos, diagnóstico de doença, protetores solares, medicamentos, equipamentos médicos (ABBONDANZA, 2015, p.6) e odontológicos,

---

<sup>2</sup> Como microscópios de varredura eletrônica e outros “nanoscópios”, que tem condições de permitir que se visualize a escala nanométrica, que está na escala atômica.

<sup>3</sup> “Los nanomateriales no son nuevos, y no todos son sintéticos: están presentes en la naturaleza y están en todas partes. Lo que sí resulta novedoso es nuestra capacidad para manipular esos materiales comunes con un objetivo funcional. En el mundo natural, los nanomateriales aparecen en el esqueleto del plancton marino y los corales; en el pico y las plumas de las aves; en el pelo y la matriz ósea de los animales, incluida la especie humana; en las telas de araña; en las escamas y las alas; e incluso en el papel, la seda y el algodón. También existen en la naturaleza nanomateriales inorgánicos como ciertas arcillas, las cenizas volcánicas, el hollín, el polvo interestelar y determinados minerales. Los nanomateriales naturales son fundamentalmente el resultado de una serie de procesos químicos, fotoquímicos, mecánicos y biológicos.” (PNUMA, 2017, p. 24).

energia, equipamentos esportivos, equipamentos bélicos e equipamentos eletrônicos (ISO TC 229, 2018).

A nanotecnologia exibe um alto grau de interdisciplinaridade. Biólogos, químicos, físicos, médicos e engenheiros contribuem com suas experiências e ideias para gerar aplicações e produtos inovadores para a sociedade. Isso requer uma colaboração intensiva baseada na divisão do trabalho e um alto nível de compreensão de outras disciplinas (GERMANY, 2016), onde se situa o Direito e outras Ciências Sociais Aplicadas e também as denominadas Ciências Humanas.

Pode ainda ser definida como a ciência da manipulação de matéria na escala nanométrica, a fim de descobrir novas propriedades e assim produzir novos produtos. Nos últimos 30 anos, uma quantidade considerável de interesse científico e financiamento de pesquisa e desenvolvimento dedicado à nanotecnologia levou a desenvolvimentos rápidos em todas as áreas de ciência e engenharia, incluindo química, materiais, energia, medicina, biotecnologia, agricultura, alimentos, dispositivos eletrônicos e produtos de consumo. Somente nos EUA, o governo federal gastou mais de US \$ 22 bilhões em pesquisa em nanotecnologia desde 2001 (CHENG et al, 2016).

Os avanços nas áreas de nanociência e nanotecnologia resultaram em inúmeras possibilidades para aplicações de produtos de consumo, muitas dos quais já migraram de bancos de laboratório para prateleiras de lojas e sites de comércio eletrônico. Os nanomateriais foram cada vez mais incorporados aos produtos de consumo, embora a pesquisa ainda esteja em andamento sobre seus potenciais efeitos no meio ambiente e na saúde humana (VAN CE et al, 2015).

O tema das nanotecnologias integra a Estratégia do Programa Quadro *Horizonte 2020* da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p.09-10), estabelecendo expressamente:

As tecnologias facilitadoras essenciais, como, por exemplo, a indústria de ponta e de materiais avançados, a biotecnologia e as nanotecnologias, estão no cerne dos produtos inovadores: telefones inteligentes, baterias de alto rendimento, veículos ligeiros, nanomedicamentos, tecidos inteligentes e muito mais. A indústria transformadora europeia é o maior empregador, com 31 milhões de trabalhadores em toda a Europa.-

Para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *Nanotechnology Products Database* (NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução nossa) -, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 8219 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1941 companhias, oriundos de 56 países. Desta forma, a nanotecnologia aparece diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas (INTRODUCTION, 2018).

A apresentação de novidades trazidas pela pesquisa ou desenvolvimento de novos produtos sempre acarreta um certo nível de risco (BARBAT, 2016, p.213). Para o Sistema do Direito, gera a necessidade de normatizar os riscos e os danos futuros com criatividade e modelos flexíveis, que possam ser facilmente modificados e atualizados em atendimento ao mesmo movimento das atualidades nanotecnológicas.

O que é um grande desafio, pois o Direito sempre avaliou os fatos do passado, atribuindo-lhes efeitos jurídicos no presente, determinando como deveria ser o comportamento

no futuro. No caso das nanotecnologias, os efeitos que poderão surgir – riscos e danos – no futuro e no presente, ainda são pouco conhecidos<sup>4</sup>. E esse também é o problema da regulação legislativa estatal sobre a matéria: ainda não se tem informações científicas suficientes para uma regulação formal. Busca-se sinalizar quais seriam as possibilidades de (auto)regulação para esse cenário de riscos, muitos dos quais ainda desconhecidos, que projetam para o futuro uma eventualidade de ocorrência de danos.

O tamanho pequeno dos nanomateriais leva à preocupação sobre se eles podem atravessar membranas biológicas e, assim, ser tomadas por células e órgãos. Além disso, partículas pequenas podem se acumular profundamente nos pulmões se inaladas e permanecer lá por um longo período, porque eles são limpos lentamente a partir desta parte do pulmão. Existe também a preocupação de que o aumento da reatividade de materiais conhecidos na nanoforma pode levar a efeitos aumentados ou indesejados nos seres humanos e no ambiente (CHRISTENSEN, 2015).

Em razão do tamanho os materiais passam a ser regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está habituada, abrindo possibilidades de que as nanopartículas apresentem maior grau de toxicidade do que em tamanhos maiores, esta é a razão pela qual existe a necessidade de se avaliar os riscos que existem decorrentes da manipulação, desenvolvimento e aplicação destas novas tecnologias, observando a toxicidade, os métodos apropriados para testes em toxicidade, bem como os impactos na saúde humana e ambiental (HOHENDORFF, ENGELMANN, 2014. p. 26-27.)

A entrada da nanotecnologia na fabricação de objetos tem sido comparada com o advento das tecnologias anteriores que têm afetado profundamente as sociedades modernas, tais como plásticos, semicondutores e até mesmo a eletricidade. Aplicações da nanotecnologia prometem melhorias transformadoras em desempenho materiais e longevidade para a eletrônica, medicina, energia, construção, máquinas-ferramentas, agricultura, transporte, vestuário, e outras áreas (BERGER, 2018).

Como há um crescente interesse na produção de nanomateriais, deve-se considerar o potencial destes materiais como contaminantes ambientais. Assim, ainda existem inúmeras questões sem respostas, que precisam ser discutidas e refletidas, como por exemplo, quais são as principais vias de contato/interação dos nanomateriais com os biosistemas? Através de qual meio (aquático, aéreo ou terrestre) os nanomateriais penetram no ambiente? São solúveis em água? Qual é a toxicidade desses materiais frente aos biosistemas? Quais mecanismos de interação estão envolvidos? É possível remover ou remediar nanomateriais do ambiente caso ocorra algum acidente? Qual é o ciclo de vida dos produtos contendo esses materiais nanométricos? (MARTINEZ, ALVES, 2013, p.33).

Discorrem Baruah e Dutta (2009, p.201-202) sobre o risco e formas de entrada de nanopartículas no corpo humano, em que as partículas podem interferir na sinalização celular e levanta questões sobre segurança e efeitos adversos. Outro estudo demonstra possíveis efeitos tóxicos no cérebro (neurotoxicidade) dos peixes Zebrafish (*Danio rerio*) expostos aos nanotubos de carbono (DALFORNO et al, 2013). Compostos da indústria de nanotecnologia, como os nanomateriais à base de carbono, são fortes candidatos a contaminar ambientes aquáticos, pois sua produção e eliminação têm crescido exponencialmente em poucos anos, sem que se tenha estudos conclusivos sobre a sua efetiva interação com o meio ambiente. Recente estudo demonstrou que o fulereno C60 diminuiu a viabilidade das células e prejudicou a detoxificação de enzimas, evidenciando interações toxicológicas (FERREIRA et al., 2014).

---

<sup>4</sup> O ser humano está construindo um mundo perigoso, parafraseando um livro de DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. 2010.

Apesar destas evidências, os gastos direcionados pela *National Nanotechnology Initiative* (NNI), dos Estados Unidos, para o desenvolvimento de produtos a partir da escala nanométrica são muito superiores do que os gastos com testes de segurança (BEHAR; FUGERE; PASSOFF, 2013): em 2011, foram gastos 1,847 bilhões de dólares com o desenvolvimento de produtos, contra 88 milhões de dólares para testes de segurança (saúde e segurança ambiental); já em 2012, foram gastos 1,690 bilhões de dólares com o desenvolvimento de produtos, contra 102,7 milhões de dólares para a realização de testes de segurança; para o ano de 2013, foram propostos os seguintes valores: 1,760 bilhões de dólares para o desenvolvimento de produtos e 105,4 milhões de dólares para testes de segurança. Estes números mostram a ampla valorização dos aspectos positivos (as possibilidades) prospectadas para as nanotecnologias, que acabam obnubilando os estudos sobre riscos que a manipulação em nano escala poderão gerar (os aspectos negativos).

Além dos estudos sobre a toxicidade dos nanomateriais, as estratégias de gestão de risco para prevenir a exposição dos trabalhadores e evitar mais amplos problemas de saúde pública devem ser desenvolvidas por instituições de pesquisa, indústrias e agências governamentais.

A Política Nacional de Nanotecnologia precisa incorporar, de forma mais sistemática e estimular com instrumentos mais concretos, a investigação dos impactos econômicos, sociais, legais e éticos das nanotecnologias, reforçar os estudos sobre riscos à saúde e ao meio ambiente e as estratégias de comunicação pública sobre o conjunto de questões relacionadas com estas tecnologias emergentes (INVERNIZZI et al, 2008, p. 79).

Portanto, há evidências científicas de que os riscos poderão ser produzidos a partir de múltiplas fontes. Apesar das promessas substanciais da nanotecnologia, se vislumbram várias áreas de preocupação, que motivam os atuais pedidos por regulação. Uma vez que se apresenta o contexto de risco, necessário que seja fomentado e protegido o Direito à informação, proporcionando ao consumidor que o mesmo possa efetuar sua opção pelo produto, ciente dos riscos.

Entre os possíveis riscos estão: a) a segurança do trabalhador na fabricação ou uso de partículas nanométricas; b) a segurança do consumidor na utilização ou aplicação de bens baseados na tecnologia nanotecnológica; c) danos ambientais causados pela produção de resíduos e fabricação de produtos acabados que possam contaminar o ar, a água ou o solo; d) convulsões socioeconômicas, incluindo rupturas econômicas em economias baseadas em agricultura, matérias-primas ou trabalho; e) consequências imprevistas de nanotecnologias descontroladas; f) uso governamental/estatal de nanotecnologias para conter as liberdades civis; g) aplicações militares; h) uso das nanotecnologias nas mãos de terroristas ou outros criminosos (MARCHANT, SYLVESTER, 2006, p. 714-725).

Vale dizer, há mais perguntas do que respostas (BUBZY, 2010, p. 530) Os impactos nocivos e riscos potenciais à saúde humana e animal, ao meio ambiente e até em relação ao comportamento humano são ainda pouco conhecidos (ABDI, 2010, p. 40). Para a avaliação desses aspectos, deverão ser aperfeiçoados e desenvolvidos testes que busquem identificar: “(i) suas propriedades físico-químicas; (ii) seu potencial de degradação e de acumulação no meio ambiente; (iii) sua toxicidade ambiental; e (iv) sua toxicidade com relação aos mamíferos” (ABDI, 2010, p. 41).

É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade consumidora, ou seja, para que os atores envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação ou não do uso das nanotecnologias e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com esta nova tecnologia. Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco

nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental de qualidade (AYALA, 2001).

A gestão dos riscos naturais, tecnológicos ou sociais solicita a multiplicação de atores e não pode ser colocada somente em termos técnicos ou estritamente securitários. As negociações devem envolver agências multilaterais, governos dos estados, empresas, associações ou grupos de pressão e a sociedade em geral, de modo a esclarecer os fatos que desencadeiam os riscos e determinar as condições para seu enfrentamento. (ZANIRATTO et al, 2008).

Ante a complexidade desta nova tecnologia, refletindo em possíveis impactos danosos às futuras gerações (bem como ainda poderá atingir a atualidade), urge que o Sistema do Direito procure uma alternativa jurídica a fim de proporcionar a proteção do consumidor através do dever/direito à informação, estabelecendo que se apresentem tanto os pontos benéficos desta nova tecnologia quanto os potenciais danos e cenário de risco.

A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos do mercado, e este é um pré-requisito para o exercício do direito de escolher o que consumir. Torna-se necessária a discussão acerca do princípio da informação, corolário do dever de informação que cabe ao produtor, visando à proteção do consumidor de produtos nanotecnológicos.

### **3 O DIREITO/DEVER DE INFORMAÇÃO NO CONTEXTO DAS NANOTECNOLOGIAS: É POSSÍVEL ENCONTRAR DISPOSITIVOS PROTETIVOS AO NANOCONSUMIDOR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA?**

A gestão do risco permeia o direito à informação e o dever de informar. Mas e quem faz esta gestão? Para quem ela é feita? Como se poderá fazer esta gestão? “Na verdade, não temos problema algum em gerenciar riscos, mesmo riscos de vida. O que o indivíduo não aceita é que um risco de dano a ele seja gerenciado por outrem, sem seu devido conhecimento e sua completa compreensão” (HARTMANN, 2011, p. 544). Este é o ponto: por meio das nanotecnologias são elaborados produtos novos, apresentam partículas com características físico-químicas desconhecidas, mas são adicionadas sem nenhum controle, submetendo o consumidor a riscos incalculáveis.

O avanço das nanotecnologias, num conjunto crescente de aplicações, começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. Por outro lado, as pesquisas e os produtos que advirão desta intervenção humana nas forças naturais exigirão a divulgação das informações ao mercado produtor e consumidor, pois há, inclusive, previsão constitucional deste direito fundamental, qual seja, o “direito à informação”, como um direito subjetivo que nasce com o dever subjetivo do empresário: o “dever de informar”.

O direito à informação trata de um direito coletivo da informação ou do direito da coletividade à informação; o direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformação de meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa. Ao lado do direito individual corrobore-se o direito coletivo (SILVA, 2005, p. 259).

Foi levando em consideração a insegurança - principalmente ocupacional - quanto à utilização da nanotecnologia na indústria que a Fundação CERTI, referência nacional e internacional no suporte para a indústria no quesito das tecnologias inovadoras, desenvolveu

uma Cartilha de Nanosseguurança, que bem define a necessidade de cuidado quando o assunto é nanotecnologia:

Porém, as pequenas (ou nano!) diferenças em tamanho das partículas, formato, área superficial e/ou outras características, podem modificar drasticamente a funcionalidade, a qualidade, a ciência e, é certo, a toxicidade do nanomaterial e do produto final para quem o utilizar. A Nanosseguurança entra aí! A abordagem que trata essa cartilha tem como base o paradigma Safety by Design (Segurança obtida pelo Projeto). Porém, inclui também aspectos de segurança ocupacional (para os trabalhadores das empresas), tratando da segurança das pessoas em toda a cadeia da produção e do uso dos nanoproductos. (CERTI, 2016).

Trata-se de investir no Direito à Informação: quem consome os produtos desenvolvidos com nanotecnologia tem o direito de saber das mudanças e dos seus efeitos positivos e negativos, permitindo uma escolha consciente dos produtos que carregam essas novidades. Diversos países, dentro dos quais França, Bélgica, Suécia, Noruega, Dinamarca, China e Canadá estabeleceram a obrigatoriedade do registro pelas empresas que vendem produtos contendo nanopartículas, independente de serem por elas produzidos ou importados. Também países como Austrália, Estados Unidos, Suíça e Coreia elaboraram definições operativas de nanomateriais, mesmo que nem sempre vinculantes (ENGELMANN et al, 2015, p.87).

Um exemplo importante é quanto aos cosméticos contendo nanotecnologia, amplamente consumidos. Neste campo, dos nanocosméticos, é que se encontrou um primeiro passo para a efetivação desses direitos de informação, a nível internacional, observando o Regulamento (CE) nº 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho (UNIÃO EUROPEIA, 2009), que inovou ao ressaltar a necessidade de garantir uma avaliação da segurança do produto nanocosmético e ampla divulgação dos riscos associados a sua utilização. O documento dispõe da seguinte forma:

(29) O desenvolvimento da tecnologia pode levar a uma maior utilização de nanomateriais nos produtos cosméticos. A fim de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores, a livre circulação de mercadorias e a segurança jurídica dos fabricantes, é necessário elaborar uma definição uniforme dos nanomateriais a nível internacional. A Comunidade deverá procurar chegar a acordo sobre uma definição nos fóruns internacionais relevantes. Caso tal acordo seja obtido, a definição de nanomateriais constante do presente regulamento deverá ser adaptada em conformidade.

(30) Actualmente, a informação sobre os riscos associados aos nanomateriais é inadequada. A fim de avaliar melhor a sua segurança, o CCSC deverá prestar orientação, em colaboração com os organismos competentes, sobre metodologias de ensaio que tenham em conta as características específicas dos nanomateriais.

Dito desta maneira, percebe-se que o Brasil apresenta-se atrasado com relação a outros países do mundo em que esse assunto ganhou grande relevância. No ordenamento jurídico pátrio, inexistente atualmente qualquer legislação específica em vigor que oriente a utilização, a produção e a informação dos produtos contendo nanotecnologia.

Uma possível resposta que pode ser traçada no ordenamento jurídico atual envolve o Direito à Informação. Por estar efetivado na Constituição Federal do Brasil de 1988 no artigo 5º, inciso XIV, que dispõe da seguinte forma: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, temos constitucionalmente garantida a exigência irrenunciável da comunicação quanto a utilização das nanotecnologias nos produtos cosméticos e as suas potencialidades de risco, devendo ser “reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional positivo” (SARLET, 2003).

Portanto, encontra-se disposto no artigo 5º, incisos IV, XVI e XXXIII cumulado com os artigos 220 a 224. “É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculador pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixará de ser mera função individual para tornar-se função social”. (SILVA, 2005, p. 260).

O Direito/Dever à Informação também tem respaldo no Código de Defesa do Consumidor. Levando em conta a grande quantidade de produtos contendo nanotecnologia lançados diariamente ao mercado, o primeiro afetado com possíveis danos que esta novidade pode causar serão os consumidores, leigos no trato com essa tecnologia emergente. Por tal razão, quem consome tais produtos tem o direito de saber dos efeitos e mudanças físico-químicas dessas partículas.

Diante de tal realidade, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), pode projetar mecanismos que garantam a informação ao consumidor quanto as potencialidades das nanotecnologias. Em primeiro lugar, ao elencar os direitos básicos do consumidor no Artigo 6º, o legislador trouxe a garantia da informação em seus incisos II e III<sup>5</sup>.

Explicando o inciso III, Grinover et al ( 2011, p. 153) salienta:

É indispensável, por conseguinte, que haja uma *ligação permanente*, ou um elo de comunicação constante entre fornecedores/consumidores para que esses últimos possam efetivamente ter acesso à informações sobre os produtos e serviços.

A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos que estão à venda no mercado. É um pré-requisito para o exercício de outro direito, ou seja, o direito de escolher, de optar. Ainda no CDC observa-se outro dispositivo importante. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), por meio do seu art. 31<sup>6</sup>, estabelece uma série de requisitos que deverão ser observados quando os produtos são colocados em comercialização. Este dispositivo legal carrega no seu seio uma efetiva caracterização de elementos necessários para se conhecer o produto comprado. No entanto, não basta somente isso. A informação deverá vir acompanhada de educação. É insuficiente colocar uma série de informações no rótulo ou na propaganda do produto. Será necessário educar o consumidor para ler e interpretar, conhecer e compreender o seu conteúdo (ENGELMANN, CHERUTTI, 2013). O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

No caso do citado art. 31, do CDC, há uma referência expressa à obrigação de se informar os riscos que o produto possa gerar em relação à saúde e segurança dos consumidores. Constata-se uma falha na comunicação entre os Sistemas do Direito, da Economia e da Ciência. Esta última deverá buscar subsídios para que o Sistema do Direito possa decidir, observando as diretrizes oriundas do Sistema Econômico. Há uma marcada incerteza em todos os Sistemas Sociais que são chamados a operar com as nanotecnologias.

No caso do Sistema do Direito esta situação vem caracterizada pela inadequação da formulação legislativa consumerista relacionada ao direito à informação. Os produtos contendo

5 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

6 “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

nanopartículas estão chegando ao mercado, mas os consumidores não estão recebendo as informações adequadas, a fim de poderem exercer democraticamente o exercício de comprar ou não (ENGELMANN, HOHENDORFF, 2014).

A concretização do direito à informação auxilia na construção de um ambiente de participação democrática dos cidadãos. A concretização dessa figura constitucional (possuidora de alta carga democrática) parece ser o modelo capaz de garantir um poder cidadão, objeto das alienações e descumprimento, por parte do Poder Público (BONAVIDES, 2001, p. 25).

O “direito de saber” como a estrutura central do “direito à informação”, que é destinado à sociedade, e do “dever de informação”, dirigido ao pesquisador e empresário, deverá ser perspectivado desde o trabalho com a matéria-prima, ou seja, a produção material em estado bruto, onde se terá a exposição direta do trabalhador, além das emissões industriais. Este conjunto já atinge a população humana e o meio ambiente. Os produtos manufaturados vão ao mercado consumidor, onde eles são adquiridos, com a exposição dos consumidores, isto é, toda a sociedade. A terceira etapa é aquela onde os produtos serão descartados, incluindo as embalagens, que irão aos grandes espaços de depósito do lixo e incineração, onde teremos nova exposição dos trabalhadores e, concomitantemente, a população humana e o meio ambiente. Neste pequeno e singelo exemplo de ciclo de vida de um produto com nanopartícula mostra as diversas formas de exposição, onde se exigirá o conhecimento do que se está manipulando e quais os riscos. (ENGELMANN, 2015, p. 359-360)

Assim, “a informação, ao passar conhecimentos, vai ensejar da parte do informado a criação de novos saberes, através do estudo, da comparação ou da reflexão.” (MACHADO, 2006, p. 27.)

O cerne do “direito de saber” é justamente este conhecimento mínimo sobre os progressos científicos que são gerados nos laboratórios e, muitas vezes, fomentados pelo próprio Estado, por meio de seus órgãos de fomento (CAPES, CNPq, FINEP, FAPERGS, entre outros). Em cada momento do ciclo de vida dos nano produtos deverá ser gerado uma espécie de conhecimento que seja adequado e compreensível pelos sujeitos envolvidos (ENGELMANN, 2015, p. 360).

Resta a questão: Qual a alternativa para dar conta desta situação? O direito à informação não é exercido e o dever de informação tampouco é estimulado. Um “cuidado” anexo à abordagem precaucional é a informação e o fomento à participação pública sobre as decisões que envolvam as nanotecnologias. Não há uma resposta pronta para esta nova realidade que nos deparamos, mas é fundamental que se dê o primeiro passo e não se esquecer:

[...] para fazer evoluir a cultura científica importa que o público seja bem informado e participe, com conhecimento de causa, em debates. Promover a cultura científica faz parte de uma boa higiene democrática. É indispensável para permitir ao público compreender e orientar o progresso. O “direito de saber”, ou o “direito de ser informado”, integra o planejamento da sociedade inscrito na essência do Estado Democrático de Direito. (ENGELMANN, 2015, p. 363).

O exercício do direito à informação pelos seus titulares, provocará a necessária prática do dever de informação.

Portanto, verifica-se a necessidade da utilização do princípio da informação para proporcionar ao consumidor a autonomia de escolha dos produtos, cientificando-os dos riscos que possam ser produzidos pelo consumo destes. É importante a efetiva aplicação do princípio da informação de modo que a sociedade possa compreender a dimensão que assume a defesa do consumidor frente aos possíveis riscos dos produtos nanotecnológicos.

O contexto assim observado se mostra desafiador para o Direito, pois terá que lidar com os danos futuros, a partir de decisões que deverão ser tomadas no presente. Vale dizer,

o Direito se vê confrontado com uma situação de incerteza e complexidade, que precisará ser respondida criativamente e por meio de ferramentas diferentes daquelas tradicionalmente fornecidas pelo positivismo jurídico, especialmente aquele de viés legalista.

A sociedade atual está vivendo o período da revolução nanotecnológica, onde os mais diversos setores produtivos utilizam em seus processos insumos, materiais ou equipamentos que contém nanopartículas engenheiradas. As pesquisas em nano escala já deixaram os laboratórios e ganharam as linhas de produção das indústrias, incrementando o número de produtos com nanotecnologia que chegam ao mercado. Assim, uma coisa é certa: a responsabilidade em relação às gerações futuras e o cuidado com o patrimônio natural começam aqui e agora. Eles não têm outro advogado de defesa que não o cidadão, consumidor carente de mais informações para que possa participar ativamente também na gestão dos riscos e fazendo suas escolhas pessoais de consumo.

Por isso, ao invés daquelas características do positivismo jurídico, busca-se ampliar a efetividade, a adequação das respostas às perguntas formuladas pelas novas e nanotecnologias (ENGELMANN, 2013, p. 260). Tais mudanças profundas no Sistema do Direito se fazem urgentes e necessárias, a fim de possibilitar o seu diálogo com os demais Sistemas, especialmente o Sistema da Ciência, com o foco no equacionamento dos eventuais riscos que poderão vir junto com o aprofundamento da Revolução Nanotecnológica, a começar pelo respeito e promoção do direito/dever da informação, que possibilitará ao consumidor o mínimo de conhecimento sobre tais novas tecnologias, para que esteja ciente de suas escolhas, principalmente quanto aos riscos.

Desta forma, cabe ao Direito, como ciência, possibilitar a criação de instrumentos jurídicos com objetivo de efetivar medidas de gerenciamento preventivo do risco, baseado nos princípios da prevenção, da precaução, da responsabilização, da informação e da sustentabilidade, objetivando sempre o cuidado com o ser humano e o meio ambiente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recente quebra de paradigma do poder das novas tecnologias vem despertando uma preocupação iminente no que tange à proteção, saúde e bem-estar humano. O aprofundamento do debate sobre os riscos mostra-se indispensável no atual contexto nanotecnológico. Pelo que se depreende do estudo de vasta bibliografia e notícias científicas recentes, a produção de nanoprodutos encontra-se em amplo crescimento, o que conseqüentemente gera o aumento do risco na utilização desavisada destes produtos.

Não há certeza sobre os (possíveis) danos ou efeitos que as nanos poderão acarretar na saúde humana, em especial quanto à toxicidade e a ausência de biocompatibilidade dos materiais utilizados. Isso é ainda mais gravoso pelo contato direto que os consumidores têm com esses produtos amplamente lançados ao mercado.

Uma vez que a nanotecnologia está amplamente inserida no cotidiano, através de inúmeros produtos apresentados ao longo deste artigo, necessário que seja adotada uma conduta minimamente precaucional, projetando assim o máximo de informação disponível aos consumidores, para que estes possam optar pela utilização consciente destes produtos inovadores. O desafio da nanotecnologia na atualidade, para o Direito, é como a sociedade poderá colher os benefícios da produção em nano escala e, concomitantemente não sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que podem advir juntamente com esta tecnologia. Não há hoje, conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais, e assim, se torna necessária e imprescindível a gestão dos riscos

para que as decisões possam objetivar a redução deles. Embora não se possa “conhecer” todos os resultados possíveis associados aos nanomateriais e nanotecnologias, é importante que as decisões sobre o desenvolvimento da nanotecnologia sejam orientadas para a redução do risco. (DANA, 2012. Prefácio.).

O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

Neste sentido, o direito do consumidor também sofre impactos, especialmente no tocante ao direito de informação, que permitirá ao consumidor poder realmente fazer uma opção de consumo. Ainda, concomitantemente a este direito surge para o empreendedor o dever de informação.

O direito à informação não se configura apenas como um direito infraconstitucional, mas como um dos direitos do consumidor, radica no interesse público, considerando que “[...] sua tessitura está coenvolvida de inevitáveis inserções no âmbito do Direito Público Constitucional, até porque as relações de consumo são necessariamente transindividuais, pois irradiam efeitos além dos sujeitos concretos da aquisição ou utilização de determinado produto para alcançar todos os que sejam por elas atingidos, em ato ou potência” (LÔBO, 2011, p. 596). Os direitos do consumidor são uma categoria jurídica onde se expressa a genuína constitucionalização do Direito Privado. Um conjunto de relações que emergem na seara privada, que passam a receber o manto público da Constituição, quando a proteção e a defesa do consumidor são guindados a direitos fundamentais e direitos integrantes da ordem econômica do Estado.

O cumprimento voluntário do direito/dever à informação, por parte de todos os envolvidos, corresponde à uma das condutas eticamente responsáveis e proporciona de igual modo, um consumo consciente.

É imprescindível a observação e respeito à limites mínimos no desenvolvimento desta nova tecnologia, prezando precipuamente ao bem-estar e segurança da vida humana. No horizonte atual de riscos envolvendo os produtos nanotecnológicos, aparece o Direito com um papel regulatório de construção de elementos adequados para tutelar esta nova demanda, viabilizando o Direito à Informação visto sob a ótica da dignidade da pessoa humana e por sua vertente positivada (presente na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor, em especial no seu artigo 31). O fato é que o Consumidor tem o Direito (Dever) de conhecer os benefícios e riscos dos produtos a serem consumidos. Para isso, faz-se necessário construir alternativas para esclarecer o público consumidor leigo.

## REFERÊNCIAS

ABBONDANZA, Sébastien. Les Enjeux de larobotique. IN: **Destination Science Les Thématiques**, Naintré, França, n. 1, novembre 2015.

ABDI. AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Estudo prospectivo nanotecnologia**. Brasília: ABDI, 2010.

AYALA, Patryck de Araújo. Transdisciplinaridade e os novos desafios para a proteção jurídica do meio ambiente nas sociedades de risco: entre direito, ciência e participação, **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 16, n. 61, p. 17-36, jan./mar. 2011.

BARBAT, A. S. **Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros**. La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, p. 213.

BARUAH, S; DUTTA, J. Nanotechnology applications in pollution sensing and degradation in agriculture: a review. **Environmental Chemistry Letters**, Secaucus, v. 7, n. 3, p. 201-202, Sept. 2009. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10311-009-0228-8>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BEHAR, Andrew; FUGERE, Danielle; PASSOFF, Michael. **Slipping Through the Cracks: An Issue Brief on Nanomaterials in Food**. As You Sow, 2013. Disponível em: <[www.asyousow.org/health\\_safety/nanoissuebrief.shtml](http://www.asyousow.org/health_safety/nanoissuebrief.shtml)> Acesso em: 04 nov. 2013.

BERGER, Michael. A nanotechnology perspective for manufacturing. Disponível em: <<http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=44211.php>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BUZBY, Jean C. Nanotechnology for food applications: more questions than answers. **The Journal of Consumer Affairs**, v. 44, n. 3, 2010.

CHENG, Huai. N. et al. Nanotechnology overview: opportunities and challenges. In: CHENG, Huai. N. et al. (Ed.). **Nanotechnology: delivering on the promise**. Washington: American Chemical Society, 2016. v. 1. (ACS Symposium Series, 1220).

CHRISTENSEN, Frans Møller et al. **Better control of nanomaterials**: summary of the 4-year Danish initiative on nanomaterials. Copenhagen: The Danish Environmental Protection Agency, 2015. (Environment protect, n. 1797). Disponível em: <<http://www2.mst.dk/Udgiv/publications/2015/12/978-87-93352-89-6.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

DAL FORNO, Gonzalo Ogliari et al. Intraperitoneal exposure to nano/microparticles of fullerene (c60) increases acetylcholinesterase activity and lipid peroxidation in Adult Zebrafish (*Danio rerio*) Brain. **BioMed Research International**, New York, v. 2013, 2013. Disponível em: <<https://www.hindawi.com/journals/bmri/2013/623789/abs/>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

DANA, David A. **The Nanotechnology Challenge**: creating legal institutions for uncertain risks. New York: Cambridge University Press, 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Éditions du Seuil, Paris, 2010.

DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. de. **Nanotecnologia**: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação. Artliber, São Paulo, 2006.

ENGELMANN, W. O pluralismo das fontes do Direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica. STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 13, p. 247-259, 2017.

ENGELMANN, Wilson et al (Org.). **Nanocosméticos e o Direito à Informação.**: Construindo os Elementos e as Condições para Aproximar o Desenvolvimento Tecnocientífico na Escala Nano da Necessidade de Informar o Público Consumidor. 1.ed. Erechim - Rs: Deviant, 2015.

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENGELMANN, Wilson. From Pontes de Miranda to Mireille Delmas-Marty: journey to review the Theory of Sources of Law to accommodate the new rights generated by Nano Technological Revolution. IN: **XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy: Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ENGELMANN, Wilson. **Nanotechnology, Law and Innovation.** Germany: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011.

ENGELMANN, Wilson. O “direito de ser informado” sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). **Direito, inovação e Tecnologia.** São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. IN: Callegari, A.L.; Streck, L.L. Rocha, L.S. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 8, p. 339-363, 2011.

ENGELMANN, Wilson; CHERUTTI, Guilherme. Da Educação ao Direito à Informação: desafios e possibilidades para estes direitos fundamentais na Era das Nanotecnologias. IN: ENGELMANN, Wilson; SCHIOCCHET, Taysa (Coords.). **Sistemas Jurídicos Contemporâneos e Constitucionalização do Direito: releituras do Princípio da Dignidade Humana.** Curitiba: Juruá, 2013.

FERREIRA, Jonsecler L. Ribas et al. Co-exposure of the organic nanomaterial fullerene C60withbenzo[a]pyrene in *Danio rerio* (zebrafish) hepatocytes: evidence of toxicological interactions. **Aquatic Toxicology**, Amsterdam, v. 147, Feb. 2014. Disponível em: <<http://www.science-direct.com/science/article/pii/S0166445X13003482>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

FUNDAÇÃO CERTI. **Nanossegurança na Prática.** 2016. Disponível em: <<http://insights.certi.org.br/nanosseguranca-na-pratica/>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

GERMANY. Federal Ministry of Education and Research. **Action plan nanotechnology 2020: an inter-departmental strategy of the Federal Government**. Rostock, Oct. 2016. Disponível em: <[https://www.bmbf.de/pub/Action\\_Plan\\_Nanotechnology.pdf](https://www.bmbf.de/pub/Action_Plan_Nanotechnology.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O Princípio da Precaução e sua Aplicação no Direito do Consumidor. Dever de Informação. IN: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 3, p. 579-614, 2011.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil: a gestão dos riscos a partir do Diálogo entre Fontes do Direito**. Curitiba: Juruá, 2014.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229: nanotechnologies**. Geneva, 2005. Disponível em: <[http://www.iso.org/iso/iso\\_technical\\_committee?commid=381983](http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983)>. Acesso em: 07 abr. 2018.

INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

INVERNIZZI, Noela; KÖRBES, Cleci; FUCK, Marcos Paulo. Política de Nanotecnología em Brasil: a 10 años de las primeras redes. In: FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. **Nanotecnologias en la Alimentación y Agricultura**. Montevideo: Universidad de La Republica, 2008.

KIMBRELL, George A. Governance of nanotechnology and nanomaterials: principles, regulation, and re-negotiating the social contract. **Journal of Law, Medicine and Ethics**, a. 37, n. 706, Winter. 2009. Disponível em: <[http://www.icta.org/files/2012/05/100993\\_Nano\\_and\\_You\\_lo.pdf](http://www.icta.org/files/2012/05/100993_Nano_and_You_lo.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. IN: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 3, p. 527-82, 2011.

MARCHANT, G. E. and SYLVESTER, D. J. Transnational Models for Regulation of Nanotechnology. **Journal of Law, Medicine and Ethics**, p. 714-725, Winter 2006, esta passagem se encontra na p. 716. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=907161>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

MARTINEZ, Diego Stefani Teodoro; ALVES, Oswaldo Luiz. Interação de nanomateriais com biosistemas e a nanotoxicologia: na direção de uma regulamentação. **Revista da Sociedade Brasileira para o progresso da ciência**, a. 65, n. 3, jul/ago/set, 2013.

PNUMA - Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. **Fronteras 2017. Nuevos temas de interés ambiental.** Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, 2017,

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SUPPAN, Steve. **No Small Task: Generating Robust Nano Data.** Posted July 16, 2015. Disponível em: <<http://www.iatp.org/blog/201507/no-small-task-generating-robust-nano-data>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **HORIZON 2020: em breves palavras: o programa-quadro de investigação e inovação da EU.** Bruxelas, 2014. p. 9-10. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020\\_PT\\_KI0213413PTN.pdf](https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (ce) N.º 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho.** União Europeia, 30 nov. 2009. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009R1223&from=PT>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

VANCE, Marina E. et al. Nanotechnology in the real world: redeveloping the nanomaterial consumer products inventory. **Beilstein Journal of Nanotechnol**, Frankfurt am Main, n. 6, Aug. 2015. Disponível em: <<http://www.beilstein-journals.org/bjnano/content/pdf/2190-4286-6-181.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

ZANIRATO, Silvia Helena; RAMIRES, Jane Z. S.; AMICCI, Anie Gracie Noda; RIBEIRO, Zulimar Márta; RIBEIRO, Wagner Costa. **Sentidos do risco: interpretações teóricas** revista bibliográfica de geografia y ciencias sociales. Barcelona: Universidad de Barcelona, v. 3, n. 785, Maio 2008.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONSUMISMO:  
IMPLICAÇÕES EXISTENCIAIS NA DIMENSÃO DA  
SUSTENTABILIDADE

JOSEMAR SIDINEI SOARES  
MARIA CLÁUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

# SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONSUMISMO: IMPLICAÇÕES EXISTENCIAIS NA DIMENSÃO DA SUSTENTABILIDADE

## CONSUMER SOCIETY AND CONSUMMISM: EXISTENTIAL IMPLICATIONS IN THE DIMENSION OF SUSTAINABILITY

Recebido: 31/07/2018  
Aprovado: 17/09/2018

Josemar Sidinei Soares\*  
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza\*\*

**RESUMO:** A pesquisa tem por objeto a análise da sociedade de consumo e as consequências na vida humana, a partir de uma análise histórica e doutrinária referente à temática, sobretudo no que se refere à questão da sustentabilidade. Assim, o objetivo da pesquisa é, analisar a sociedade de consumo, seus hábitos e desejos e, quais as consequências na vida humana, demonstrando que este assunto decorre diretamente de atitudes existenciais. A relação entre consumismo e sustentabilidade não pode ser aperfeiçoada somente por meio de políticas públicas e diretrizes jurídicas, mas a partir da disseminação de uma nova cultura de responsabilização humana diante de si, dos ambientes nos quais interage e do próprio planeta. Políticas de sustentabilidade tendem a sofrer dificuldade para serem implementadas com êxito enquanto a cultura contemporânea ainda enfatizar excessivamente o vínculo entre Felicidade e Consumerismo. Quanto à metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Sociedade de Consumo. Consumerismo. Felicidade. Existência. Sustentabilidade.

**ABSTRACT:** The aim of this research is to analyze the consumer society and the consequences in human life, based on a historical and doctrinal analysis related to the theme, especially with regard to the question of sustainability. Thus, the purpose of the research is to analyze consumer society, its habits and desires, and what the consequences in human life, demonstrating that this issue stems directly from existential attitudes. The relationship between consumerism and sustainability can not be improved only through public policies and legal guidelines, but from the dissemination of a new culture of human responsibility before the self, the environments in which it interacts and the planet itself. Sustainability policies tend to be difficult to implement successfully while contemporary culture still overemphasizes the link between happiness and consumerism. As for the methodology, the inductive logic base was used through bibliographic research.

**Keywords:** Consumer Society. Consumerism. Happiness. Existence. Sustainability.

### 1 INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo é notavelmente calcada no crescimento do consumismo na sociedade para manter a circulação de capitais e garantir a geração de lucro. Entende-se por sociedade de consumo a era contemporânea do capitalismo em que o crescimento econômico e a geração de lucro e riqueza encontram-se predominantemente pautados no crescimento da

\* Doutor em Filosofia - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Educação - UFSM. Mestre em Ciência Jurídica - UNIVALI. Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - UNIVALI. E-mail: jsoares@univali.br

\*\* Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y Sostenibilidad - Universidade de Alicante, Espanha. Mestre em Ciência Jurídica - UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - UNIVALI. E-mail: mclaudia@univali.br

atividade comercial e, conseqüentemente, do consumo. Para manter esse desenvolvimento, incentiva-se o consumo de várias maneiras, principalmente a fetichização das mercadorias e o crescimento dos meios publicitários.

O desenvolvimento da sociedade de consumo ocorreu de forma mais completa a partir da expansão da atividade industrial ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX. As frequentes invenções e modernizações produtivas provocaram um crescimento sem igual no nível de consumo, bem como na difusão cada vez mais ampla da publicidade no meio de vida da população, com a divulgação dos mais diversos produtos, sendo eles úteis ou não.

Na era da pós-modernidade, pensar o planeta requer uma visão para além dos limites territoriais e geográficos estatais, isto porque a Sustentabilidade deve ser abordada em uma perspectiva global, considerando que os benefícios e riscos em matéria ambiental são repartidos solidariamente por todo o mundo, todos desfrutam da casa comum, a terra (BOFF, 2013).

Diante deste panorama, a relevância social e científica desta pesquisa justifica-se na necessidade refletir sobre a sociedade de consumo e suas conseqüências na vida humana. Nesta senda, obteve-se com a presente pesquisa, a análise da sociedade de consumo, consumismo e seus impactos ao meio ambiente e no planeta. O Objetivo é analisar a sociedade de consumo e as conseqüências na vida humana, a partir de uma análise histórica e doutrinária referente à temática, demonstrando que o vínculo cultural estabelecido entre as ideias de Felicidade e Consumerismo coloca em risco a própria possibilidade de uma sociedade mais sustentável..

A Metodologia escolhida para a elaboração deste Artigo considerou as fases da Pesquisa Científica (PASOLD, 2018). Para se desenvolver a base lógica deste artigo na fase de investigação, optou-se pela adoção do Método Indutivo. As técnicas de pesquisa acionadas para se cumprir com a finalidade proposta pelo método eleito são a Pesquisa Documental, histórica e Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional. As adoções dessas últimas ferramentas são necessárias para se estabelecer, com clareza necessária, o Acordo Semântico entre os escritores e o(s) leitor (es) a fim de se estabelecer, minimamente, quais são os pressupostos teóricos que conduzem o desenvolvimento, inclusive ideológico, deste estudo.

## 2 SOCIEDADE E VIDA DE CONSUMO

Vive-se hoje um período definido por muitos como pós-modernidade, um termo de difícil definição precisa, mas que no meio de diversas definições e características apresentadas por diferentes autores (inclusive por alguns que não usam o termo, mas também realizam análises e críticas à cultura contemporânea), um dos elementos que frequentemente aparece como central é o consumismo, fazendo com que alguns autores definam a atual sociedade como sociedade de consumo.

Para definir as condições da pós-modernidade e discutir as transformações do mundo moderno nos últimos tempos, o sociólogo sempre preferiu usar o termo “modernidade líquida”, por considerar “pós-modernidade” um conceito ideológico.

Bauman (2001) escolhe o “líquido” como metáfora para ilustrar o estado dessas mudanças: facilmente adaptáveis, fáceis de serem moldadas e capazes de manter suas propriedades originais. As formas de vida moderna, segundo ele, se assemelham pela vulnerabilidade e fluidez, incapazes de manter a mesma identidade por muito tempo, o que reforça esse estado temporário das relações sociais.

Há 100 anos, ser moderno significava buscar um ponto de perfeição e hoje representa o progresso constante, sem um resultado final único prestes a ser conquistado.

Jean-François Lyotard (1998) afirma que a pós-modernidade tem como motor uma busca desenfreada pelo progresso tecnológico e a propagação de uma ideologia do consumismo constante. O ator destaca que o avanço da tecnologia vem demonstrando que também a ciência não difere muito de mais uma forma de organizar, estocar e distribuir informações.

A ciência foi, e ainda, é em grande parte a bandeira dos intelectuais contra todo tipo de discurso religioso e filosófico, sobretudo o metafísico. A ciência moderna por muito tempo carregou aquela aura de conhecimento verdadeiro, seguro, capaz de ser aplicado com exatidão na vida em geral. No entanto, hoje a proposta principal da ciência é que ela apenas cumpra uma finalidade. O conhecimento hoje é produto, o indivíduo paga para receber uma informação específica.

De acordo com Livia Barbosa (2004, p. 13) em sua obra “Sociedade de consumo”, “todo e qualquer ato de consumo é essencialmente cultural” e é por meio do consumo individual e local de cada homem que ocorrem alterações nas “forças globais de produção, circulação, inovação tecnológica e relações políticas”. No entanto, no mundo moderno o consumo se tornou o foco central da vida social. Práticas sociais, valores culturais, ideias, aspirações e identidades são definidas e orientadas em relação ao consumo ao invés de e para outras dimensões sociais como trabalho, cidadania e religião entre outros.

A sociedade atual, a sociedade do consumo, não surgiu após a Revolução Industrial e em virtude das invenções, facilidades e ofertas trazidos por ela. As grandes invenções tecnológicas teriam ocorrido simultaneamente e somente após uma mudança da relação do homem para com a necessidade e anseio de adquirir bens e produtos, Barbosa (2004, p. 13).

As principais invenções mecânicas da indústria de tecidos, cabeça de lança da industrialização, só apareceram a partir da década de 1780, embora a indústria de roupas já funcionasse a pleno vapor, fundada no trabalho externo ou doméstico dos artesãos, permanecendo com essa estrutura produtiva até a década de 1830. O mesmo se refere à indústria de brinquedos, cujas inovações tecnológicas só vieram a afetá-la depois de plenamente estabelecida.

Diante disto, para Livia Barbosa, “não foram essas invenções que criaram as condições materiais para as pessoas consumirem mais”. Por isso, Zygmunt Bauman e Campbell acreditam que a fase de consumo exacerbado por que passa a sociedade moderna é caracterizada e tem origem na primazia da emoção e do desejo, o que faz com que se procure mais a gratificação destes do que a satisfação de necessidades. Além disso, há ainda o individualismo, que “atribui um valor extraordinário ao direito dos indivíduos de decidirem por si mesmos que bens e serviços desejam obter”, Barbosa (2004, p. 49).

Dessa forma, a busca individualista pelo prazer de ter seus desejos satisfeitos gera total desequilíbrio na forma de vida do homem uma vez que “enquanto as necessidades de uma pessoa podem ser objetivamente estabelecidas, os [...] desejos podem ser identificados apenas subjetivamente”, Barbosa (2004, p. 49). Sendo assim “o desejo dos consumidores é experimentar na vida real os prazeres vivenciados na imaginação, e cada novo produto é percebido como oferecendo uma possibilidade de realizar essa ambição”.

E, como tal anseio grande parte das vezes não é alcançado, justamente em função da ideologia consumista, da dinâmica de mercado e da chamada democratização do consumo, a velocidade com que os estilos se alteram diminui a vida útil dos produtos fazendo com que um produto recém-adquirido se torne obsoleto, defasado e condenado à substituição sem ao menos ter perdido sua utilidade. Por conseguinte, é possível constatar que:

[...] o espírito do consumismo moderno 'é tudo, menos materialista'. Se os consumidores desejassem realmente a posse material dos bens, se o prazer estivesse nela contido, a tendência seria a acumulação dos objetos, e não o descarte rápido das mercadorias e a busca por algo novo que possa despertar os mesmos mecanismos associativos, Barbosa (2004, p. 49).

O problema, então, encontra-se na formação e nos princípios do indivíduo. Atualmente, os compradores consomem apenas com o intuito de satisfazer seus desejos e o mercado sabe que “o preço que o potencial consumidor em busca de satisfação está preparado para pagar pelas mercadorias em oferta dependerá da credibilidade dessa promessa e da intensidade desses desejos”, (BAUMAN, 2008, p. 18). E, como visto, o homem moderno é um ser individualista e as empresas especialistas em suscitar desejos que não existem ou existiriam no ser humano e afirmar podê-los satisfazer. Infelizmente, a reunião dessas circunstâncias faz o alto preço ser pago muito mais pelo meio ambiente do que pelo próprio sujeito.

O grande problema é que o homem do humanismo, aquele que vivia em harmonia com a natureza e com seus semelhantes, no seio de instituições cuja tutela não discutia, sobreviveu. Agora a necessidade se libertou da natureza, engendrando no homem uma paixão de possuir e um espírito de ambição que alimenta, por sua vez, a corrida ao poder. Transbordando os limites da necessidade natural, o interesse prolifera e contamina rapidamente todo o tecido social. As instituições que tinham tradicionalmente a tarefa de contê-lo se apresentam, contudo, como os instrumentos de uma vasta manipulação, tendendo a manter o poder dos mais fortes. (SOËTARD, 2010)

Além disso, essa perda do contato do homem com a natureza e o apoio das instituições na continuação da cultura do consumo fez com que os homens acreditassem ser senhores de si, independentes e alheios aos demais e ao ambiente a sua volta. É possível notar que não há real existência de “um universo no qual predomina a autonomia de escolha e a soberania do consumidor” como preconizam as propagandas e os vendedores.

O poder de escolha do indivíduo na esfera do consumo nas sociedades pós-tradicionais tem sido campo de debate sobre a sua real liberdade de escolha ou submissão a interesses econômicos maiores que se escondem por trás do marketing e da propaganda. Será o consumo uma arena de liberdade e escolha ou de manipulação e indução? Terá o consumidor efetivamente escolha? Ele é súdito ou soberano, ativo ou passivo, criativo ou determinado? (BARBOSA 2004, p. 35)

Em uma sociedade de consumo, marcada pelo “consumo de massas e para as massas, alta taxa de consumo e de descarte de mercadorias *per capita*, presença da moda, sociedade de mercado, sentimento permanente de insaciabilidade”, a educação, como posto por Hegel (2010, p. 15) tem a tarefa de não apenas:

[...] tomar as medidas necessárias para que o desenvolvimento natural e espiritual transcorra, tanto quanto possível, sem entraves, mas, também, para que a vida individual e comunitária seja conduzida a sua mais elevada perfeição num discurso refletido, num pensamento penetrante e numa ação conforme à razão.

Sendo, então, por meio dela, que as presentes e futuras gerações poderão ter seus direitos assegurados, em especial os direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, buscando sempre o consumo controlado, ou seja, o consumerismo.

Um dos problemas sociais que essa forma de ciência gera é o consumismo, que, conforme Lyotard (1998), vive-se em um mundo onde tudo que é gerado deve ser consumido rapidamente para que assim novas produções surjam. Por um lado, isso é bom, pois impele o

homem a criar e produzir cada vez mais, mas por outro é ruim, pois cria um estado de finitude existencial para o indivíduo, que busca a felicidade apenas no consumo momentâneo de bens. Além disso, quem fornece matéria-prima é o mundo, que passa ser explorado cada vez mais e sem limites.

Como destaca Gilles Lipovetsky, à medida que as sociedades enriquecem, surgem incessantemente novas vontades de consumir. Quanto mais se consome, mais se quer consumir. A época da abundância é inseparável de um alargamento indefinido da esfera das satisfações desejadas e de uma incapacidade de eliminar os apetites de consumo, sendo toda saturação de uma necessidade acompanhada imediatamente por novas procuras.

Já Zygmunt Bauman (2001) afirma que vivemos em uma modernidade líquida, que difere dos períodos anteriores em que havia solidez. O sólido é um corpo que é obrigado a ocupar determinado lugar no tempo e no espaço. Ele não pode estar aqui e ali ao mesmo tempo. O sólido representa as instituições da Idade Moderna. O sólido é a instituição fixada em um lugar, é limitada, de tal forma que o interesse é que as pessoas se situem dentro daquele espaço limitado para que assim sejam mais facilmente vigiadas e controladas.

Por exemplo, tradicionalmente a família se situava numa casa em um espaço, com todos os membros residindo no mesmo lugar. Porém, hoje a família é líquida, com a possibilidade de pais solteiros, filhos que fazem intercâmbio, bem como os meios de comunicação que tornam o contato quase que instantâneo. Logo, esta instituição não precisa mais estar agrupada, e isto a fortalece. Isso ocorre com todas as instituições, seja a família, a religião, o Estado, etc.

Assim, as instituições relativizam o espaço, o modo de ser e agir, o tempo, para que no fundo continuem fortalecidas. Seu modo é relativizado, mas a sua estrutura interna e propósito continuam intactos. Há então instituições líquidas que se retroalimentam. Hoje, são os próprios membros que cobram de seus participantes o atendimento às regras e valores morais daquela instituição. As instituições, junto com seus dogmas, existem ao mesmo tempo em todo lugar, o que torna ainda mais difícil a busca pela identidade individual do homem.

Bauman (2001) cita como grande exemplo os shoppings centers. Estes estabelecimentos oriundos da lógica capitalista não aceitam um contato profundo entre as pessoas, não é um espaço que as convida a visitar para interagirem entre si, mas apenas para o consumo. O importante é comprar no *shopping center*, não necessariamente manter ligações com outras pessoas. O shopping center tornou-se o templo do consumo, onde cada um cultua a própria individualidade como consumidor (BAUMAN, 2008).

Bauman afirma ainda que hoje predomina a superficialidade, a cultura do descartável. A realidade atual é bastante dinâmica, o que é moda hoje amanhã deixa de ser, o que é certo hoje amanhã está em dúvida. Há uma sensação constante de incerteza quanto ao futuro. Esta incerteza constante gera laços afetivos cada vez mais superficiais. Hoje as pessoas tendem a não ser profundas em seus relacionamentos, tanto afetivos como de trabalho, pois não há certeza que este relacionamento terá durabilidade (BAUMAN, 2001).

Os mecânicos de automóveis hoje não são treinados para consertar motores, mas apenas para retirar e jogar fora as peças usadas e defeituosas e substituí-las por novas. Dessa mesma forma ocorre na vida em geral, porque perder tempo com consertos que exigem trabalho se há a possibilidade de apenas jogar fora e trocar por algo novo. Como os compromissos de hoje são obstáculos para as oportunidades do amanhã, quanto mais leves e superficiais forem, menor o risco de prejuízos (BAUMAN, 2001).

Anthony Giddens (2002) nomeia a pós-modernidade como alta modernidade, pois para ele existe uma expansão das instituições que permeavam o período moderno. O homem, que antes tinha que conviver com sua cidade, sua região, agora precisa confrontar a cultura e as

peças de toda a sociedade. Isto torna o homem muito mais vulnerável a se firmar em uma tendência ou identidade alheia.

A razão disto é que, diante de tantos modos de agir e pensar, o homem já não sabe mais qual o seu. Em uma busca por segurança, filia-se a uma causa, um *modus operandi*, etc. Da sociedade da forma que ela era está sofrendo uma passagem para uma sociedade global, na qual a Internet e tantos outros veículos de mídia instantaneamente comunicam pessoas de todas as partes do globo, difundindo estilos de vida, comportamentos e culturas.

Esta relação entre mídia e difusão de estilos de vida é particularmente enfática na questão do consumismo, que provoca a todos a seguirem os mesmos hábitos, comprarem as mesmas roupas, os mesmos alimentos, realizarem as mesmas diversões. Este modo de viver intensifica a massificação e favorece a perda da identidade, pois o indivíduo, ao ver que várias pessoas seguem determinado comportamento, decide também segui-lo.

Nesse contexto, Lipovetsky (2007) destaca que a ansiedade está por detrás do gosto dos jovens pelas marcas. A motivação que serve de base à aquisição de uma determinada marca não é tanto querer alçar-se acima dos outros, mas não parecer menos que os outros. É por isso que a sensibilidade às marcas é exibida tão ostensivamente nos meios desfavorecidos. Por uma marca apreciada, o jovem sai da impessoalidade, pretendendo mostrar não uma superioridade social, mas sua participação inteira e igual nos jogos da moda, da juventude e do consumo. O bilhete de entrada no modelo de vida da moda é o medo do desprezo e da rejeição ofensiva dos outros.

Além disso, como destaca Lipovetsky (2007), é possível interpretar a propensão a comprar como um novo ópio do povo, destinado a compensar o tédio do trabalho fragmentado, as falhas da mobilidade social, a infelicidade da solidão. Quanto mais o indivíduo está isolado ou frustrado, mais busca consolo nas felicidades imediatas da mercadoria. O consumo exerce sua influência apenas na medida em que tem a capacidade de aturdir e de adormecer, de oferecer-se como paliativo aos desejos frustrados do homem moderno.

A característica mais proeminente da sociedade de consumidores, ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta, é a “transformação dos consumidores em mercadorias” (BAUMAN, 2008, p. 20).

Importante o destaque de Lipovetsky (2007) que não é o consumismo como um todo que deve ser criticado, mas o seu excesso ou o seu imperialismo que constitui obstáculo ao desenvolvimento da diversidade das potencialidades humanas. A sociedade hipermercantil deve ser corrigida e enquadrada e não eliminada. Nem tudo é para ser rejeitado, muito é para ser reajustado e reequilibrado a fim de que a ordem tentacular do hiperconsumo não esmague a multiplicidade dos horizontes da vida.

### 3 PERSONALIDADE, FELICIDADE E CONSUMO

Além do estudo a partir da sociedade, outra forma de se estudar o fenômeno do consumismo é analisando a relação da personalidade do indivíduo com o consumo. Personalidade, de acordo com Davidoff (1983, p. 507), significa “[...] os padrões relativamente constantes e duradouros de perceber, pensar, sentir e comportar-se, os quais parecem dar às pessoas identidades separadas”.

Tendo em vista a sociedade de consumo em que se vive, Erich Fromm (2008) destaca que a sociedade é devotada à aquisição de propriedade e obtenção de lucro, raramente se vê alguma evidência do modo de existência de ser, e a maioria das pessoas vê o ter como o modo mais natural da existência, até mesmo como o único modo aceitável de viver. Isso faz com

que seja especialmente difícil para as pessoas compreenderem a natureza do ser, e até mesmo entender que ter é apenas uma orientação possível.

Fromm (2008) explica que houve uma mudança no modo de consumir. Antigamente, tudo que uma pessoa possuía ela apreciava, cuidava e usava até os limites de sua existência. Hoje, o consumo é enfatizado, não a preservação, e comprar se tornou um comprar e jogar fora. Seja o objeto um carro, um vestido, um aparelho, depois de usar um tempo, o indivíduo se cansa e está ansioso em se livrar do velho e comprar o modelo mais novo.

Para explicar a relação da personalidade do indivíduo com o que ele consome, Fromm (2008) usa o exemplo do carro próprio. Para quem tem um, o carro parece de uma necessidade vital, para aqueles que ainda não possuem um, o carro é um símbolo de alegria. Aparentemente, entretanto, a afeição pelo carro não é profunda e permanente, mas um caso de amor de curta duração, para os donos trocarem de carro com frequência, da procura até a compra, toda a transação parece um jogo, em que até mesmo a trapaça é, às vezes, um elemento principal, e um bom negócio é aproveitado tanto quanto, se não mais, que o prêmio final: um novo modelo na garagem.

Diversos fatores devem ser levados em consideração para entender essa relação. Primeiro, existe um elemento de despersonalização na relação do dono com o carro, o carro não é um objeto concreto que o dono gosta, mas é um símbolo de *status*, uma extensão de poder, um construtor de ego. Tendo comprado um carro, o dono na verdade adquiriu uma nova peça de ego. Um segundo fator é que comprando um novo carro, por exemplo, a cada dois anos em vez de seis, aumenta a emoção do comprador da aquisição, o ato de tornar um novo carro próprio é um tipo de defloração, aumenta a sensação de controle, e quanto mais acontece, maior é a emoção Fromm (2008).

O terceiro fator é que comprar carros frequentemente significa oportunidades de fazer um negócio, ganhar um proveito pela troca, uma satisfação profundamente enraizada em homens e mulheres da atualidade. O quarto fator é a necessidade de experimentar novos estímulos, porque os velhos estímulos estão esgotados depois de um pequeno tempo. O quinto fator reflete a mudança no caráter social que ocorreu nos últimos dois séculos, do caráter acumulador ao mercador Fromm (2008).

Thomas O'Guinn e Ronald Faber (1989) analisaram o fenômeno da compra compulsiva, identificando que os compradores compulsivos compram não para obter utilidade ou um serviço do bem comprado, mas para obter gratificação pelo processo de compra em si. A compra compulsiva serve principalmente para aliviar ansiedades e infelicidades.

O consumo compulsivo apresenta uma certa repetição e consumo excessivo que ocorre devido a ansiedade, depressão e tédio dos consumidores. Viciados em compras dependem do consumo excessivo da mesma maneira que um viciado busca drogas ou álcool, O'Guinn e Faber (1989).

O'Guinn e Faber (1989) conduziram uma pesquisa empírica, por meio de questionário, identificando alguns aspectos da personalidade dos compradores compulsivos. Eles identificaram que compradores compulsivos possuem baixa autoestima, como se sentir mau, culpado, pouco atraente, e sem uma clara identidade.

O problema do sentimento de identidade é descrito por Erich Fromm como a própria condição da natureza humana e é fonte dos impulsos mais intensos. Assim, não se pode estar são sem o sentimento do eu, fazendo com que o indivíduo busque fazer quase qualquer coisa para adquiri-lo. Por detrás da forte paixão por um *status* ou situação e pela conformidade está essa mesma necessidade, que muitas vezes é mais forte que a necessidade de sobrevivência física, O'Guinn e Faber (1989).

Compradores compulsivos também possuem um alto nível de fantasia/imaginação, assim, talvez em situações de compras esses indivíduos consigam focar ou refletir sobre seus pensamentos e sentimentos, conseguindo efetivamente escapar da realidade, O'Guinn e Faber (1989).

Os compradores compulsivos não dão grande importância para a posse do item comprado, as gratificações derivam do contato interpessoal, emoções e positiva autoestima que foram geradas. Os itens comprados frequentemente têm pouca utilidade para o comprador e, em alguns casos, os produtos não são nem mesmo retirados da embalagem (O'GUINN; FABER 1989).

Analisando as consequências emocionais, O'Guinn e Faber (1989) identificaram compradores compulsivos frequentemente desenvolvem sentimentos de vergonha ou culpa associados com o seu comportamento. Sentimentos de alienação, problemas jurídicos e dificuldades no casamento também aparecem como consequências da compra compulsiva. Há ainda um forte sentimento de solidão e alienação das outras pessoas. Os compradores compulsivos frequentemente têm vergonha do seu comportamento e sentem que os outros não entenderiam e, às vezes, se descrevem como não amados e rejeitados por causa de seus comportamentos.

Uma das piores consequências seria o sentimento de frustração, de não ser capaz de controlar o próprio comportamento. Alguns compradores compulsivos descrevem o sentimento de ser incapaz de parar como extraordinariamente assustador e impossível para outros entenderem, O'Guinn e Faber (1989).

Pensamentos que emergem dentro do horizonte cognitivo moldado pelas práticas diárias dos consumidores invariavelmente acentuam o agudo interesse pelo mercado consumidor e ampliam-lhe os poderes de sedução. Ao contrário do processo produtivo, o consumo é uma atividade inteiramente individual. Ele também coloca os indivíduos em campos opostos, em que frequentemente se atacam. (BAUMAN, 1998).

Os “demônios interiores” desse tipo de sociedade nascem dos poderes de sedução do mercado consumidor. A Sociedade de consumidores não pode dispensar essa sedução mais do que a sociedade de produtores a podia dispensar, graças à vigência da regulamentação normativa. Por esta mesma razão, não pode permitir-se declarar guerra, menos ainda combater, à tendência do mercado de elevar os sonhos e desejos dos consumidores a um estado de frenesi e alçá-los às nuvens, por mais prejudicial que essa tendência possa revelar-se à forma de ordem em que se radica. E prejudicial à ordem ela o é, tanto quanto lhe é indispensável. (BAUMAN, 1998).

Os sentimentos de ansiedade e de solidão, que estão por detrás do comportamento consumista dos indivíduos, foram identificados como características do homem moderno por Rollo May (2009), que afirma que o principal problema do homem moderno é o vazio, é não saber o que quer e frequentemente não ter a mínima ideia do que sente.

O homem moderno fala muitas vezes daquilo que deveria querer, como conseguir um emprego, obter determinada titulação, apaixonar-se, casar-se e criar uma família, mas isso é uma mera descrição do que os outros (pais, professores, etc.) esperam que ele queira em vez do que ele realmente quer (MAY, 2009).

Esse sentimento de vazio acaba por gerar o sentimento de solidão. Quando uma pessoa não sabe com convicção o que ela quer ou sente, quando no período de uma mudança traumática, ela percebe que os desejos convencionais e objetivos que lhe foram ensinados não

trazem nenhuma segurança ou dão qualquer senso de direção, ela sente um vazio interior, medo, e sua reação natural é procurar outras pessoas. Ela espera que os outros irão lhe dar um senso de direção ou pelo menos algum conforto na compreensão de que ela não está sozinha no seu medo. Assim, o sentimento de vazio e solidão são duas fases da mesma experiência básica de ansiedade Rollo May (2009).

Outra importante razão para o sentimento de solidão deriva do fato que a sociedade deposita grande ênfase na aceitação social. É o principal meio de aliviar a ansiedade e de obter prestígio. Assim, o indivíduo sempre deve provar que é um sucesso social sendo sempre procurado e nunca estando sozinho. O indivíduo retira muito da sua percepção da sua própria realidade daquilo que os outros dizem e pensam sobre ele, mas muitos homens modernos foram tão longe na sua dependência dos outros para os seus sentimentos de realidade que possuem medo que sem os outros eles perderiam o sentido da própria existência Rollo May (2009).

O consumo abundante é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Estimulando a possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana, esta é a sensação da maioria dos consumidores. Contudo, Bauman (2014) destaca em sua obra “cegueira moral a perda da sensibilidade na modernidade líquida” que a sociedade é tão influenciada pelo consumo e pelos desejos que, esquece-se da sua origem e do seu entorno; tornando-se insensível com o próximo e, consigo mesmo. Considerando que adoce a cada dia, na ânsia de conquistar mais e mais seu espaço e sobreviver na sociedade de consumo.

Na sequência são apresentadas algumas considerações sobre sustentabilidade, para que nas considerações finais a relação seja estabelecida. O foco será realizado na dimensão existencial da sustentabilidade, evidenciando que a gestão da pessoa acerca de si mesma e das relações com outros e ambientes é elemento indispensável para qualquer educação sustentável.

#### **4 IMPLICAÇÕES EXISTENCIAIS NA DIMENSÃO DA SUSTENTABILIDADE**

De acordo com a Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (2001, p. 44) organizada pela Organização das Nações Unidas - ONU, “O desenvolvimento sustentável procura atender às necessidades e aspirações do presente sem comprometer a possibilidade de atendê-las no futuro”. A sustentabilidade é uma dimensão da ética, algo que busca garantir a vida, é uma questão existencial.

Protágoras, sofista do século IV a. C., já dizia “O homem é a medida de todas as coisas [...] das coisas que são porque são, e das que não são porque não são.”. Em síntese, o mundo é entendido sempre na medida do homem. Vive-se tudo na medida do homem. Tudo que se conhece é relativo ao homem.

Seja qual for a área da vida a qual se direciona (educação, direito, engenharia, poesia, música, matemática, biologia, administração, etc.), seja qual for o objeto que se estude, no fundo, sempre se estará vendo a si mesmo, entendendo a si mesmo. Saber que tudo que se contata é em relação a si é o mesmo que dizer que, seja qual for a relação que se faz com o outro, se com profundidade entender este outro, chegará o ponto em que este outro desaparecerá e então será possível ver a si mesmo. Pois se em tudo que se contata é em relação a si, em tudo se encontra a si mesmo.

É essencial captar que o homem é um elemento que faz parte de um mundo, e que cada indivíduo constrói o seu próprio mundo, a partir de suas relações com as outras pessoas, objetos e o ambiente como um todo. Porém, na pós-modernidade, ocorre o que Frijot Capra

chama de crise da percepção, caracterizada pelo pensamento estrito do materialismo-científico cominado com a compreensão separatista entre o indivíduo e o meio ambiente.

Para entender o conceito de sustentabilidade ético-existencial, é preciso entender o meio ambiente a partir do homem.

O homem é um filho da terra, dela ele se alimenta e em seu corpo reproduz, em modo sintético, a ordem deste planeta. Há uma continuidade complementar entre homem e planeta. O homem aperfeiçoa o ambiente para efetuar o próprio crescimento (VIDOR, 2008).

Se o homem desconhece a si mesmo, não administra a própria vida com saúde e não aperfeiçoa e realiza o próprio projeto, conforme o critério ético, ele não cumpre a dignidade de ser superior e ofende o próprio valor. Todo o erro praticado contra si mesmo repercute na ordem do ambiente onde ele vive (VIDOR, 2008).

O ambiente é uma extensão do organismo do homem e reflete a ordem e desordem de quem é responsável por zelar e regular-se pelas leis imanentes na própria natureza. Se o homem não resolve suas doenças e conflitos, fará o ambiente adoecer e, o ambiente devolverá ao homem as agressões que sofre (VIDOR, 2008).

O centro que irradia a desordem é o homem, é ele que projeta e amplifica no meio a desordem da própria vida individual e coletiva. Dele parte o medo da catástrofe, os anúncios que reforçam a angústia e as previsões menos animadoras. A agressão da dimensão não realizada em si próprio não lhe permite ver o ambiente como sua extensão.

Ao invés do homem cultivar o autoconhecimento para resolver seus males, ele insiste em forçar a adaptação social e então pela salvação da desordem que ele mesmo insemina no ambiente (VIDOR, 2008, p. 170).

A cultura e a ciência que o homem formalizou em base de uma consciência educada a olhar somente para o mundo externo, propiciou o avanço tecnológico, mas a insistência em adaptar o homem ao social manteve o homem em ignorância de si mesmo (VIDOR, 2008).

Nosso saber não necessita salvar e nem construir um novo planeta, mas precisa garantir um ambiente que não ofenda nem destrua a nossa vida. Sem compreender as regras da própria vida, sem saber ler todas as mensagens e depoimentos do próprio organismo, escritos por nossa alma inteligente, não saberemos organizar o ambiente sem que este ofenda a ordem do nosso corpo (VIDOR, 2008).

Ainda, contribui o mesmo autor;

O progresso tecnológico deve ser acompanhado de uma ciência humana mais evoluída. A objetividade só é alcançada na síntese compreensiva que anula a aparente separação entre sujeito e objeto, entre corpo individual e corpo ambiente, entre matéria e inteligência (VIDOR, 2008).

Para se entender de fato a relação entre ambiente e homem, é preciso primeiro entender a indissociabilidade entre sujeito e objeto, ou seja, compreender a vida como um sistema.

O problema é que o pensamento ocidental não percebe a unidade de todas as coisas, e sim opta-se por dividir o mundo em objetos e eventos isolados. É claro que essa divisão é necessária e útil para enfrentar o ambiente no dia a dia, porém não é uma característica fundamental da realidade, mas sim uma abstração elaborada pelo nosso intelecto afeito à discriminação e à categorização devido a falta de consciência e percepção dessa unidade (CAPRA, 2000)

É essa situação que Capra define como crise da percepção, em que as pessoas e as grandes instituições sociais concordam com os conceitos de uma visão de mundo obsoleto, tendo uma percepção da realidade inadequada para lidar com um mundo superpovoado e globalmente interligado (CAPRA, 1996)

A vida humana é uma vida no mundo, e esse mundo existe para o homem, e se o homem age contra o mundo, mesmo assim age no mundo. Logo, é impossível isolar o homem (sujeito) do mundo (objeto), nem de fato, nem de conhecimento (KOJÉVÊ, 2002,).

Frijot Capra (1996) elucida que:

A própria física quântica mostra que não podemos decompor o mundo em unidades elementares que existam de maneira independente. Quando desvia-se a atenção dos objetos macroscópicos para as partículas subatômicas, o que se vê não é blocos de construção isolados e sim uma teia de relações entre as várias partes de um todo unificado.

Desde Newton os físicos tem acreditado que os fenômenos físicos podiam ser reduzidos às propriedades de partículas materiais rígidas e sólidas, no entanto, no década de 20, a teoria quântica forçou-os a aceitar o fato de que os objetos materiais sólidos da física clássica se dissolvem, no nível subatômico, em padrões de probabilidade semelhantes a ondas (CAPRA, 1996)

Esses padrões não representam probabilidades de coisas, mas sim, probabilidades de interconexões. Sendo assim, as partículas subatômicas não são coisas, mas interconexão entre coisas, que por sua vez são interconexões de outras coisas, e assim por diante, nunca chegando a nenhuma coisa, apenas interconexões (CAPRA, 1996).

Todo e qualquer organismo é uma totalidade integrada e, portanto, um sistema vivo, desde a menor bactéria, passando pelas plantas e animais, até os seres humanos. No corpo de um ser humano, por exemplo, as células e os tecidos são sistemas vivos, sendo o cérebro o exemplo mais complexo. Porém, os sistemas não se resumem a organismos individuais e suas partes, os mesmo aspectos de totalidade são exibidos em sistemas sociais, como um formigueiro e uma colmeia no mundo animal e o núcleo familiar nos seres humanos, e em ecossistemas que consistem em uma grande variedade de organismos e até mesmo de matéria inanimada em interação mútua. A preservação de uma área selvagem não é de árvores ou espécies de animais, mas de toda uma complexa teia de relações entre eles (CAPRA, 2007).

Um exemplo dessa complexa teia de relações é fornecida por Margulis e Sagan (2002):

Todos os organismos levam vidas múltiplas. A bactéria cuida de suas próprias necessidades na lama de um charco salgado, mas também molda o ambiente e altera a atmosfera. Como um membro da comunidade, retira os dejetos de um vizinho e gera o alimento de outro. O fungo cuida de sua vida em meio aos detritos florestais, enquanto perfura a folha de uma árvore próxima e ajuda a fechar o círculo do fluxo biosférico do fósforo.

Todos os sistemas naturais são totalidades cujas estruturas específicas resultam das interações e interdependência de suas partes. As atividades dos sistemas naturais envolvem uma interação simultânea e mutuamente interdependente entre seus diversos componentes, as propriedades sistêmicas são destruídas quando um sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora se possa discernir as partes individuais de um sistema, a natureza do todo é sempre diferente da simples união de partes separadas (CAPRA, 2007)

Maturana (2006, p. 177) destaca que o meio, enquanto espaço no qual um sistema funciona como um todo tem:

Uma dinâmica estrutural independente da dinâmica estrutural dos sistemas que ele contém, apesar de ser modulado pelos seus encontros com eles. Portanto, o meio e os sistemas que ele contém estão em mudanças estruturais contínuas, cada uma de acordo com sua própria dinâmica estrutural e cada um modulado conforme as mudanças estruturais que causam um no outro através de seus encontros.

Resumindo: todo ser vivo existe como um sistema dinâmico em contínua mudança estrutural, o modo de viver que define uma espécie, uma linhagem, ou um sistema de linhagem, se dá em uma dinâmica de relações entre o homem e o meio (MATURANA, 1998).

As propriedades das partes não são intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo. Por isso que quando se fala em ecologia de forma profunda não se fala em uma coleção de objetos isolados, mas sim de uma rede de fenômenos que estão interconectados e interdependentes, reconhecendo assim o valor intrínseco de todos os seres vivos, concebendo os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida CAPRA, 1996).

Michel Maffesoli (1998) fala que o eu, o objeto do conhecimento e o próprio conhecimento fazem um só corpo, numa perspectiva holística que parece a mais adequada para perceber a estreita ambição dos diversos elementos da sociedade complexa. A consciência de si, o meio natural e o social onde se está situado, e a compreensão do conjunto estão organicamente ligados. É tal inserção que permite uma visão de dentro, essa intuição reprimida pela modernidade.

Conforme aduz Antonia Ferreira Nonata (2007), é lamentável que os líderes políticos, administradores e até mesmo os professores das grandes universidades, não reconheçam essa realidade. Isso evidencia a necessidade urgente de mudança da percepção da realidade, marcada pela compreensão de que os problemas que a sociedade vivencia são sistêmicos, interligados e interdependentes.

A sustentabilidade, portanto, não pode iniciar com políticas públicas e diretrizes jurídicas, antes depende de impostação existencial. Enquanto a contemporaneidade seguir enfatizando o vínculo entre Felicidade e Consumerismo a tendência será sempre a organização dos estilos de vida direcionados à busca pela felicidade preponderantemente na dimensão do consumo. E isto provoca impactos nas questões da sustentabilidade. Portanto, antes da política e do direito há a necessidade de mudança cultural das sociedades contemporâneas. A proteção à biodiversidade, aos ecossistemas, às reservas de águas, o enfrentamento da crescente poluição e dos problemas de aquecimento global, dependem antes de uma pedagogia existencial de responsabilização humana diante de si e do mundo, enfatizando que a felicidade é uma realização diária dos próprios projetos e não o consumo irracional dos recursos disponíveis.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade de consumo vem provocando um comportamento generalizado e, ao mesmo tempo, individualizado de consumo desmedido e impensado, alcançando a exasperação da moda a uma alta taxa de descarte de mercadorias. A obsolescência programada, quando o fabricante planeja “o envelhecimento de um produto”, ou seja, programa “quando determinado objeto vai deixar de ser útil e parar de funcionar, apenas para aumentar o consumo” é apenas um exemplo das estratégias para garantir a compra constante de bens que movimenta o mercado.

O consumidor não está mais atento à qualidade e durabilidade do produto que consome, ele o adquire, como visto anteriormente, com o objetivo de satisfazer seus desejos. Assim, verifica-se a clara transição entre a sociedade tradicional para a sociedade de consumo. A insatisfação dos desejos instáveis e rapidamente mutáveis do consumidor o leva a descartar os objetos que comprou com a promessa de cumprir esta tarefa. Vê-se como, com apenas uma única situação ocasionada pela cultura do consumo, o meio ambiente e os direitos dos indivíduos são comprometidos. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distancia temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir. (BAUMAN, 2008).

A insaciabilidade dos desejos supérfluos do homem contemporâneo aqui gera toneladas de lixo que devem ser removidas e que muitas vezes não tem a destinação adequada, acarretando enorme ônus ao planeta e a todas as espécies. Assim, é possível constatar, que, como já destacado por Fritjof Capra, tudo está relacionado e cada ação tem uma reação, que o homem vive em uma grande teia.

Diante das inúmeras projeções e conceitos distorcidos pelo ser humano, é elementar a tomada de consciência do lugar que ele ocupa no planeta para que não se deixe influenciar pelas culturas insustentáveis e consumistas e venha a prejudicar o meio ambiente e as futuras gerações:

A sustentabilidade, portanto, não pode iniciar com políticas públicas e diretrizes jurídicas, antes depende de impoção existencial. Enquanto a contemporaneidade seguir enfatizando o vínculo entre Felicidade e Consumerismo a tendência será sempre a organização dos estilos de vida direcionados à busca pela felicidade preponderantemente na dimensão do consumo. E isto provoca impactos nas questões da sustentabilidade. Portanto, antes da política e do direito há a necessidade de mudança cultural das sociedades contemporâneas. A proteção à biodiversidade, aos ecossistemas, às reservas de águas, o enfrentamento da crescente poluição e dos problemas de aquecimento global, dependem antes de uma pedagogia existencial de responsabilização humana diante de si e do mundo, enfatizando que a felicidade é uma realização diária dos próprios projetos e não o consumo irracional dos recursos disponíveis.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós -Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Cegueira Moral; a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.
- BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

\_\_\_\_\_. **O Ponto de Mutação: A Ciência, a Sociedade e a Cultura emergente**. 28. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas**. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix. 2010.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

DAVIDOFF, Linda. **Introdução à psicologia**. São Paulo: McGraw-Hill, 1983.

FIRAT et al. Consumption, Consumer Culture and Consumer Society. **Journal of Community Positive Practices**, Bucharest, v. 13, n. 1, p. 182-203, 2013.

FROMM, Erich. **To Have or to Be?** London; New York: Continuum, 2008.

FROMM, Erich. **Psicoanálisis de la sociedad contemporánea**. 6. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1964.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

KOJÈVÈ, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. 2007

MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorion. **O que é vida?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. Petrópolis: Vozes, 1998.

MATURANA, Humberto. **Cognição, Ciência e Vida Cotidiana**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

MAY, Rollo. **Man's Search For Himself**. New York; London: W. W. Norton & Company, 2009.

NONATA, Antonia Ferreira. Paradigmas do Conhecimento: do moderno ao ecológico. **Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 7, n. 22, p. 259-275, set./dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/DIALOGO?dd1=1587&dd99=pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. **Journal of Consumer Research**, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989.

PLEINES, Jürgen-Eckardt. **Friedrich Hegel**. Tradução e organização de Sílvio Rosa Filho. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4671.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018. p.15.

SOËTARD, Michel. **Jean-Jacques Rousseau**. Tradução de Verone Lane Rodrigues. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4675.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018. p.14.

VIDOR, Alecio. **Filosofia Elementar**. IESDE: Curitiba, 2008.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

UMA ANÁLISE SOCIOECONÔMICA SOBRE A  
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO  
DIREITO DO CONSUMIDOR

VÍVIAN AMARO CZELUSNIAK

# UMA ANÁLISE SOCIOECONÔMICA SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

## A SOCIO-ECONOMIC ANALYSIS ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY IN CONSUMER LAW

Recebido: 31/01/2018  
Aprovado: 03/10/2018

Vívian Amaro Czelusniak\*

**RESUMO:** O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e serve de guia para a interpretação de todo ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito do Direito do Consumidor, visa promover a igualdade material entre as partes, na proteção do consumidor em razão da sua vulnerabilidade e, como consequência, proteger a ordem econômica. Contudo, dada a sua complexidade, observa-se que na aplicação do princípio da dignidade humana estão sendo utilizados muitos sentidos e significados, fazendo com que o papel desempenhado por este princípio seja, muitas vezes, impreciso. O objetivo deste trabalho é fazer um levantamento sobre a aplicação do princípio da dignidade humana pelos Tribunais Superiores no âmbito do Direito do Consumidor. A metodologia utilizada foi a bibliográfica e documental, com a exploração de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Como resultados se verificou que o STJ prima pela proteção do consumidor no sentido de zelar pela fruição de uma vida digna pelo consumidor, protegendo, por exemplo, a segurança e saúde do consumidor, separando deste contexto casos isolados e de pouca repercussão social. Nesse sentido, o STJ pode contribuir para a construção de um ambiente institucional seguro para as transações entre os fornecedores e consumidores no mercado, reprimindo-se abusos.

**Palavras-chave:** Dignidade humana. Direito do consumidor. Análise econômica do direito. Direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** The dignity of the human person principle is the foundation of the Federative Republic of Brazil and serves as a guide for the interpretation of all Brazilian legal systems. In the consumer law area, it seeks to promote material equality between the parts, to protect consumer by reason of their vulnerability and, as a consequence, to protect the economic order. However, given its complexity, is observed that in the application of human dignity principle, many purposes and meanings are being used, making the role played by this principle often imprecise. The aim of this article is to make a survey of the principle of human dignity application by the Higher Courts in the comprehensiveness of Consumer Law. The used methodology was the bibliographical and documentary review, with the exploration of decisions issued by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ). As a result, the STJ was distinguished by the protection of the consumer in order to ensure the enjoyment of a dignified life by the consumer, protecting, for example, the health and safety of the consumer, separating from this context isolated cases with little social repercussion. In this sense, the STJ can contribute to the construction of a secure institutional environment for transactions between suppliers and consumers in the market, repressing abuses by both parts.

\* Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com estágio de Pós-doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil; Mestre em Tecnologia ênfase em Propriedade Intelectual pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR. É Advogada na Pauls Advocacia, Professora do Ensino Superior no Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba e Coordenadora de equipe do Instituto Brasileiro de Pesquisas Aplicadas em Prevenção e Mediação de Conflitos Empresariais - IBCEMP. E-mail: vivian.amaro@gmail.com

**Keywords:** Human dignity. Consumer law. Economic analysis of law. Basic rights.

## 1 INTRODUÇÃO

No âmbito da ordem constitucional econômica, é importante para a iniciativa privada saber como os juízes interpretam os preceitos constitucionais, tendo em vista a necessidade de estabilidade no mercado. Um dos princípios que merecem destaque, atualmente, é o princípio da dignidade humana que informa toda a ordem constitucional brasileira, sendo um importante vetor para as decisões judiciais. Todavia, esse princípio passa ainda por constantes construções em seu conteúdo e entendimento.

No âmbito do Direito do Consumidor, observa-se sua vasta utilização para fundamentação de decisões judiciais. Mas, discrepâncias na interpretação desse princípio podem resultar em prejuízos para a real importância que este princípio possui na ordem constitucional brasileira. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é fazer um levantamento sobre a aplicação do princípio da dignidade humana pelos Tribunais Superiores no âmbito do Direito do Consumidor, para verificar se o Poder Judiciário vem contribuindo para minimizar as repercussões negativas da falta de critério na sua aplicação.

Assim, a metodologia utilizada foi a bibliográfica, com o levantamento das interpretações sobre o conceito de dignidade na doutrina. Ainda, foi utilizado o método de pesquisa documental, com a exploração de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo em vista este órgão tecer decisões sobre a interpretação e aplicação da Lei Federal 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, no próximo tópico será apresentado o princípio da dignidade humana e sua pertinência com o Direito do Consumidor, com base em um levantamento bibliográfico sobre o assunto. Após será feita a contextualização socioeconômica da proteção da dignidade humana no âmbito do Direito do Consumidor. No quarto tópico será exposta a pesquisa documental realizada no sítio eletrônico do STJ sobre a aplicação do princípio da dignidade humana no âmbito de casos envolvendo o Direito do Consumidor. No quinto tópico, segue-se com uma discussão, relacionando-se as noções do princípio da dignidade humana no Direito do Consumidor levantadas na doutrina, com a sua aplicação na esfera juseconômica. Encerra-se este estudo com as conclusões.

## 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Após vários fatos históricos, por exemplo, a Segunda Guerra Mundial, em que se vivenciou graves violações aos direitos humanos, Constituições de vários países, inclusive a do Brasil, incluíram a dignidade humana como um de seus fundamentos, revivendo-se o antropocentrismo. A dignidade humana integrou os sistemas normativos como um princípio, um valor. Miranda esclarece que a dignidade humana não se confunde com um direito fundamental, mas que estes são inseparáveis da dignidade humana: “ora, a história mostra que, dos direitos fundamentais, é inseparável uma ideia, um valor, um princípio, um meta princípio (como se queira): a dignidade da pessoa humana” (MIRANDA, 2017, p. 76).

Então, o art. 1º. da Constituição Federal, assevera que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988). Nesse contexto, a dignidade humana

informa a ordem constitucional brasileira de 1988, conferindo unidade de sentido a todo o sistema, que privilegia certos valores sociais (PIOVESAN, 2017, p. 102). “É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais” (NUNES, 2010, p. 59).

Considerado um conceito polissêmico (MORAES, 2003, p. 105-47), há uma grande dificuldade, entretanto, em se determinar o seu significado. Tendo em vista a sua complexidade, pois integra um conjunto de variados fundamentos e uma série de manifestações (SARLET, 2007, p. 361-88), tem sido aplicado de maneira pouco científica, até mesmo em sistemas normativos, fazendo com que o papel desempenhado por este conceito seja diversificado e impreciso, estando, então, em permanente construção em seu conteúdo (ROCHA, 1999, p. 24).

Dessa forma, há que se ter cuidado para que a aplicação do princípio não seja desvirtuada, sendo “arma retórica” com objetivo de defender interesses de grupos ou indivíduos em detrimento de interesses opostos (WEYNE, 2013, p. 119). Deve-se primar pela “intangibilidade” do princípio da dignidade humana, para que não se desnature frente a relativismos históricos e manipulações que possam ser exercidas por alguma parcela da sociedade, adiando-se o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária (NUNES, 2010, p. 22 e 39).

Uma concepção de dignidade humana prevê ser o princípio um mandamento sobre um “conteúdo do mínimo social”, sendo aplicado com o atendimento das necessidades básicas do ser humano, para que se tenha uma existência digna, podendo este se desenvolver em sociedade e realizar a sua personalidade (SARMENTO, 2016, p. 239). Além de ser algo “inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana”, ainda pode ser considerado como algo “dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna” (NUNES, 2010, p. 64).

Assim é que a dignidade humana possui várias dimensões (SARLET, 2007): a) dimensão ontológica: vincula-se à concepção da dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa humana, como uma dádiva ou um dom conferido ao ser humano pela divindade ou pela própria natureza; b) dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana: como o reconhecimento pelo (s) outro (s); c) A dignidade como construção: em uma perspectiva histórico-cultural; d) A dignidade como limite e como tarefa: a dupla dimensão negativa e prestacional da dignidade, entre outras.

Tendo em vista a multiplicidade de sentidos da dignidade humana e considerando que se pretende discorrer sobre o escopo da dignidade humana no âmbito do Direito do Consumidor, neste estudo, optou-se por desenvolver o assunto com base na ideia de Moraes (2003, p. 117) que considera que, na nova concepção antropocentrada, a vulnerabilidade humana deve ser tutelada, onde quer que ela se manifeste. Assim, terão precedência alguns grupos sociais, considerados mais frágeis e dependentes de uma maior proteção, como as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores: “[...] será desumano, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objeto” (MORAES, 2003, p. 119).

### **3 CONTEXTO SOCIOECONÔMICO DA DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Com a observância do princípio da dignidade humana, tem-se que as pessoas serão protegidas em sua dignidade tanto quanto não for possível verificar a ocorrência de uma igualdade de oportunidades. No chamado Estado Democrático e Social de Direito, procura-se fomentar a justiça social, que prima pela “igual dignidade humana”, que será concretizada

por meio da proteção aos direitos fundamentais, tanto no âmbito público, como no privado (DRESCH, 2013, p. 152). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que inspirou os diversos ordenamentos jurídicos nacionais a consagrar a dignidade humana como valor fundamental, também assegura direitos na perspectiva da justiça social (ORGANIZAÇÃO..., 2017).

Essa ideia decorre da “solidariedade social: fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização, como no caso dos consumidores” (MORAES, 2003, p. 143). Por exemplo, observou-se que várias categorias de sujeitos, como a dos locatários e a dos consumidores, não se encontravam em igualdade de condições com os locadores e com os produtores ou fornecedores; “logo, a eles também não bastava a regra de ouro da igualdade perante a lei. Tornou-se necessário que a lei os protegesse de modo especial, dada a sua peculiar condição na relação jurídica” (MORAES, 2003, p. 144).

A justiça social também é expressamente referida como finalidade da ordem econômica brasileira, prevista no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal (CF): “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 1988). Nessa perspectiva, a defesa do consumidor está prevista no inciso V, do artigo 170, da CF.

[...] pode-se dizer que em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema. [...] não há um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas (MORAES, 2003, p. 145-46).

Assim a defesa do consumidor se dá a partir da proteção da dignidade humana que se encontra em situação de particular vulnerabilidade, visando concretizar o respeito aos seus valores existenciais. A sua aplicação e interpretação pelo Poder Judiciário fundam-se na solidariedade social e na plena realização do indivíduo.

Uma das circunstâncias que acarreta essa vulnerabilidade dos consumidores é a chamada de assimetria informacional: que é um desequilíbrio entre as partes, tanto em termos de teor, quanto na quantidade de informações nas relações econômicas, como em contratos de compra e venda, comuns no mercado de consumo (COOTER; ULEN, 2010). George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz ganharam o Prêmio Nobel de Economia, em 2001, por desenvolverem os fundamentos de teoria dos mercados com informações assimétricas.

Em seu estudo, Akerlof (1970, p. 488-500) analisou o mercado de negociação de carros usados, chamados “*lemons*” e observou que os compradores podem encontrar no mercado, tanto carros bons, quanto carros ruins, que podem ser novos ou usados. Nesse mercado dos carros usados, observou-se que o comprador, no momento da aquisição, não consegue perceber se o carro é bom ou ruim, só conseguirá ter essa percepção após passar um período de tempo com o veículo comprado. Assim, constata-se que o vendedor sempre possui mais informações a respeito do que vende do que o comprador, como em relação à qualidade do veículo, por exemplo.

Esse desequilíbrio na quantidade e qualidade de informações ocorre em vários tipos de contratos que ocorrem no mercado, podendo ser no âmbito de contratos civis ou mesmo nos de consumo, pois é da natureza das relação de mercado (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009). É certa a “constatação de que os agentes econômicos possuem diferentes graus de acesso às informações relevantes e, também, diferentes possibilidades de processamento dessas informações” (BETTI JUNIOR, 2010, p. 62-3).

No caso dos consumidores, constata-se que essa assimetria informacional é ainda mais proeminente e, assim, para minimizar os efeitos danosos dessa circunstância e induzir contratações mais eficientes, instituições podem ser criadas por meio da intervenção do Estado no mercado, por exemplo, através de leis e regulamentos. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) possui várias diretrizes calcadas na assimetria informacional, como, por exemplo, exigir que os fornecedores divulguem todas as informações pertinentes aos produtos ou serviços aos consumidores, como manuais de instruções, entre outros. Assim, com receio de aplicação de uma sanção pelo descumprimento da lei, os fornecedores informam os consumidores e a assimetria informacional é reduzida (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 32-3).

Segundo Filomeno (2014, p. 3), o CDC já parte da premissa de que o consumidor é vulnerável, pois, diante do fornecedor, é considerado a parte menos informada; ao contrário, o fornecedor detém todas as informações sobre o produto ou o serviço que presta. Aliado a esta circunstância, o CDC considera que o consumidor não possui quase nenhum poder diante de um conflito que possa surgir entre eles, tendo que, muitas vezes, se submeter às práticas mercadológicas, como no caso dos contratos de adesão.

Nesse sentido, Dresch (2013, p. 162), analisando alguns “privilégios” dados ao consumidor pelo CDC, como os direitos à inversão do ônus probatório, a litigar no foro do seu domicílio, à facilitação da desconsideração da personalidade jurídica, afirma que essas imposições legais derivam de uma necessidade de se dar efetividade “à igual dignidade e garantir as capacidades humanas básicas que permitam a autorrealização do ser humano”. “[...] A defesa do consumidor, à luz do inciso XXXII do art. 5º do Texto Constitucional, passou a ser direito do cidadão e dever do Estado” (ALMEIDA, 2009, p. 75), condições estas derivadas da justiça social e compatibilizadas com a ordem econômica constitucional.

Filomeno (2014, p. 3) ressalta que o CDC não é paternalista, pois visa a harmonia entre fornecedores e consumidores, já que é inegável a interdependência entre eles, até mesmo para o desenvolvimento econômico e tecnológico: “[...] pode-se afirmar, com absoluta certeza, que foi ele (o CDC) um dos grandes responsáveis pela introdução de novos métodos de qualidade na atividade econômica brasileira, sem o que lhe seria impossível competir com outros países”.

Uma vez estabelecida à afetação dos mercados pela informação imperfeita, vale notar como, no âmbito das relações consumeristas, as vicissitudes das assimetrias informativas tendem a desestabilizar ainda mais uma relação naturalmente desequilibrada, decorrendo daí a necessidade de instituições capazes de amenizar os efeitos ineficientes e socialmente indesejados das informações imperfeitas inerentes às relações de consumo. É neste cenário que os arranjos políticos institucionais possuem o papel fulcral de mitigar, ou evitar, as consequências econômicas ineficientes e moralmente condenáveis da “mão invisível” dos mercados imperfeitos, tendo, neste cenário, o Direito do Consumidor o papel fulcral de, através da proteção do vulnerável, preservar o equilíbrio do mercado, visando a sua própria sustentação e a concreção do interesse público (NASCIMENTO, 2015, p. 385-86).

Ressalta-se que a primeira vez que o princípio da dignidade humana foi introduzido em um texto constitucional brasileiro foi em 1934, no âmbito dos princípios da ordem econômica e social, em virtude da influência da Constituição de Weimar, de 1919; “[...] indicando que o constituinte da época atribuiu à dignidade uma função de fundamento, mas também de limite da liberdade econômica” (SARLET, 2017, p. 261). Assim, a liberdade econômica deve estar atrelada à ética empresarial, para que o mercado se conduza conforme os ditames de sustentabilidade social, primando-se pelo bem-estar humano (EMERY, 2013).

[...] o problema da delimitação do sentido de uma existência digna deve ser vislumbrado não somente no campo semântico, senão também no plano pragmático do uso da

linguagem jurídica, no âmbito concreto das lides ou conflitos de interesse. Isso porque o exame da dialética concreta de interpretações e argumentações que movimenta o processo jurisdicional possibilita delimitar, com alguma razoabilidade, o consenso momentâneo e pontual sobre o significado conferido por uma dada comunidade jurídica, por meio dos tribunais, ao cânone ético-jurídico da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2010, p. 196).

Assim, o princípio da dignidade humana “identifica padrões de comportamento a serem observados nas relações de consumo, [...] tutelada a partir da fixação pela magistratura de *standards* de comportamento nos casos concretos” (TEPEDINO, 2011, p. 71). Brito (2012) ressalta que no escopo do Direito Contratual contemporâneo, seja de natureza civil, consumo, busca-se o equilíbrio entre as partes contratantes, no intuito do desenvolvimento da pessoa e do seu bem-estar. Na aplicação do princípio, portanto, deve-se privilegiar uma interpretação da dignidade humana como limite à atuação da liberdade econômica, exigindo uma atuação ética dos fornecedores de produtos e serviços, protegendo a existência digna do consumidor no âmbito das relações mercadológicas.

#### **4 LEVANTAMENTO DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RELACIONADAS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Buscando-se verificar a aplicação e a interpretação do princípio da dignidade humana no Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, 1990), foi realizada uma pesquisa documental, fazendo-se um levantamento de decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema deste estudo. Esse levantamento se mostra importante para que se verifique a interpretação que se está realizando pelos Tribunais Superiores de conceitos que se mostram, ainda, um tanto incompreendidos por parte da comunidade jurídica. Conforme afirma Pérez Luño (2012): “a análise do comportamento judicial aparece como condição necessária para transladar da penumbra e do mistério à transparência, e a claridade, o significado do sistema jurídico em seu conjunto”.

Foram utilizadas, portanto, as expressões “dignidade” e “consumidor” para a realização de busca de jurisprudência no sítio eletrônico do STJ. Nessa busca foram encontrados: 1 (hum) acórdão repetitivo, 106 (cento e seis) acórdãos, 8308 (oito mil, trezentos e oito) decisões monocráticas e 17 (dezesete) informativos de jurisprudência. Dado este universo de decisões, optou-se neste estudo por analisar o conteúdo do acórdão repetitivo e os 17 (dezesete) informativos de jurisprudência, que se entende serem fontes propícias para que se busque os métodos e formas com que o STJ vem aplicando o princípio da dignidade humana no Direito do Consumo, pois o “informativo é um produto quinzenal que apresenta as novidades nas teses firmadas pelo STJ, com grande repercussão no mundo jurídico” (SUPERIOR..., 2017a).

O acórdão repetitivo dizia respeito a uma decisão em Recurso Especial, n. 1.102.578 – MG (2008/0266102-6), em que foi recorrente o Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) e recorrido Confecções Dora Ltda (SUPERIOR..., 2009a). Discutia-se no âmbito deste recurso a legalidade de auto de infração exarado pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO) ao recorrido, já que se baseou em normas baixadas por este órgão e não pela Lei 5.966/1973 (BRASIL, 1973) e Lei 9.933/1999 (BRASIL, 1999), que o recorrido entendia aplicadas ao caso. A relatora, Ministra Eliana Calmon, ampliou o escopo da análise do caso, passando a abordar também as notificações por violação aos atos normativos expedidos pelo INMETRO.

Entendeu a relatora que o CONMETRO e o INMETRO possuem competência normativa, conferida pela Lei 9.933/1999 (BRASIL, 1999). Além disso, discorreu sobre a expressa previsão em lei para a imposição das multas por atos administrativos baixados por estes dois órgãos. No fundamento de sua decisão citou o princípio da dignidade humana como segue: “Essa sistemática normativa [...] tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a *ratio* do Código de Defesa do Consumidor, consoante rege o *caput* do seu art. 4º [...]”. Destaca-se a necessidade de se resguardar o direito dos consumidores quanto à qualidade dos produtos e serviços disponibilizados no mercado.

Dos informativos de jurisprudência apenas 1 (um) não tratava especificadamente da dignidade humana. Assim, foram analisados 16 (dezesesseis) informativos de jurisprudência, ao invés dos 17 (dezesete) encontrados. Foi formulada a Tabela 1 para a apresentação dos informativos, em que consta, resumidamente, o número do informativo, a data, o assunto e a fundamentação utilizada para a decisão.

Tabela 1 – Informativos do STJ sobre dignidade humana e consumidor

No.	Data	Conteúdo
195	8 a 12 dez. 2003	Energia elétrica. Corte. Residência. “A Seção, por maioria, entendeu que é permitido à concessionária de energia elétrica interromper o fornecimento após prévia notificação do consumidor. Os votos vencidos entendiam que este ato afronta a dignidade humana, pois há que se distinguir os inadimplentes da pessoa em situação de miserabilidade” (SUPERIOR..., 2003).
199	16 a 20 fev. 2004	CDC. Compra. Veículo novo. Defeito. “Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos morais está no âmbito de dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, entende-se que o dano moral não é pertinente” (SUPERIOR..., 2004).
371	6 a 10 out. 2008	Danos Morais. Plano. Saúde. Recusa. Cobertura. “Mesmo declarando a nulidade da cláusula contratual que permitia a imediata suspensão do atendimento a partir do primeiro dia de mora, o acórdão entendeu que o ato da não-autorização, por si só, não torna evidente a concretização dos danos morais. É necessária, portanto, a comprovação de ofensa à dignidade do apelante, ora recorrente, ou de qualquer situação constrangedora, o que não sucedera no caso” (SUPERIOR..., 2008).
420	14 a 18 dez. 2009	Cláusula. Exclusividade. Cooperativa médica. Invalidez. “Mesmo antes da Lei n. 9.656/1998, é inválida a cláusula inserida em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos associados, em razão do respeito à dignidade da pessoa e seu direito à saúde, bem como à garantia de livre concorrência, à defesa do consumidor, aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa” (SUPERIOR..., 2009b).
426	8 a 12 mar. 2010	Dano moral. Inseto. Refrigerante. “O dano moral não é pertinente pela simples aquisição de refrigerante com inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, por se encontrar no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra, ausente situação que produza no consumidor humilhação ou represente sofrimento em sua dignidade” (SUPERIOR..., 2010).
463	14 a 18 fev. 2011	Dano moral. Cartão megabônus. “Mesmo constatado causar certo incômodo ao contratante, o envio de cartão não repercute de forma significativa na esfera subjetiva do consumidor. Também assim, a tentativa de utilizar o cartão como se fosse de crédito não vulnera a dignidade do consumidor, mostrando-se apenas como mero dissabor” (SUPERIOR..., 2011).
505	20 set. a 3 out. 2012	Direito civil. Responsabilidade civil. Falha no serviço postal contratado. “É cabível a indenização por danos morais ao advogado que, em razão da entrega tardia da petição ao tribunal pela prestadora de serviços contratada, teve o recurso considerado intempestivo. A comprovação da gravidade do ato ilícito gera, <i>ipso facto</i> , o dever de indenizar em razão de uma presunção natural, que decorre da experiência comum, de que houve um abalo significativo à dignidade da pessoa” (SUPERIOR..., 2012).

537	10 abr. 2014	Direito do consumidor. Dano moral decorrente da presença de corpo estranho em alimento. “A proteção da segurança e da saúde do consumidor tem, inegavelmente, cunho constitucional e de direito fundamental, na medida em que esses valores decorrem da especial proteção conferida à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Cabe ressaltar que o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos” (SUPERIOR..., 2014).
553	11 fev. 2015	Direito do consumidor. Inocorrência de dano moral pela simples presença de corpo estranho em alimento. “A simples aquisição de refrigerante contendo inseto no interior da embalagem, sem que haja a ingestão do produto, não é circunstância apta, por si só, a provocar dano moral indenizável. Inexiste um sistemático defeito de segurança capaz de colocar em risco a incolumidade da sociedade de consumo, a culminar no desrespeito à dignidade da pessoa humana, no desprezo à saúde pública e no descaso com a segurança alimentar” (SUPERIOR..., 2015a)
553	11 fev. 2015	Direito administrativo. Responsabilidade civil do estado em razão da existência de cadáver em decomposição em reservatório de água. “É inegável, diante de tal fato, a ocorrência de afronta à dignidade da pessoa humana, consistente no asco, angústia, humilhação, impotência da pessoa que toma ciência que consumiu água contaminada por cadáver em avançado estágio de decomposição. Sentimentos que não podem ser confundidos com o mero dissabor cotidiano” (SUPERIOR..., 2015a).
555	11 mar. 2015	Direito do consumidor. Cobrança por emissão de boleto bancário. “Observe-se que a ideia de vulnerabilidade está justamente associada à debilidade de um dos agentes da relação de mercado, no caso, o consumidor, cuja dignidade merece ser sempre preservada. As cláusulas são consideradas ilícitas pela presença de um abuso de direito contratual a partir de condutas eivadas de má-fé e manifesto dirigismo contratual, situação não vislumbrada no caso em análise, em que se respeitada a livre pactuação dos custos, mantidos o equilíbrio contratual, a proporcionalidade do acréscimo cobrado e a boa-fé objetiva do fornecedor” (SUPERIOR..., 2015b).
559	6 a 16 abr. 2015	Direito civil e do consumidor. Dever de utilização do sistema Braille por instituições financeiras. “Assinala-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo impôs aos Estados signatários a obrigação de assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas portadoras de deficiência, conferindo-lhes tratamento materialmente igualitário (diferenciado na proporção de sua desigualdade) e, portanto, não discriminatório, acessibilidade física e de comunicação e informação, inclusão social, autonomia e independência (na medida do possível, naturalmente), e liberdade para fazer suas próprias escolhas, tudo a viabilizar a consecução do princípio maior da dignidade da pessoa humana” (SUPERIOR..., 2015c).
571	15 a 27 out. 2015	Direito do consumidor e processual civil. Interesse de agir em ação de cancelamento de diversas inscrições em cadastro negativo de proteção ao crédito. “Eventuais restrições ao nome devem ser realizadas com temperamentos e em estrita observância à ordem jurídica, principalmente diante da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, imagem e privacidade” (SUPERIOR..., 2015d).
573	12 a 25 nov. 2015	Direito constitucional e processual civil. Legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de juridicamente necessitados. “No caso, além do direito tutelado ser fundamental (direito à saúde), o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, a qual dispõe no art. 230 que: ‘A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida’” (SUPERIOR..., 2015e).
581	14 a 28 abr. 2016	Direito civil e do consumidor. Possibilidade de o dependente assumir a titularidade de plano de saúde após o período de remissão. “Essa orientação foi fundada especialmente nos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da proteção da segurança jurídica e da proteção à entidade familiar, conjugados com o previsto no art. 3º, § 1º, da Resolução Normativa n. 195/2009 da ANS, com o fim de evitar o desamparo dos dependentes inscritos do titular falecido quanto à assistência médica e hospitalar” (SUPERIOR..., 2016).

612	25 out. 2017	Prestações de mútuo firmado com instituição financeira. Desconto em conta-corrente e desconto em folha. Hipóteses distintas. Aplicação, por analogia, da limitação legal ao empréstimo consignado ao mero desconto em conta-corrente, superveniente ao recebimento da remuneração. Inviabilidade. Dirigismo contratual sem supedâneo legal. Impossibilidade. “A norma que fixa a limitação do desconto em folha é salutar, possibilitando ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao financiador - desde que preservado o mínimo existencial - em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana” (SUPERIOR..., 2017b).
-----	--------------	---

Fonte: autoria própria.

Dessa forma, verifica-se que o princípio da dignidade humana é referido várias vezes em fundamentações de decisões do STJ sobre casos envolvendo o Direito do Consumidor. Sarlet já identificou que este princípio está amplamente presente no processo decisório judicial, inclusive nos Tribunais Superiores (SARLET, 2017), sendo “simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma parcela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade” (SARLET, 2017, p. 266). Contudo, como já mencionado anteriormente, é necessário que sejam estabelecidos critérios ou “contornos de uma objetividade possível que permita ao princípio transitar de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais” (BARROSO, 2010, p. 335).

## 5 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE NO ÂMBITO DO MERCADO DE CONSUMO

No acórdão repetitivo em matéria consumerista citado no tópico anterior, percebe-se que o princípio da dignidade humana foi invocado pela ministra Eliana Calmon como uma baliza para a atuação dos fornecedores de produtos e serviços no mercado, sendo os órgãos governamentais considerados responsáveis por proteger os consumidores de atos que possam infringir a dignidade humana, como por exemplo, o consumo de produtos de baixa qualidade. A intensão é permitir um equilíbrio entre o consumidor, que possui vulnerabilidade técnica, e o fornecedor dos produtos e serviços. Assim, órgãos governamentais, como o INMETRO, podem atuar de modo a permitir uma fiscalização mais eficiente dos bens de consumo disponibilizados no mercado, o que não seria possível ser realizado pelo próprio consumidor.

Vinholis, Toledo e Souza Filho (2009) destacam que a “assimetria informacional no mercado de consumo pode fazer com que produtos com diferentes qualidades sejam vendidos pelo mesmo preço, pois é difícil realizar essa diferenciação *ex ante* à aquisição do produto.” Isso tem como consequência premiar aqueles que conseguem obter um produto ao menor custo possível, mesmo sacrificando a qualidade do produto final. Nesse sentido, sistemas governamentais de gerenciamento da qualidade dos produtos podem diminuir a assimetria informacional no mercado e propiciar a proteção da dignidade humana dos consumidores, em termos de saúde e segurança.

Nos informativos descritos na Tabela 1, algumas decisões também primaram por proteger a segurança e saúde do consumidor que adquiriu produtos alimentícios com presença de corpos estranhos (Informativos 426, 537, 553). Nesses casos, presenciavam-se vícios de qualidade nos bens de consumo. Todavia, para que a presença desses vícios seja considerada atentatória à dignidade humana, não basta a sua mera existência, é necessário que venha abalar a confiança do mercado de consumo desses determinados produtos. Por isso, observa-se nesses casos, uma preocupação do STJ em não se banalizar a concessão de indenização, pois se visa proteger a saúde pública como um todo, não sendo concedida indenização, em alguns

casos isolados, em que houve um erro em algum produto específico, pois não há motivo que coloque em risco a saúde de todo o universo de consumidores. Acertadamente, entretanto, foi, por exemplo, a concessão de indenização como medida de punição no caso do reservatório de água, em que é nítido o dano moral e o perigo à lesão à saúde do consumidor (Informativo 553). Nota-se um defeito no produto capaz de gerar risco à integridade física dos consumidores que, por ventura, ingerissem a água contaminada.

Assim se nota, também em outros casos, uma preocupação do STJ em zelar pela fruição de uma vida digna pelo consumidor e não relacionar casos isolados e de pouca repercussão social com o princípio da dignidade humana. Outras indenizações negadas foram a da compra de veículo com defeito (Informativo 199), a da recusa de cobertura do plano de saúde (Informativo 371), a do recebimento de cartão não solicitado (Informativo 463), a de cobrança pelo boleto bancário (Informativo 555) e a do desconto em conta-corrente de prestação de mútuo com instituição financeira (Informativo 612). Nesses casos, não há abalo ao princípio da dignidade humana, uma vez que não geraram um empecilho à fruição de uma vida digna dos consumidores.

Outros casos de grande repercussão social possuem um tratamento diferenciado, por exemplo, o caso da exclusividade em cooperativa médica (Informativo 420), o do dever de utilização do sistema Braille por instituições financeiras (Informativo 559), do cancelamento de diversas inscrições em cadastro negativo de proteção ao crédito (Informativo 571), da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de juridicamente necessitados (Informativo 573) e o da possibilidade do dependente assumir a titularidade de plano de saúde após o período de remissão (Informativo 581). Nesses casos, sim, o fundamento e aplicação do princípio da dignidade humana visa proteger grupos de pessoas com diferentes oportunidades, pessoas vulneráveis em suas relações no mercado, como as pessoas com deficiência.

A forma como o STJ analisa o princípio nesses casos se coaduna com as expectativas da teoria econômica, como visto a partir da teoria exposta anteriormente, que destaca a ocorrência desta vulnerabilidade no âmbito de relações de mercado:

Com a devida vênia, a expansão do direito do consumidor, e neste caso da garantia do acesso do consumidor à informação, não visa a concreção da dignidade humana do consumidor tão somente, mas expande-se na proporção do desenvolvimento do mercado de consumo global. Ou seja, seguindo a lógica do próprio comportamento mercadológico estratégico, o resguardo da capacidade econômica e da proteção do consumidor vulnerável constitui-se condição de desenvolvimento do próprio mercado de consumo, não há oferta sem demanda, não há fornecedor sem consumidor, logo o conjunto de regras jurídicas protetivas do consumidor não se opõe a lógica do mercado, nem aos interesses do poder econômico (NASCIMENTO, 2015, p. 393).

A proteção do mercado de consumo nesse cenário se justifica, pois é necessário conservar a capacidade do consumidor de distinguir os melhores fornecedores, sob pena da ocorrência do que se chama “seleção adversa”, ou ainda do “risco moral”: “enquanto em modelos de seleção adversa, há informações imperfeitas sobre as características do que está sendo comprado ou vendido no mercado (trabalho, empréstimos ou produtos), em modelos de risco moral há informações imperfeitas sobre a ação que o indivíduo compromete” (STIGLITZ, 1985, p. 23).

A seleção adversa ocorre quando, considerando o desconhecimento, por uma das partes, das características dos potenciais parceiros e as intenções desses, os fornecedores oferecem condições medianas dos bens de consumo no mercado, afastando os melhores fornecedores, por tornarem produtos bons muito mais caros, por exemplo. Assim, condições aceitáveis podem

ser propostas apenas por fornecedores que seriam os últimos escolhidos numa contratação em condições normais (ARAÚJO, 2007, p. 285), observando uma baixa na qualidade dos produtos e serviços ofertados como um todo.

Outra situação é a do risco moral, que consiste no “uso estratégico de informação privativa por parte de um agente, na medida em que os objetivos visados com o contrato dependam crucialmente da conduta desse agente e ele possa manipular as condições em que cumpre os seus deveres contratuais [...]” (ARAÚJO, 2007, p. 287). Por exemplo, o fornecedor sabendo da falta de informação da outra parte, impõe a venda de produtos de pouca qualidade, com defeitos sucessivos. Uma solução legal para impedir o risco moral pode ser a imposição legal de uma garantia dos produtos fornecidos pelo fabricante. Contudo, se a garantia for excessiva, pode-se inverter a situação: o consumidor pode utilizar mal o produto para se beneficiar da garantia.

Essas circunstâncias da seleção adversa ou do risco moral são exemplos de como o comportamento dos agentes, se prevalecendo de situações de assimetria informacional da outra parte, podem influir no bom funcionamento dos mercados. Nesses casos, pode-se constatar um aumento dos “custos gerais da desonestidade de certos agentes econômicos” (TOKARS, 2011, p. 94). Pois, “a partir do momento em que, no plano institucional, não se inibe eficientemente o comportamento desonesto, o mercado passa a trabalhar com a perspectiva da desonestidade, o que afeta o sistema de preços e a própria gama de realização de negócios” (TOKARS, 2011, p. 94).

Nesse sentido, o estabelecimento de regras jurídicas que sejam promotoras de incentivos para o comportamento ético dos agentes, tanto dos fornecedores, quanto dos consumidores, no mercado, aliado à boa aplicação e interpretação dessas regras pelo Poder Judiciário, são fundamentais para bons efeitos sociais. Assim, na aplicação do princípio da dignidade humana, dentro de uma lógica mercadológica, deve-se observar o conjunto de implicações comportamentais que a decisão terá na atuação dos agentes, devendo-se coibir os abusos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Recorrentemente, o STJ é chamado para analisar casos relacionados ao Direito do Consumidor, em que se alega como fundamento violação ao princípio da dignidade humana. Assim, na aplicação do princípio ao caso concreto, o STJ deve oferecer uma coerência na interpretação, o que parece ocorrer, verificando-se a análise das decisões deste órgão, ainda que não muito vasta, realizada neste estudo. No âmbito do STJ, as interpretações convergem no sentido de se garantir a proteção do grupo de consumidores contra práticas que impactem na ordem socioeconômica como um todo.

A vulnerabilidade dos consumidores no âmbito mercadológico é um fato, considerado também nos estudos econômicos. Instituições são criadas e existem para minimizar os efeitos danosos do desequilíbrio normal que há entre os fornecedores e os consumidores no mercado. Aliado às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da dignidade humana visa abarcar os casos em que há uma violação de grande repercussão social, protegendo-se este grupo de pessoas vulneráveis de transgressões no exercício de uma vida digna.

Assim, o Poder Judiciário em seu desempenho na análise de casos de infrações aos direitos dos consumidores, atuando com segurança, estabilidade e previsibilidade na interpretação do princípio da dignidade humana, pode contribuir para um mercado de consumo que privilegie transações eficientes entre os fornecedores e consumidores, evitando-se os abusos de ambas as

partes. Estabelecendo os padrões de comportamento que os fornecedores deverão manter para evitar violações à dignidade humana do consumidor, o Poder Judiciário tem papel fundamental, para a proteção do mercado de consumo, tornando-o mais atrativo ao desenvolvimento de práticas éticas.

## REFERÊNCIAS

AKERLOF, George Arthur. The market for “lemons”. **The Quarterly Journal of Economics**. v. 84, n. 3, p. 488–500, 1970.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BETTI JUNIOR, Leonel Vinicius Jaeger. A função socioambiental e a resignificação reflexiva do direito à informação para o consumo. **Dissertação** (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2010.

BRASIL. Lei n. 5.966 de 11 de dezembro de 1973. Institui o sistema nacional de metrologia, normalização e qualidade industrial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L5966.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L5966.htm)>. Acesso em: 09 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 09 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.933 de 20 dez. 1999. Dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a taxa de serviços metrológicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9933.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9933.htm)>. Acesso em: 09 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Notícias**. Informativo de Jurisprudência chega ao número 600. 2017a. Disponível em: <<https://goo.gl/cywvFM>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 195. 8** a 12 dez. 2003. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 199.** 16 a 20 fev. 2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. CDC. **Informativo n. 371.** 06 a 10 out. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 420.** 14 a 18 dez. 2009b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 426.** 08 a 12 mar. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 463.** 14 a 18 fev. 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 505.** 20 set. a 03 out. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 537.** 10 abr. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 553.** 11 fev. 2015a. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 555.** 11 mar. 2015b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 559.** 06 a 16 abr. 2015c. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 571.** 15 a 27 out. 2015d. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 573.** 12 a 25 nov. 2015e. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 581.** 14 a 28 abr. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 612.** 25 out. 2017b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Dignidade da pessoa humana: um princípio civil-constitucional orientador do desenvolvimento contratual contemporâneo. **Revista Direito e Desenvolvimento.** v. 3, n. 5, jan.-jun., p. 261-280, 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana**. São Paulo: Atlas, 2013.

EMERY, Emerson Baldotto. Ética e liberdade na atividade empresarial e a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento do produto. **Revista Direito e Desenvolvimento**. v. 4, n. 7, jan.-jun., p. 93-123, 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico E Conteúdo Normativo. In.: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

NASCIMENTO, Carlo Bruno Lopes do. A problemática da informação imperfeita nas relações de consumo e a necessidade de proteção do vulnerável. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. n. 2, p. 381-408, Lisboa, 2015. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0381\\_0408.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0381_0408.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2018.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://goo.gl/4454zM>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

PÉREZLUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional**. Série estado e constituição – 14. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 102.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**. n. 4, p. 23-48. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 9, 2007.

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 239. 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

STIGLITZ, Joseph E. Information and economic analysis: a perspective. **The Economic Journal**, 95, 21-41, 1985.

TEPEDINO, Gustavo. A aplicabilidade do código civil nas relações de consumo: diálogos entre o código civil e o código de defesa do consumidor. In.: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues. **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOKARS, Fabio Leandro. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, p. 89-95. 2011.

VINHOLIS, Marcela de Mello Brandão; TOLEDO, José Carlos de; SOUZA FILHO, Hildo Meirelles de. A questão da assimetria da informação e da incerteza da qualidade na indústria de alimentos: soluções possíveis. **Anais... XVI SIMPÓSIO DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO. ENSINO DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO**: desafios, tendências e perspectivas. Bauru: Universidade Estadual Paulista, 2009.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA  
APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA  
PERSONALIDADE JURÍDICA NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS  
RELACIONADOS A RELAÇÕES DE CONSUMO

JOSÉ TADEU NEVES XAVIER

# ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS RELACIONADOS A RELAÇÕES DE CONSUMO

## MATERIAL AND PROCEDURAL ASPECTS OF THE APPLICATION OF THE DISREGARD OF LEGAL ENTITY IN THE SOLUTION OF LITIGATIONS RELATED TO CONSUMER LAW

Recebido: 31/07/2018  
Aprovado: 10/11/2018

José Tadeu Neves Xavier\*

**RESUMO:** A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um importante instrumento de controle de condutas que representem a utilização abusiva das prerrogativas inerentes aos entes personificados, em especial nos casos em que este usufrui de limitação de responsabilidade. O Código de Defesa do Consumidor foi a primeira espécie normativa a tipificar esta figura jurídica, atribuindo-lhe caracteres especiais afinados com o seu escopo maior que é a efetiva tutela dos consumidores. O advento do Código de Processo Civil de 2015 trouxe a regulamentação procedimental da aplicação da teoria da desconsideração, acentuando o debate sobre a sua adequação aos litígios envolvendo direitos de consumidores.

**Palavras-chave:** Direito do consumidor. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Tutela dos consumidores

**ABSTRACT:** Piercing the corporate veil is an important instrument for controlling abusive conduct of the prerogatives inherent to the legal entities, especially in cases in which those corporations hold limitation of liability. The Consumer Code has been the first normative species to typify this legal figure, attributing it special characters in tune with its greater scope that is the effective guardianship of the consumer rights. The Code of Civil Procedure of 2015 issue brought the procedural regulation of the application of the theory of disregard, accentuating the debate on its adequacy to the litigations involving consumer rights.

**Keywords:** Consumer law. Theory of disregard of legal entity. Consumer protection.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi inserida no cenário nacional por influência da doutrina. O pioneirismo é atribuído ao jurista Rubens Requião, que em 1969, que proferiu conferência sobre o tema na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a qual teve versão escrita publicada sob o título *Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*<sup>2</sup>. A esse trabalho se sucederam dois estudos considerados clássicos

\* Pós- Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade Meridional - IMED. Advogado da União. E-mail: jtadeunx@terra.com.br

<sup>2</sup> REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, vol. 410, dez. de 1969, p. 12-24.

na abordagem do assunto: em 1976 Fábio Konder Comparato publicou a obra *Poder de controle na sociedade anônima*<sup>3</sup> e, em 1979, José Lamartine Corrêa de Oliveira editou ensaio intitulado *A dupla crise da pessoa jurídica*<sup>4</sup>.

Na seara normativa a primeira legislação a positivar a *disregard doctrine* foi o Código de Defesa do Consumidor<sup>5</sup>, sendo seguido, em 1994, pela Lei Antitruste – Lei nº 8.884/94<sup>6</sup> (atualmente substituída pela Lei nº 12.259/2011<sup>7</sup>). Após veio a Lei nº 9.605/95, sobre a responsabilidade ambiental<sup>8</sup>. Finalmente, a Codificação Civil de 2002 trouxe a cláusula geral da teoria da desconsideração para o direito privado nacional, em seu artigo 50, nos seguintes termos: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”<sup>9</sup>. Mais recentemente a legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) normatizou a desconsideração na seara administrativa<sup>10</sup>.

O mosaico referente à normatização da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica propiciou a consolidação de duas teorias, elaboradas por Fábio Ulhoa Coelho, para organização e sistematização da matéria, chamadas de teoria maior e menor<sup>11</sup>. A primeira não se contenta com a mera insolvência patrimonial da pessoa jurídica para que se busque a responsabilidade pessoal dos seus membros ou administradores, impondo também a necessidade de existência de abuso na utilização da entidade personificada. A sua incidência é verificada na aplicação das disposições constantes do art. 50 do CC, 28, caput, do CDC, e na legislação antitruste. A teoria menor, por sua vez, autoriza o levantamento do véu que encobre a entidade pela mera verificação de insolvência da pessoa jurídica que vier a ocasionar prejuízos à realização dos direitos dos credores. Nesta modalidade a análise da ocorrência de conduta abusiva na utilização do ente personificado é despicienda. Esta versão é efetivada na aplicação da previsão constante do § 5º do art. 28 do CDC e no regramento sobre de responsabilidade ambiental.

3 COMPARATO, Fábio Konder. *Poder de controle na sociedade anônima*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Esta obra conta com edição atualizada por Calixto Salomão Filho (O poder de controle na sociedade anônima 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

4 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979.

5 Código de Defesa do Consumidor, art. 28, caput e § 5º, respectivamente: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”; “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

6 Lei nº 8.884/94, art. 18: “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

7 Lei nº 12.259/2011, art. 34: “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

8 Lei nº 9.605/95, art. 4º: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

9 Em relação à análise do art. 50 do Código Civil remetemos o leitor a: XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil, *Revista de Direito Privado*, nº 10, 2002, p. 69-85.

10 Lei nº 12.846/2013, art. 14: “A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

11 COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. A referência à teoria maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica foi, posteriormente, abandonada por Fábio Ulhoa Coelho, chegando a consignar: “em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria de desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de ‘teoria menor’, reservando à correta a expressão ‘teoria maior’. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de ‘maior’ e ‘menor’ mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados” – COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: v. 2, Direito de Empresa*, 20ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70. Porém, tal formulação parece ter alçado vida própria, e continua sendo corrente tanto em nível doutrinário como pretoriano.

A autonomia e, por conseguinte, o convívio dessas teorias sobre a aplicação da *disregard doctrine* em nosso sistema jurídico, foi ratificada nas Jornadas de Direito Civil<sup>12</sup>, com a criação do enunciado nº 51, concluindo que: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”<sup>13</sup>.

O presente ensaio se dedica, especificamente, à concepção e aplicação da teoria da desconsideração nas questões pertinentes às relações de consumo.

## 2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Visando à harmonia nas relações de consumo, consubstanciada no equilíbrio entre consumidor e fornecedor, com a proteção da parte mais fraca e mais vulnerável, e que sempre esteve subjugada pelos controladores do mercado de consumo, o Código Consumerista trouxe a possibilidade expressa de superação da personalidade jurídica do fornecedor para proporcionar ao consumidor a satisfação de seu direito de crédito perante os sócios da empresa<sup>14</sup>.

Porém, no âmbito do Direito Consumerista, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ganhou contornos próprios, aptos a corresponder à forma diferenciada de tutela do consumidor nas relações de consumo. Nas palavras de Cláudia Lima Marques “no CDC, o método é mais uma vez tópico e funcional, bem ao gosto do CDC, no sentido de resolver o problema concreto do conflito de valores entre a manutenção do dogma da separação patrimonial e os interesses da outra parte contratante com a pessoa jurídica insolvente”<sup>15</sup>.

A previsão normativa da teoria da desconsideração na Legislação Consumerista apresenta-se como um retoque final dado pelo legislador ao sistema de responsabilidades na relação de consumo, pois está prevista no final do Capítulo que cuida da qualidade dos produtos e serviços e da prevenção e da reparação dos danos causados ao consumidor. Este viés deve estar presente pelo intérprete e aplicador na atividade de subsunção de cada uma das normas e princípios do Direito do Consumidor. Trata-se de regra matriz da interpretação das normas consumeristas.

Assim, de início, devemos buscar uma exata delimitação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica neste Código Protetivo, pois em dois momentos o legislador consumerista referiu sob a rubrica da desconsideração da personalidade jurídica matérias de responsabilidade subsidiária e solidária, ou seja, nos casos de grupos e consórcio de empresas. Os §§ 2º, 3º e 4º do art. 28, do Código Consumerista, contemplam hipóteses que

<sup>12</sup> Há uma série de outros enunciados nas Jornadas de Direito Civil destinados ao tema da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Vejamos: enunciado nº 7 – art. 50: *Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido*; enunciado nº 146 – art. 50: *Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)*; enunciado nº 281 – art. 50: *A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica*; enunciado nº 282 – art. 50: *O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica*; enunciado nº 283 – art. 50: *É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros*; enunciado nº 284 – art. 50: *As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica*; enunciado nº 285 – art. 50: *A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor*.

<sup>13</sup> Na Jornada da disciplina mercantil foi publicado o enunciado nº 9, dispondo: *Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT*.

<sup>14</sup> O jurista Caio Mário da Silva Pereira refere expressamente: “a maior inovação trazida pelo Código do Consumidor foi a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil, (aspectos) no código de proteção e defesa do consumidor, desconsideração da personalidade jurídica. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 9, nº 7, p. 130).

<sup>15</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 8ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.410.

não correspondem à aplicação da *disregard doctrine* e, sim de responsabilidade solidária e subsidiária, motivo pelo qual não serão analisados no presente ensaio.

Devidamente afastadas as hipóteses previstas no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor em que não se verifica verdadeiramente a previsão normativa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, restam três situações estabelecidas pelo legislador consumerista: (a) quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos e contrato social; (b) nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má-administração; (c) Sempre que a personalidade societária for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor.

No primeiro caso temos o condicionante legal que é a lesão dos interesses do consumidor, ou seja, somente será possível o uso da desconsideração se restar evidenciado que a prática abusiva ou ilícita foi praticada em detrimento do consumidor. O abuso de direito coloca-se como o exercício não regular de um direito reconhecido, autorizando o levantamento do véu societário, pois, nas palavras de Marlon Tomazette “a personalidade jurídica é atribuída visando determinada finalidade social: se qualquer ato é praticado em desacordo com tal finalidade, causando prejuízos a outrem, tal ato é abusivo e, por conseguinte, atentatório ao direito, sendo a desconsideração um meio efetivo de repressão a tais práticas”<sup>16</sup>. Luciano Amaro, ao analisar esta hipótese legal, lembra que somente será aplicada a teoria da desconsideração do ente societário, nesta hipótese, quando estiver presente a incapacidade financeira da pessoa jurídica para ressarcir o dano causado ao consumidor<sup>17</sup>, pois o caráter excepcional da efetivação da *disregard doctrine* é e deve ser preservado, mesmo frente à capitulação legal de conduta específica autorizada da sua aplicação. Também está autorizada a superação da personalidade jurídica da sociedade fornecedora quando verificada conduta representativa de excesso de poder, ou seja, se os administradores entidade societária assumirem conduta que vai além dos limites fixados em lei, no contrato social ou no estatuto.

A doutrina, de um modo geral, não demonstra simpatia à dicção legislativa que inclui excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos e contrato social como motivos ensejadores da efetivação da extensão da responsabilidade da pessoa jurídica aos seus membros ou administradores, enxergando aqui a presença de meras condutas justificadoras de responsabilidade pessoal dos autores da prática de tais atos.

Na segunda hipótese, a intenção de causar prejuízo ao consumidor é afastada e o elemento justificador da aplicação da superação da desconsideração jurídica é a verificação de má-administração societária, que ocasione desfalque patrimonial da empresa, atingindo indiretamente o crédito do consumidor<sup>18</sup>. Assim, ocorrendo falência, encerramento ou inatividade da empresa, somente será utilizada a técnica da desconsideração quando a causa destas puder ser atribuída à má-administração societária<sup>19</sup>.

16 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário**, v. 1, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 258.

17 AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 5, jan-mar de 1993, p. 168-182, RTonline.

18 A má-administração atinge primeiramente a própria empresa, causando seus efeitos danosos diretamente nesta, pelo que se pode dizer que neste caso o consumidor é atingido indiretamente.

19 O Tribunal de Alçada de Minas Gerais aplicou a teoria da desconsideração nesta hipótese em acórdão assim ementado: “A responsabilidade Civil do Administrador, para efeitos da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28 da Lei 8078/90), se mantém, mesmo após a cessação de suas funções na sociedade. A administração da empresa é composta de atos contínuos, que se encadeiam e não se podem individualizar em curto lapso de tempo. O fato de o administrador ter se afastado do conselho de administração da sociedade, que se encontra em processo de liquidação extrajudicial, por si só, não significa que o mesmo esta desvinculado das ações que praticou no comando da organização, podendo vir a responder pelas consequências da má administração, se a deficiência de sua conduta restar configurada” (Ap. Civ. nº 186.218-2, da Comarca de Belo Horizonte). Também cabe conferir julgamento do recurso especial nº Recurso especial 737000/MG, relatado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. pela 3ª Turma do STJ, em 01/09/2011: “Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel proposta contra a construtora e seus sócios. Desconsideração da personalidade jurídica. Art. 28, caput e § 5º, do CDC. Prejuízo a consumidores. Inatividade da empresa por má administração. 1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios. 2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade

A terceira situação autorizadora da efetivação da *disregard doctrine* no âmbito consumerista será analisada no próximo tópico.

## 2.1 A Desconsideração da personalidade jurídica em função do prejuízo

A previsão expressa no parágrafo 5º, do artigo 28, do Código Consumerista, inova na própria teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ela estabelece que esta doutrina deverá ser utilizada sempre que, de alguma forma, o reconhecimento irrestrito da personalidade jurídica da sociedade representar obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados a consumidores. Aqui, vigora o que ficou conhecido na doutrina como teoria menor da desconsideração, na qual são desprezados os questionamentos sobre aspectos subjetivos, como a má-fé, a fraude, bastando para tanto a insolvência do fornecedor<sup>20</sup>.

A amplitude estabelecida por este parágrafo, quanto à utilização da teoria da desconsideração, bem como o fato de possuir uma abrangência maior que o próprio *caput* do artigo, foi alvo de severas críticas entre os doutrinadores brasileiros. Alexandre Freitas de Assumpção Alves, nesta linha, sugere que a amplitude da norma e o âmbito de sua incidência devem ser estritamente interpretados, argumentando, ainda na vigência da Codificação Civil revogada, que: “qualquer prejuízo patrimonial sofrido pelo consumidor quando o agente é uma pessoa jurídica não pode levar ao afastamento de sua personalidade, pois, desta forma, estaria sendo eliminando o art. 20 do Código Civil e a aplicação da lei seria contrária aos fundamentos da República (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, IV)”, concluindo: “se o que se pretende é um aprimoramento do instituto da pessoa jurídica, não é possível sujeitar os sócios que ingressam na sociedade sob a garantia da limitação de sua responsabilidade e desvinculação de seus patrimônios à simples insatisfação de qualquer credor, ainda que seja um consumidor”<sup>21</sup>.

---

da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, caput, do CDC. 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004). 5. Recurso especial conhecido e provido”.

20 A aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica em matéria consumerista foi contemplada em decisão do STJ proferida em demanda onde foi questionada a responsabilidade frente a danos causados em função de uma explosão em um shopping center na cidade de Osasco, fato este que ganhou repercussão nacional. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “Responsabilidade civil e Direito do Consumidor – Recurso especial – Shopping Osasco-SP – Explosão – Consumidores – Danos materiais e morais – Ministério Público – Legitimidade ativa – Pessoa jurídica – Desconsideração – Teoria maior e teoria menor – Limite de responsabilização dos sócios – Código de Defesa do Consumidor – Requisitos – Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores – art. 28, § 5º. (...) A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do art. 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos” – Resp nº 279.273/SP, 3ª Turma, rel. Min. Fátima Andrighi, j. 04.12.2003. Veja-se, ainda, o seguinte precedente do STJ: “Direito do Consumidor e Processual Civil. Recurso Especial. Execução frustrada. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Indeferimento. Fundamentação apoiada na inexistência dos requisitos previstos no art. 50 do CC/2002 (teoria menor). Omissão. Ofensa ao art. 535 do CPC reconhecida. 1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um ‘obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’ (art. 28 e seu § 5º CDC). 2. Omitindo-se o Tribunal a quo quanto à tese de incidência do art. 28, § 5º, do CDC (teoria menor), acolhe-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido” – REsp. nº 1.11.153, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 06.12.2012.

21 ALVES, Alexandre Freitas de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o Direito do Consumidor: um estudo de direito civil constitucional, in: **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 272.

Não é vislumbrada nenhuma inadequação ao conteúdo no texto sob comento, ao contrário, ele expressa os valores elegidos pelo legislador constituinte em duas passagens de suma importância da Carta Constitucional. Como referido anteriormente, a proteção ao consumidor é colocada pela Constituição como Direito Fundamental (art. 5º, XXXII) e também erigida a princípio norteador da Ordem Econômica (art. 170, V). Nada impede a edição de norma que excepcione o sistema de limitação de responsabilidade societária. Para confirmar tal assertiva basta que se recorde que as formas societárias previstas na Codificação Civil não contemplam a limitação de responsabilidade em suas características, embora sem utilização em função de questões de ordem práticas.

O Direito do Consumidor ostenta peculiaridades que justificam a existência de regramento não coincidente com aquele destinado ao direito comum. Há um nítido interesse público na matéria consumerista de trocas e prestações de serviços que movimentam o mercado e permitem a circulação das riquezas, com inevitáveis repercussões no âmbito das relações privadas, de forma a proporcionar a efetiva tutela dos consumidores<sup>22</sup>. A necessidade de consumo, o caráter preponderantemente de adesão das relações contratuais de massa e a disparidade de forças econômicas em desfavor do consumidor impõem a existência de normas mais rígidas, capazes de amenizar a ausência de equivalência entre os contratantes.

Entende-se que a vida do dispositivo em questão deverá ser estabelecida pelo intérprete, norteado pela técnica hermenêutica tradicional de harmonizar o enunciado do *caput* do artigo com a previsão presente no § 5º. Assim, a cláusula geral inserta no parágrafo em questão, não poderá ser aplicada de forma a tornar inócua a previsão do *caput* do artigo 28 da Lei Consumerista. No mesmo sentido, não pode ser ignorado o texto do parágrafo, deixando-se de aplicá-lo, por apego literal ao mandamento contido no *caput*. A conciliação necessária e inquestionável deverá passar pela ideia de que o parágrafo proporcionou uma abertura do rol de casos autorizadores da aplicação da teoria da desconsideração previstos no *caput* do artigo, sem o prejuízo dos pressupostos teóricos que a doutrina da desconsideração da personalidade dos entes coletivos que o legislador consumerista visou consagrar na criação do artigo 28. Como afirma Luiz Antônio Rizzatto Nunes, o § 5º, do referido dispositivo normativo, deixa patente que as hipóteses elencadas no seu *caput* são meramente exemplificativas, sendo o seu intuito, acima de tudo, garantir sempre o ressarcimento do consumidor pelos danos provocados pelo fornecedor<sup>23</sup>. Assim, a cláusula geral expressa no § 5º, do artigo 28 de Código Consumerista, representa um momento de compartilhamento do Direito do Consumidor com o Direito Negocial que lhe é estranho, de forma que, por meio deste ponto contado, o aplicador do direito poderá utilizar, para justificar a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica numa determinada relação de consumo, algum dos fatos que justificam a aplicação desta teoria no macro sistema negocial, como a ocorrência de confusão patrimonial ou subcapitalização<sup>24</sup>. Desta forma, o microsistema do Direito do Consumidor poderá ostentar

22 Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, nesta linha, afirmam: “este valor de proteção efetiva dos consumidores é tão grande que o CDC permite mesmo a quebra do dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios. É o art. 28 do CDC, o qual prevê a desconsideração da personalidade jurídica em prol dos interesses dos consumidores, mesmo em casos que não há abuso” – BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais 2017.

23 NUNES, Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78.

24 O TJRS, no julgamento da Ap. Civ. nº 196147912, entendeu por aplicar a teoria da desconsideração da personalidade societária, com base no § 5º do art. 28 do CDC, considerando a falta de idoneidade financeira da empresa administradora de consórcio (5ª Câmara, Rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres). No julgamento do Ag. De Inst.v. nº 595131186, a 7ª Câmara. Civ. o TJRS confirmou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em favor do consumidor, com fulcro no disposto no § 5º do art. 28 do CDC, argumentando que “Os novos rumos do Direito, na proteção do consumidor, têm evitado a constrangedora realidade consistente em verdadeiro paradoxo, qual seja o de as empresas soçobramem, enquanto os empresários enriquecem. Por isso, em boa hora, a Lei nº 8078/90, consagrou em seu texto a doutrina de desconsideração da pessoa jurídica, de larga aplicação no direito anglo-saxão sempre que ela serve de escudo protetivo àqueles que ingressam no mercado sem qualquer risco, constituindo empresas sem idoneidade econômica. Isso para não falar nas hipóteses teratológicas, em que a pessoa jurídica acoberta atividades manifestamente ilícitas... com efeito, a agravada descumpriu integralmente o contrato, não contestou a ação de resolução contratual e repetição do pagamento, não indicou bens à penhora, descumpriu acordo celebrado para sustar a execução da sentença e, persistindo em sua atitude olímpica,

o domínio de realidades jurídicas que lhe são próprias e peculiares, cunhado sob medida para a sua praxis, sem, contudo, deixar de aproveitar a evolução experimentada pelo sistema maior<sup>25</sup>.

Finalizando, é oportuna a indagação sobre a melhor interpretação a ser dada à expressão “poderá desconsiderar”, constante do caput do artigo 28 do Código do Consumidor, ou seja, a aplicação da teoria da desconsideração, nos casos previstos por este texto normativo é indicativo de faculdade outorgada ao julgador ou trata-se de norma de incidência obrigatória.

Domingos Afonso Kriger Filho é enfático ao manifestar-se no sentido de que a expressão em comento não encerra uma simples faculdade outorgada a ser utilizada pelo magistrado, ao seu alvedrio. Entende este autor que o juiz deverá chamar à responsabilidade os sócios que estavam na direção da empresa na ocasião da ofensa ao consumidor, sob pena de quebra da escala de valores instituída por ordem legal<sup>26</sup>. Concorde-se integralmente com esta orientação, pois comprometida com os princípios que norteiam a aplicação da legislação consumerista, dita, em seu artigo 1º, como norma de ordem pública e de interesse social. Portanto, verificada uma das hipóteses apropriadas para o uso da teoria da desconsideração, deve esta ser realizada, como melhor forma de realização da justiça.

O tratamento diferenciado que o ordenamento jurídico oferece à normatização da teoria da desconsideração no âmbito da esfera consumerista, além de confirmar a sua autonomia, reforça a importância que a Codificação Consumerista deposita no princípio da tutela da confiança e da efetiva reparação dos danos sofridos pelos consumidores. Nesta linha, Cláudia Lima Marques leciona que “os tribunais estaduais têm usado com razoabilidade e cautela esta norma do CDC, mas retirando dela toda a sua força, frisando que o instituído é de ser utilizado toda vez que os consumidores confiam na aparência, marca ou atuação de um sócio, empresa de grupo, e também em matéria de sucessão de empresas, erros na denominação ou razão social e facilitação do seu processo”<sup>27</sup>. Efetivamente, o consumidor, ao adquirir produtos ou contratar serviços, não possui condições de verificar as condições financeiras da pessoa jurídica com

---

*não veio a Juízo para contraminutar o agravo. Ficou saliente frente às graves assertivas da agravante, referentemente à sua situação econômico-financeira, demonstrando, assim, que, efetivamente, não oferece àqueles que com ela contratam, qualquer garantia pelo descumprimento de suas obrigações”* (Rel. Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes).

25 Ana Carolina Rodrigues e Yolanda Silvia Sendon Rodrigues realizaram interessante pesquisa junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2015, constatando que alguns juízes de primeira instância ainda exigem, para fins de desconsideração da personalidade jurídica em relações de consumo, que os requisitos do art. 50 do Código Civil sejam cumpridos. Porém, esta leitura não tem encontrado respaldo na segunda instância, em que parte das decisões desfavoráveis à desconsideração da personalidade jurídica é reformada. As autoras informam ainda que: “*também foram encontradas decisões de primeira instância desfavoráveis à desconsideração da personalidade jurídica sob o fundamento de que não foram esgotados os meios para satisfação da demanda do consumidor. Entendemos que tal argumento se coaduna com os preceitos do artigo 28 do CDC. De acordo com os resultados da pesquisa realizada, notou-se que, das decisões consideradas, 85% foram favoráveis à desconsideração da personalidade jurídica. Em primeira instância o cenário é diferente, havendo um total de cerca de 50% de decisões favoráveis à desconsideração da personalidade jurídica*”, concluindo “*este cenário demonstra a ampla aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das relações de consumo*” (RODRIGUES, Ana Carolina; RODRIGUES, Yolanda Silvia Sendon. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Público e Economia – RDPE**, ano 15, nº 57, jan.-mar. de 2017, p. 35).

26 KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, jan.-mar. 1995, p. 83. No mesmo tom manifesta-se Olga Maria do Val: “*De fato, tendo em vista que as normas do CDC são de ordem pública e de interesse social, podem e devem ser aplicadas de ofício pelos juizes, independentemente de solicitação das partes envolvidas, ou ainda, de prévia cognição para verificar a sua aplicabilidade. Tratando-se de normas cogentes, os poderes dos juizes são ampliados de vez que estão obrigados a propiciar a efetiva tutela das relações de consumo*” entretanto, na conclusão de seu estudo a autora parece contradizer-se ao referir “*mesmo tratando-se de medida excepcional, isto é, uma faculdade do juiz para aquelas hipóteses em que a pessoa jurídica constitua-se em obstáculo para a efetiva reparação de danos, o fato é que esta norma representa, no mínimo, um instrumento inibidor de condutas contrárias à ordem jurídica, um instrumento valioso para tornar eficaz a proteção do consumidor*” (VAL, Olga Maria do. Responsabilidade Civil – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Prestação de Serviços Defeituosa – Fraude à Execução – Art. 28, “Caput” do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 15, p. 189/190). Eduardo Gabriel Saad também entende pela obrigatoriedade da desconsideração: “*Deflui do texto do dispositivo aqui sob análise que o juiz tem a faculdade de desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade. Temos para nós que essa faculdade converte-se em dever depois de feita a prova do prejuízo do consumidor devido a uma das circunstâncias elencadas nesse mesmo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. O silêncio da norma nos permite concluir que semelhante decisão do juiz não depende de requerimento da parte; o procedimento é admitido ex officio*” (SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei 8078/90, de 11.9.90**, 4ª ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 312)

27 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 8ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.413/1414.

está negociando, assumindo a posição equivalente à de um *credor involuntário*, desprovido de qualquer instrumento que lhe permita salvaguardar as suas pretensões econômicas frente ao que lhe é infinitamente mais forte e, em grande parte das vezes, invisível quanto à sua estrutura interna.

O consumidor é levado a contratar pela confiança que lhe é criada pelas sedutoras técnicas de publicidade e pelo impacto proporcionado pela marca utilizada no mercado pelo fornecedor, para a divulgação de sua atividade. A realidade do mercado consumerista propicia uma verdadeira blindagem do fornecedor, tornando-o opaco àqueles que depositam neles sua confiança, contratando seus produtos ou serviços.

Para encerrar a análise da teoria da desconsideração no Código de Defesa do Consumidor, cabe trazer a colação a doutrina de Cláudia Lima Marques, no sentido de que: “é o princípio da confiança, instituído pelo CDC, garantindo não só a qualidade dos produtos colocados no mercado, mas assegurando também como dispõe o art. 6º, inciso VI, a efetiva reparação dos danos sofridos pelos consumidores, mesmo que para isto, casuisticamente, deva-se desconsiderar um dos maiores dogmas do Direito Comercial e Civil<sup>28</sup>.”

### 3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

#### 3.1. A Processualização da *disregard doctrine*

O sistema jurídico instaurado pela atual codificação processual anuncia duas maneiras de levar a juízo o debate sobre a presença dos requisitos ensejadores da aplicação da teoria da desconsideração: por meio de pedido originário ou de forma incidental.

O tema é enfrentado de maneira originária quando o pedido de aplicação da *disregard of the legal entity* já é apresentado no momento da propositura da demanda, proporcionando litisconsórcio passivo<sup>29</sup> deste o começo do processo. Nesta hipótese o sócio ou administrador (ou eventualmente a pessoa jurídica, no caso da desconsideração inversa) farão parte do processo desde o seu início, sendo citados para apresentar defesa, e o julgador decidirá tanto sobre a adequação da sua responsabilização quanto sobre o mérito da lide, ou seja, o objeto da demanda.

A alegação poderá advir, também, por meio de incidente processual, colocado na nova codificação como espécie de intervenção de terceiros, na condição de técnica de ingresso forçado no processo, com aptidão para produzir eventual litisconsórcio passivo posterior, numa ampliação subjetiva da demanda<sup>30</sup>. Tal inovação oferece uma série de vantagens, na medida em que permite o debate e a eventual efetivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no próprio procedimento, tornando despicienda a instauração de demanda autônoma

28 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 8ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.469-1470.

29 Esta é a orientação adotada pelo Fórum Permanente de Processo Civil, em seu enunciado nº 125, in verbis: *Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentalmente no processo.*

30 Comentando sobre a opção da nova Codificação Processual, no sentido de inserção do incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de intervenção de terceiro, Luis Alberto Reichelt anota: “o fato é que, sob o pálio do incidente em questão, o sujeito cujo patrimônio se pretende seja responsabilizado mediante a desconsideração da personalidade jurídica é ‘terceiro’ quando do início do debate processual. Não é ele autor, pois não é o responsável pelo pleito de tutela jurisdicional, nem é réu, dado que não é em face dele que a tutela jurisdicional foi originariamente solicitada. Com o seu ingresso na relação processual, aquele que originariamente era um terceiro passa a assumir a condição de parte, formando com o réu original um litisconsórcio passivo facultativo unitário” – REICHELTL, Luis Alberto. *A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor*, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 98, mar-abr, 2015, RTonline.

ou evitando que sejam negligenciados os postulados que balizam o ideal de realização do *processo justo*.

No presente ensaio interessa em especial a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica requerida na forma de incidente processual, disciplinada nos artigos 133 a 137 da Codificação Processual<sup>31</sup>. A inovação é de extrema importância e representa verdadeira dobra histórica no percurso que vem sendo trilhado pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito interno.

Conforme a própria nomenclatura vem a expressar, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica vai ocorrer no curso do procedimento, mediante petição devidamente fundamentada, ofertada nos próprios autos e dirigida ao juiz da causa. É indispensável que o pedido seja fundado na presença dos pressupostos adequados para a responsabilização patrimonial dos sócios, administradores ou a sociedade (na hipótese de desconsideração inversa). Caberá ao requerente apontar quem se objetiva atingir com a ampliação da responsabilidade patrimonial, apresentando sua qualificação, de modo a permitir o competente ato citatório. Deverá ser exposta, ainda, a causa de pedir e os pedidos pertinentes ao escopo do incidente. Em síntese, é uma petição postulatória.

A legitimidade ativa para postular a instauração do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica é atribuída pelo legislador processual à parte interessada (credor), ou ao Ministério Público, nos casos em que lhe couber intervir no processo. Os pressupostos para a aplicação da teoria da *disregard of the legal entity* estão indicados nas regras de direito material, basicamente aqueles que constam da cláusula geral do art. 50 da Codificação Civil (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), ou de alguma legislação esparsa que discipline a matéria objeto da demanda (como, *v.g.* a disposição do art. 28 da legislação consumerista).

Atendendo ao princípio maior do contraditório, no procedimento do pedido incidental de desconsideração da personalidade jurídica deverá ser realizada a citação do administrador, do sócio ou da pessoa jurídica em relação ao qual se quer estender a responsabilidade patrimonial, para que estes venham ao processo e exerçam o seu direito de defesa, trazendo as suas argumentações e requerendo a produção das provas que forem do seu interesse. A referida citação é indispensável, sob pena de vir a se caracterizar a presença de grave nulidade processual. Entretanto, até o advento da nova codificação processual o tema não se mostrava tranquilo em sede de Superior Tribunal de Justiça, onde conviviam decisões que reconheciam a nulidade da decisão de desconsideração pela ausência de contraditório prévio, com aquelas que se contentavam com a mera observância do contraditório diferido.

A citação dos sócios ou da pessoa jurídica oportuniza a estes virem ao processo e defenderem os seus interesses. Será a oportunidade da apresentação das questões de fato e de direito capazes de afastar o acolhimento do pedido de extensão da responsabilidade da pessoa jurídica aos seus sócios ou administradores, como as preliminares relativas a questões processuais, como ilegitimidade, coisa julgada, dentre outros, além dos argumentos de mérito.

<sup>31</sup> Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º-O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º- Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º-A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º-Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º-A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º-O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Geralmente o deslinde do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica dependerá da realização de instrução probatória, por meio de realização de perícia técnica, ou da averiguação de situações de fato que possam indicar a ocorrência de motivos para a desconconsideração. Somente assim se estará valorizando o princípio do contraditório prévio inequivocamente priorizado pelo legislador.

### 3.2 Possibilidade de instauração *ex officio* do incidente de desconconsideração nas lides consumeristas

A novidade da normatização do incidente de desconconsideração traz à tona o debate sobre a possibilidade da *disregard doctrine* ser efetivada ou ter o incidente instaurado de ofício pelo julgador, sem a necessidade, portanto, de provocação da parte interessada (ou do Ministério Público).

O artigo 50 da Codificação Civil é literal ao indicar que a extensão de responsabilidade em decorrência da prática de atos representativos de abuso da personalidade jurídica será efetivada “a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo”. Na mesma linha o artigo 133 do Código de Processo Civil reitera o Codex Civil, indicando que “o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público”. Ainda, há a previsão contida no art. 795, § 4º, desta legislação, dispondo que “para a desconconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

Logo, num primeiro momento, parece bastante sedutora a adoção de um raciocínio mais simplista, apegado à estrita dicção legislativa, levando à conclusão de que a efetivação da *disregard doctrine* dependeria, sempre, da postulação da parte, conforme indicado no texto da lei. Nesta trilha seguem Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery, defendendo que “segundo o CPC 133, o juiz só analisará a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica caso a parte interessada ou o MP requerer a providência. Não pode, pois, aplicar a desconconsideração *ex officio*”<sup>32</sup>. André Pagani de Souza, em estudo anterior à Codificação Processual atual, já se posicionava radicalmente contrário à efetivação *ex officio* da *disregard doctrine*, considerando o seu caráter excepcional. Nas palavras deste autor: “a desconconsideração da personalidade jurídica – seja ela no âmbito do direito do consumidor, seja em qualquer outra área do direito – é medida extremamente excepcional. Havendo pedido de condenação da pessoa jurídica ao pagamento de certa indenização, cabe ao juiz atender ao pedido. O modo pelo qual o juiz atenderá ao pleito, em se tratando de hipóteses excepcionais, deve estar vinculado ao pedido que a parte formulou”, concluindo: “aliás, esse entendimento é coerente com o fato de que, caso se descubra depois que não era hipótese de se desconsiderar a personalidade jurídica, nascerá para o prejudicado um direito a pleitear indenização, e somente quem pediu e se beneficiou com essa medida excepcional é que estará legitimado a indenizar”<sup>33</sup>.

Acredita-se, no entanto, que a questão deve ser focada com base na natureza do direito material envolvido na lide, o que afasta a aceitação de uma única solução, planejada para todas as matérias, independentemente do objeto envolvido na demanda. Esta conclusão é balizada pela própria previsão contida no artigo 133, § 1º, ao dispor que o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. Assim, se o direito material autorizar – ou justificar – a atuação de ofício do magistrado na definição da ampliação da

32 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 571.

33 SOUZA, André Pagani. *Desconconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 154.

responsabilidade por decorrência da superação da personalidade jurídica, a instauração de ofício do incidente estará viabilizada<sup>34</sup>.

O Direito do Consumidor é qualificado por uma série de aspectos especiais, que permitem que seja visualizado como direito de natureza indisponível, de modo a permitir a sua aplicação de ofício pelo julgador. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII, eleva a defesa do consumidor à condição de Direito Fundamental; e no art. 179, V, coloca a matéria como princípio orientador da Ordem Econômica. No interior da legislação consumerista central há a indicação do Código de Defesa do Consumidor representar norma de ordem pública e interesse social (art. 1º). Especificamente, na oportunidade em que o Código de Consumidor regula a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), há indicação expressa no sentido de que “o juiz poderá aplicar a teoria”, o que, como enfatiza Osmar Vieira da Silva, é norma dispositiva dirigida precipuamente a juiz. De tudo, há que se concluir que a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica nas demandas fundadas na defesa dos direitos do consumidor o juiz poderá instaurar ex officio o incidente de desconsideração, tornado despicienda a necessidade de postulação do interessado ou do representante do Ministério Público<sup>35</sup>. Seguindo-se a lição de Luis Alberto Reichelt “do ponto de vista hermenêutico, tem-se que, na dúvida entre duas ou mais interpretações resultantes do contraste entre o Código de Defesa do Consumidor e o projeto de novo Código de Processo Civil, impõe-se seja sempre adotada aquela que permita ao consumidor obter resultados mais satisfatórios ao seu interesse, sendo vedado o retrocesso”<sup>36</sup>.

34 Na oportunidade da I Jornada de Direito Civil, por sugestão de Kennedy Josué Greca de Mattos, foi cogitada a necessidade de ser alterada a redação do art. 50 do CC, com a proposta da seguinte redação: “Art. 50: É necessário dar nova redação ao referido artigo: Em caso de insolvência da pessoa jurídica, pode o juiz ou tribunal decretar, de ofício, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, o fim da separação de seu patrimônio com o de seus sócios ou administradores, sempre que houver suspeita de prática de fraude, desvio de finalidade ou bens, bem como confusão patrimonial. Parágrafo único: Na hipótese prevista neste artigo, o ônus processual e econômico da prova sobre a licitude do fato, ato ou negócio jurídico praticado antes do estado de insolvência é sempre da pessoa jurídica”. Tal proposta, que não chegou a lograr êxito, contou com a seguinte justificativa: “o Código Civil de 1916 sempre garantiu a total independência jurídica e econômica da pessoa jurídica e de seus integrantes. Tanto é verdade que o art. 20 da lei em vigor reza: As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. A norma permitiu que, ao longo dos anos, se formasse uma cultura de irresponsabilidade dos sócios frente às consequências nefastas da insolvência, sendo que, na maioria das vezes, terceiros de boa-fé eram prejudicados com a impossibilidade de ser reparada a lesão ao direito praticado em virtude daquela separação. Nem mesmo a jurisprudência teve forças para desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, já que a prova da fraude ou do abuso de finalidade sempre foi de difícil ou impossível obtenção. A redação do art. 50 da Lei nº 10.406/02 mostra-se tímida e imprecisa. Tímida, porque não adota integralmente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, deixando várias brechas para que as fraudes ou desvios de bens continuem sendo praticados, bastando, para tanto, que a produção da prova da prática de ato ilícito seja complexa ou onerosa. Imprecisa, quando estabelece, em sua segunda parte, que o juiz poderá estender aos bens dos sócios ou administradores os efeitos de certas e determinadas obrigações, o que certamente ocasionará um longo debate sobre quais seriam as verdadeiras hipóteses de incidência da lei. É bom lembrar, ainda, ter sido a nova lei inspirada nos princípios da equidade e boa-fé, conceitos que superam em muito a simples observância da gênese dos negócios jurídicos. A norma futura exige que esses princípios estejam presentes durante o desenvolvimento de toda a relação obrigacional, não apenas quando da captação da vontade dos envolvidos. Por outro lado, a transparência que o novo ordenamento quer dar às relações jurídicas, exige que haja a facilitação da investigação judicial sobre a licitude do funcionamento da empresa. Trata-se de norma de ordem pública que deve impor esse ônus àqueles que querem ter deferimento estatal para criação de nova personalidade jurídica. Além disso, também por se tratar de lei que não pode ser afastada pelas partes, deve o magistrado poder agir imediatamente, muitas vezes para evitar iminente lesão de direito. O enunciado propõe, ainda, legitimar qualquer interessado a provocar a incidência da lei, porque nem sempre a vítima da lesão de direito é parte na relação obrigacional. Outro aspecto a ser salientado é que o parágrafo único agora sugerido tem a função de dar vida ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Além de prever a inversão do ônus probatório, obrigação processual que passa a ser atribuída a quem detém as efetivas condições de demonstrar a verdade, já que, por exemplo, é possuidor dos livros contábeis, dos balanços, das cópias dos contratos, do levantamento do passivo e ativo etc., também impõe o adiantamento dos custos econômicos da produção da prova em juízo, tudo a fim de evitar que aqueles que sofram os reflexos da insolvência não possam utilizar o novo ordenamento jurídico devido a sua hipossuficiência”.

35 Neste sentido é a orientação encontrada de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, argumentado, explicando: o incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende, em regra, de pedido da parte interessada ou do Ministério Público, quando esse participe do processo. Pode o legislador expressamente excepcionar a necessidade de requerimento para tanto – como o faz, por exemplo, o art. 28, do CDC” – MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106.

36 REICHELT, Luis Alberto. A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 98, mar-abr, 2015, RTonline. Na mesa linha Osmar Vieira da Silva defende a aceitação da aplicabilidade ex officio da disregard of legal entity, argumentando: “como as situações fáticas que ensejam a desconsideração podem emergir no decorrer da instrução do processo, deve-se aceitar a possibilidade de o juiz desconsiderar a pessoa jurídica independentemente de postulação da parte autora. Tal postura não irá colidir com o princípio da iniciativa da parte, pois essa se refere à propositura da demanda. Por outro lado, estará preservando o princípio da congruência porque a tutela jurisdicional será prestada no âmbito do pedido” – SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica**:

Em estudo específico sobre esta problemática, Eduardo Santos Pozza conclui pela possibilidade de instauração *ex officio* do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em demanda que envolvam matéria consumerista, fundamentando o seu posicionamento, em especial, na noção de processo civil cooperativo, ressaltando, porém, a necessidade de preservação do efetivo contraditório<sup>37</sup>.

Posicionando-se neste sentido Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende também a possibilidade de o magistrado agir de *officio* também nos casos que envolvam interesse coletivo ou difuso, sem fazer qualquer distinção sobre o conteúdo de direito material envolvido e nas hipóteses relacionadas a questões de ordem pública, vinculando-se aos casos em que se reconhece a aplicação da teoria menor da desconconsideração da personalidade jurídica (proteção ao meio ambiente, a tutela ao consumidor, combate à corrupção através de mecanismos ligados à pessoa jurídica)<sup>38</sup>.

Vencido este ponto, resta verificar como será, então, a forma de atuação do julgador.

Trilhando esse caminho, Guilherme Calmon Nogueira da Gama leciona que nestes casos o magistrado, ao determinar a instauração do incidente, realizará a descrição dos fatos supostamente hábeis a ensejar a superação da personalidade jurídica, com a subsequente citação daqueles que serão atingidos pela possível ampliação da responsabilidade<sup>39</sup>.

Note-se que nada impede que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica venha a ocorrer nas demandas que tenham por objeto relações de consumo, sendo instaurado por iniciativa do interessado ou do Ministério Público, quando então seguirá o procedimento consolidado na nova legislação processual.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta breve análise sobre a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica e de sua projeção sobre os litígios envolvendo relações de consumo, é possível concluir que as peculiaridades deste setor diferenciado do Direito justificam o seu tratamento especial.

Tomando como referência o ditame constitucional, que eleva a defesa dos consumidores à condição de Direito Fundamental, qualquer inserção legislativa neste âmbito deve ser no sentido de intensificar a tutela da parte mais vulnerável destas relações econômicas de mercado, sempre direcionada à efetividade da realização de seus direitos.

Acredita-se que este foi o note do legislador consumerista ao traçar o perfil de cada figura jurídica inserida na Codificação Consumerista e que se reproduz de forma bastante satisfatória na adoção da chamada teoria menor da desconconsideração, considerando suficiente a presença da insolvência para se justificar o levantamento da personalidade jurídica em favor dos consumidores.

Consolidada esta baliza, resta agora o enfrentamento da prática procedimental da aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, frente às novas regras trazidas pela Codificação Processual Civil atual

Certamente o pensamento que iluminou os idealizadores deste Código de Procedimentos foi a prática da efetivação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para o direito comum, tendo como bússola a *clausula geral da teoria maior*, consolidada na dicção do artigo 50 do Código Civil.

---

aspectos processuais, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 158.

37 POZZA, Eduardo Santos. A possibilidade de instauração *ex officio* do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil, **Revista Síntese de Direito Empresarial**, v. 57, jul.-ago. de 2017, p. 101-117.

38 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, **Revista de Processo**, v. 262, dezembro de 2016, p. 61-81.

39 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, **Revista de Processo**, v. 262, dezembro de 2016, p. 61-81.

As diferenças materiais em relação à teoria maior e à teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica não podem passar incólumes ao pensamento procedimental. Tratam-se de figuras de vieses distintos, os quais necessariamente devem ser considerados na questão procedimental.

Neste sentido, defende-se a dispensa de pedido específico para a instauração do incidente de desconsideração quando a matéria versada na lide envolver questão pertinente a relações de consumo.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Freitas de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o Direito do Consumidor: um estudo de direito civil constitucional, in: **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 5, p. 168-182, jan-mar de 1993.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**, Coordenadores WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial**: v. 2, Direito de Empresa, 20. ed., São Paulo: RT, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Poder de controle na sociedade anônima**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica, **Revista de Processo**, v. 262, dezembro de 2016.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, p. 78-86, jan.-mar. 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 8. ed., São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil, (aspectos) no código de proteção e defesa do consumidor, desconsideração da personalidade jurídica. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 9, n. 7, p. 127-140. 2015.

POZZA, Eduardo Santos. A possibilidade de instauração *ex officio* do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil, **Revista Síntese de Direito Empresarial**, v. 57, p. 101-117. jul.-ago. 2017.

REICHELTL, Luis Alberto. A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, mar-abr, 2015.

REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). **Revista dos Tribunais**, v. 410, dez. 1969.

RODRIGUES, Ana Carolina; RODRIGUES, Yolanda Silvia Sendon. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Público e Economia – RDPE**, ano 15, n. 57, jan.-mar. 2017.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei 8078/90, de 11.9.90**, 4. ed. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, André Pagani. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**, São Paulo: Saraiva, 2000.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário**, v. 1, 6. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

VAL, Olga Maria do. Responsabilidade Civil – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Prestação de Serviços Defeituosa – Fraude à Execução – Art. 28, “Caput” do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 15, p. 179-190, 2015.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil, **Revista de Direito Privado**, n. 10, p. 69-85, 2002.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A ABUSIVIDADE DA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS  
MÉDICOS EM RAZÃO DA MUDANÇA DE ACOMODAÇÃO  
DO CONSUMIDOR-PACIENTE

IGOR DE LUCENA MASCARENHAS  
ALFREDO RANGEL RIBEIRO

# A ABUSIVIDADE DA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS MÉDICOS EM RAZÃO DA MUDANÇA DE ACOMODAÇÃO DO CONSUMIDOR-PACIENTE

## THE ABUSIVENESS OF THE INCREASING THE MEDICAL FEES DUE A CHANGE OF ACCOMMODATION OF THE CONSUMER-PATIENT

Recebido: 29/07/2018  
Aprovado: 23/10/2018

Igor de Lucena Mascarenhas\*  
Alfredo Rangel Ribeiro\*\*

**RESUMO:** O presente trabalho discorre sobre os honorários médicos e a permissão, pelo Conselho Federal de Medicina, da majoração dos honorários médicos em caso de opção do paciente por acomodação superior. Apesar de existir precedente do Superior Tribunal de Justiça considerando legítima tal conduta, observa-se uma atuação pendular do Judiciário, de modo que ainda não há um posicionamento firme e claro sobre a temática. Por intermédio da análise bibliográfica, conclui-se que, por se tratar de serviço idêntico, não há razão para a cobrança diferenciada e, portanto, a majoração dos honorários médicos seria abusiva e contrária ao Código de Defesa do Consumidor.

**Palavras-chave:** Relação médico-paciente. Honorários médicos. Majoração por mudança de acomodação. Abusividade. Tratamento não isonômico.

**ABSTRACT:** The paper discusses the medical fees and the authorization by the Federal Medical Council to increase it in case of an upgrade of the hospital accommodation. The Superior Court of Justice already decided an individual case and ruled that the medical conduct is legal e legitimate, however, based on cases analyzed by the states courts, there is a pendulary action of the Judiciary, so that there is no firm and clear position on the issue. Through a bibliographic analysis, it is concluded that, because it is an identical service, there is no reason for differentiated charging and, therefore, the medical posture would be abusive and contrary to the Consumer Defense Code.

**Keywords:** Physician-patient relationship. Medical fees. Increasing due change of accommodation. Abusiveness. Non-isonomic Treatment.

### 1 INTRODUÇÃO

A exemplo do que ocorre com outras profissões, a nobreza dos misteres da medicina tende a conferir-lhe natureza não mercantilista. Nesta perspectiva, ainda bastante influenciada pelo ideal ético-profissional ligado às origens das profissões da saúde, o ato médico não tem

\* Mestre Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba. Professor do Centro Universitário Unifacisa e das Faculdades Integradas de Patos (FIP). Membro do Instituto Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional (IDCC). Membro do Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Advogado. E-mail: imascarenhas@mbrp.adv.br

\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, com Doutorado Sanduíche junto à Universidade do Minho (Braga-Portugal). Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal da Paraíba. Professor Titular do Departamento de Direito do Centro Universitário de João Pessoa. E-mail: alfredo@santiagorangel.adv.br

preço, mas honra, dando ensejo aos honorários médicos. Nada obstante, hodiernamente as atividades médicas vêm sendo exploradas por agentes econômicos em contexto de mercado, o que levou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a reconhecer o caráter consumerista da relação médico-paciente.

Com o objetivo de evitar o aviltamento dos honorários médicos e manter a dignidade da profissão, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 1673/2003, permitindo que os Conselhos Regionais fixassem valores mínimos para os atos médicos previstos na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), que admite majoração dos honorários médicos caso o consumidor-paciente opte por acomodações superiores àquelas previstas em seu plano de saúde.

Este permissivo finda por admitir cobrança diferenciada por idênticos serviços, prática considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ademais, em regra a majoração dos honorários médicos por acomodação superior não é informada previamente ao consumidor, que é surpreendido com sua cobrança justamente quando se encontra em estado de vulnerabilidade agudizada pela enfermidade que o acomete.

Apesar de existir precedente do STJ considerando legítima a majoração dos honorários em caso de acomodações hospitalares superiores, tal prática continua sendo considerada abusiva por tribunais estaduais e sofrendo fortes críticas doutrinárias.

Neste contexto, fazendo uso dos métodos analítico, dedutivo, dialético e hermenêutico, o presente estudo, partindo de uma perspectiva histórica, perquire, por meio de pesquisa exploratória de fontes diretas, da literatura científica e de precedentes judiciais, sobre a incompatibilidade da majoração de honorários médicos em caso de opção por acomodações superiores.

O texto será segmentado em 06 (seis) seções, incluindo a introdução e as considerações finais. Inicialmente, serão abordados os honorários médicos e, em sequência, sua complementação em razão da mudança de acomodação do paciente em categoria superior à contratada. Em seguida, a questão será analisada sob a perspectiva do dever de informar dos planos de saúde. A abusividade da majoração dos honorários médicos à luz do Direito do Consumidor será objeto do último item.

## 2 DOS HONORÁRIOS MÉDICOS

Ainda que a Medicina seja considerada um *múnus público*, nos termos do Código de Ética Médica (CEM/2010), as atividades do profissional de Medicina podem se desenvolver no contexto do exercício de atividade lucrativa. Neste caso, os honorários médicos se consubstanciam como meio de subsistência no sistema produtivo existente.

Entender que os honorários não seriam direito do médico equivale a negar a existência digna e a sobrevivência do profissional. A remuneração está associada à sua subsistência e à necessidade de manutenção de suas necessidades básicas (FRANÇA, 2010).

França (2013), apresentando uma visão romântica do exercício da medicina, pontifica que o seu exercício não deve visar ao lucro, de modo que os honorários representariam apenas a consequência do agir médico, não se confundindo com o objetivo fundamental, que é a promoção do bem do paciente<sup>2</sup>. Sob esse prisma, o CEM/2010 idealiza que o exercício da medicina deve estar dissociado da prática mercantil, de sorte a não se pautar por regras estritamente capitalistas, mas pelos princípios da dignidade da pessoa e da saúde humana, vejamos:

<sup>2</sup> Em paralelo, apesar da visão idealista externada, o autor defende que há uma crescente valorização do profissional de medicina, gerando uma situação econômico-social para o médico, se comparado com os demais membros da sociedade (FRANÇA, 2013).

## I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e **ser remunerado de forma justa**.

...

É vedado ao médico:

Art. 58. O exercício mercantilista da Medicina. (grifo nosso)

Apesar de a Medicina não dever ser mercantilizada, o desempenho das atividades médicas vem crescentemente se inserindo em perspectiva empresarial, afastando-se daquele padrão sacro e desinteressado prescrito pela deontologia médica. Atualmente, a Medicina passa a ser observada como uma Ciência cujo objetivo é a saúde humana, cuja eficácia pode ser potencializada se inserida em ambiente mercadológico, convertendo o ato médico em serviço oferecido no mercado de consumo mediante remuneração (SZAFIR, 2015).

Aquela visão sacerdotal da medicina, em parte, está associada ao desenvolvimento histórico da “arte médica”, originalmente associada ao xamanismo ou curandeirismo médico, em que o profissional de saúde era uma espécie de interventor divino da Terra, cabendo-lhe minorar a dor e o sofrimento do paciente (PEREIRA, 2015). Seu insucesso adviria dos desígnios divinos ao passo que seu êxito decorreria da intervenção milagrosa por meio das práticas protomedicinais. Ou seja, o curandeiro ostentava espécie de aura celestial, concentrando, por vezes, poder religioso ou mesmo temporal. Desta forma, na qualidade de interventor superior, aquele que exercia o mister da cura assumia certo grau de imunidade que inviabilizava o questionamento de suas atuações. Por essa razão, o médico ainda hoje tende a ser idealizado como pessoa vocacionada a minorar a dor dos membros da coletividade (KFOURI NETO, 2013).

Pode-se afirmar que a Medicina se originou dessa aura sobrenatural, em que pese os “médicos” antigos serem homens que, por meio do conhecimento consuetudinário imemorial, desenvolveram métodos de cura e diminuição do sofrimento humano (MELO, 2014).

Compartilhando do entendimento exposto no CEM/2010, Pedro Fonseca e Maia Paula Fonseca (2016) pontificam que a medicina é profissão que tem como objetivo o tratamento do ser humano e prestação de serviço de saúde. Não haveria espaço para uma atuação egoísta ou pessoalizada, pois o agir médico seria em benefício do paciente e da coletividade, não comportando, desta forma, a exploração mercantil dessa nobre atividade.

Considerando esse aspecto histórico, a medicina-sacerdócio não comportaria pagamentos que variassem de acordo com a condição financeira do beneficiado ou oscilassem de acordo com as leis de mercado<sup>3</sup>. Essa visão romântica estipula que o valor da contraprestação paga ao médico há de ser justo, mas jamais lucrativo. Por isso denominam-se “honorários” – aquilo que é relativo à honra<sup>4</sup> – o valor devido a tais profissionais, evitando-se termos como **remuneração ou salário**.

<sup>3</sup> Em sentido contrário já se posicionou o CFM nos autos do Processo 1187/2007 ao destacar que “o médico que cobra seus honorários e da sua equipe considerando as circunstâncias, prática local e a situação econômica de quem trata os valores, não pode ser considerado infrator do CEM” (CFM, 2008, p. 149). Cf. CFM. APELAÇÃO: 1187. Relator: Conselheiro Wirlan de Santos da Luz. CFM. D.O.U 01/02/2008, Seção 1, Página 149. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/jurisprudencia/detalhes.asp?COD=5023&chave=CRM-SP&numero=1187>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>4</sup> Sobre essa discussão sobre o uso dos substantivos “honorários” ou “remuneração profissional”, é necessário destacar que o CEM/2010

Tratando sobre caso análogo (honorários advocatícios), Martins (2010) destaca que há profissões que não são comportadas pelo mercado, sobretudo ante a sua relação direta para com a honra:

O advogado não recebe subsídios, como os servidores públicos, nem salários, mas honorários. E vale a pena lembrar a origem do vocábulo, que vem da antiga Roma, onde causídicos recebiam honorarias para a defesa de seus constituintes, pois poder contar com um defensor, no direito romano, significava estar sendo defendido por alguém que se colocava acima dos interesses momentâneos, econômicos, pessoais ou políticos, sendo capaz de enfrentar os poderosos. A atuação de Cícero talvez tenha sido a mais bela expressão da advocacia, ainda no tempo da República. Por isto, os advogados não recebiam contraprestação, mas honorarias decorrentes de terem aceito a defesa, mormente em nível de pecúnia (MARTINS, 2010).

Desta forma, a partir da leitura do art. 58 do CEM/2010, Dantas e Coltri (2010) pontificam que o não exercício mercantilista não é incompatível com o recebimento de honorários. Para eles, o que é violador da ética é a cobrança de honorários vis e extorsivos, em que o profissional de medicina utilize os seus honorários como meio de competição no mercado. O recebimento de honorários é um direito médico, cabendo ao órgão de fiscalização profissional coibir cobranças exageradas, sejam elas para além ou para aquém do patamar que se entende por razoável, de sorte que sua fixação é norteada por parâmetros de justiça e dignidade.

Apesar da dignidade da qual se reveste a medicina, o atual estágio de profissionalização e organização dos agentes econômicos que fornecem serviços de saúde no mercado (hospitais, clínicas, planos de saúde, cooperativas, médicos e outros) levaram a jurisprudência a reconhecer o caráter consumerista da relação médico-paciente (BRASIL, 2015) e a aplicabilidade do CDC aos planos de saúde<sup>5</sup>, exceto àqueles administrados por entidades de autogestão.

Para fins do presente estudo, é necessário que se defina o que vem a ser a remuneração médica e qual o alcance da “justiça” remuneratória. Nos termos do Código Civil, os honorários médicos devem ser interpretados como a retribuição pecuniária em razão de um serviço médico prestado. A partir da leitura dos seus artigos 593 e seguintes, observa-se que há um serviço prestado (serviço médico) e que este representa uma obrigação de fazer, sendo a contraprestação devida ao profissional no âmbito da autonomia contratual.

Ao conceituar os honorários médicos, França (2013, p. 153) destaca que:

É chamada de honorários a justa remuneração paga pelos serviços prestados ao paciente, quando em clínica privada. Tem essa denominação em face de não existir uma equivalência entre a retribuição monetária e um bem de tão alto valor, como a vida ou a saúde. Fica o doente, portanto, obrigado à consideração por tais benefícios.

Em regra, a pactuação dos honorários é feita de forma verbal. Por vezes, tal valor é acordado por telefone no momento do agendamento da consulta e, frequentemente, tende a não ensejar controvérsias<sup>6</sup>, exceto quando se trata de honorários complementares ou para casos específicos.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (2000, [s.p.]) editou recomendação sugerindo que o arbitramento dos honorários médicos deve se pautar pelos seguintes elementos:

---

utiliza de forma indistinta as duas nomenclaturas.

5 Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

6 De acordo com Calado (2014), a liberdade das formas constante no ordenamento português e brasileiro são mecanismos de facilitação das transações.

No arbitramento dos seus honorários, o médico deve levar em conta a praxe do lugar, as posses do paciente, a hora, o meio de locomoção e, principalmente, o valor intrínseco do trabalho executado e a complexidade do caso. Estas considerações valem mais para os chamados domiciliares, os tratamentos de longa duração sobretudo se domiciliares e as cirurgias, do que propriamente para as consultas médicas em consultório.

Para França (2010, 2013), há seis elementos que podem nortear a fixação dos honorários, quais sejam: a) condição econômica do paciente; b) fama do profissional; c) valor do trabalho; d) local e hora do trabalho; e) usos e costumes do lugar, e; f) êxito dos serviços prestados. Todavia, a subjetividade inerente à aferição de tais parâmetros não traz patamares concretos e objetivos, comprometendo a verificação da eticidade e justiça da verba honorária. Ou seja, o valor do ato médico, ante a falta de critérios éticos e jurídicos concretos, passa a ser objeto de questionamentos nas esferas cível, criminal e administrativa, ensejando o que Raposo (2013) chamou de “problema jurídico”.

## 2.1 JUSTIÇA E ETICIDADE NA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS MÉDICOS

De acordo com Cherchiglia (1994), há duas formas típicas de remuneração do trabalho médico: a remuneração por resultado (RPR) ou o sistema de remuneração por tempo, sendo esta última forma mais frequente pois, segundo médicos e gestores de saúde, supostamente garante maior segurança aos contratantes.

Observa-se, consoante já exposto no item anterior, que não havia um critério objetivo para regular a eticidade e a justeza no arbitramento do valor dos honorários médicos. As orientações e critérios até então existentes, ante sua considerável abstração, não ofereciam a objetividade e a segurança necessárias na fixação da contraprestação devida ao médico.

Todavia, movimento iniciado pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1673/2003, fez com que alguns Conselhos Regionais de Medicina, a exemplo da Paraíba e Espírito Santo<sup>7</sup>, editassem atos normativos estabelecendo objetivamente valores mínimos para os atos médicos previstos na “Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos”.

A CBHPM é um manual editado pela Associação dos Médicos do Brasil (AMB) com o apoio do CFM e da Federação Nacional dos Médicos e cujo acesso a cada edição revisada é feito pelo sítio da instituição. Desta forma, atualmente, os próprios médicos definem o valor mínimo tido como justo e ético, apesar de as partes terem liberdade para fixar valores superiores a depender das peculiaridades do caso concreto.

A partir daí, a exemplo do que há muito ocorre com outras categorias profissionais<sup>8</sup>, o médico que cobrar valores inferiores ao estabelecido na CBHPM viola a Ética Médica e incorre em infração disciplinar, sujeita a sanções administrativas, vez que o valor mínimo ali fixado concretiza o conceito de justiça trazido no CEM/2010 e seu aviltamento compromete a dignidade da profissão.

---

<sup>7</sup> O CRM/PB editou a Resolução 119/2004 e o CRM-ES editou a Resolução 154/2004, que também fixavam a CBHPM como parâmetro ético mínimo

<sup>8</sup> O artigo 58, V, da Lei 8.906/94 e o art. 111 do Regulamento Geral da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) preveem que os Conselhos Seccionais da OAB editarão tabelas de honorários mínimos. No mesmo sentido, a Lei 6.530/78, o Decreto n.º 81.871/78 (art. 16, VIII) e o Código de Ética Profissional do Conselho Federal dos Corretores de Imóveis autorizam os Conselhos Regionais dessa categoria profissional a fixar os valores mínimos de remuneração em cada estado.

### 3 A COMPLEMENTAÇÃO DOS HONORÁRIOS MÉDICOS POR ACOMODAÇÕES HOSPITALARES SUPERIORES

Um dos marcos para a disputa entre médico e paciente na fixação de honorários profissionais surgiu na década de 80, quando o Estado brasileiro, objetivando a participação de grandes empresas na assistência à saúde pública, definiu que seria possível a cobrança complementar de honorários médicos em caso de acomodação superior àquela custeada pelo Poder Público.

Menicucci (2007) destaca que as Portarias 2079/1980/INAMPS e MPAS 2837/1982 tiveram como efeito a transferência voluntária ou forçosa da população para acomodações superiores, o que legitimaria as unidades de saúde a cobrar diretamente da população o serviço tido como complementar. Ocorre que essa cobrança complementar representava, na prática, o compartilhamento dos custos entre o Estado e o particular, pois as taxas hospitalares, preços de diárias e honorários médicos nas denominadas “acomodações especiais” ensejavam majoração média de 100% (cem por cento) do valor pago pela Administração.

Destaque-se que, conforme entendimento de Matos e Paim (2015), a diferença de classe no âmbito público seria plenamente legítima, pois compatibilizaria o interesse público e privado. O direito à saúde, enquanto interesse público, não seria inconciliável ao direito ao conforto e a um tratamento médico melhor. O texto constitucional estabeleceria um piso mínimo de direitos, aí incluído o direito ao tratamento digno, o que não contempla acomodações especiais, contratadas e cobradas separadamente, observada a proporcionalidade.

Essa mesma premissa de complementação de honorários vige atualmente na CBHPM, de sorte que o valor dos honorários médicos está atrelado não apenas ao serviço médico prestado, mas também ao nível da acomodação do paciente.

A CBHPM estabelece o percentual mínimo para acomodações coletivas, todavia, prevê também que o valor dos honorários deve ser majorado em caso de opção por “acomodações hospitalares superiores”:

6.1 Quando o paciente voluntariamente internar-se em ACOMODAÇÕES HOSPITALARES SUPERIORES, diferentes das previstas no item 1.5 destas Instruções e do previsto em seu plano de saúde original, a valoração do porte referente aos procedimentos será complementada por negociação entre o paciente e o médico, servindo como referência o item 6.2 destas Instruções (ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, 2012, p. 19).

Logo, o cerne da discussão reside na eventual abusividade da complementação de honorários médicos em caso de mudança de acomodação para níveis superiores. Em outras palavras, é possível majorar a remuneração devida ao mesmo profissional que realiza idêntico atendimento, pelo simples fato de o paciente ter optado por aposentos superiores?

Tepedino (2010) salienta que a Constituição Federal e o CDC buscam a defesa de valores existenciais do consumidor no mercado. Desta forma, em que medida um ato administrativo regulamentar (CBHPM) poderia impor condição mais gravosa a consumidores que melhoram suas acomodações, sem que haja qualquer ônus para a classe médica?

O caso em que tal controvérsia se verifica com maior recorrência é o da parturiente que deseja ascender da enfermaria ou quartos duplos para unidades individuais (apartamentos). No momento de maior vulnerabilidade e graça humana, o parto, a família em constituição é surpreendida com a cobrança da complementação dos honorários sem que haja nenhum acréscimo no atendimento ou no serviço médico efetivamente prestado.

Em que pese o amplo apoio da classe médica à complementação dos honorários em caso de opção por acomodação superior, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná - CRM/PR (2010), no Parecer CRM/PR nº 2142/2010, estabeleceu que os honorários médicos devem ser fixados de acordo com a natureza do serviço prestado, de modo que, não havendo diferenciação do atendimento médico, não haveria justificativa para a cobrança diferenciada de honorários, ante a vedação de discriminação e tratamento diferenciado. No parecer, o CRM/PR destacou que a origem da cobrança diferenciada por acomodação, um vício que persiste até os dias atuais, está correlacionada à previsão normativa do INAMPS.

Entretanto, em 15/12/2014, a Terceira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.178.555-PR, que versava sobre ação civil pública objetivando declaração de nulidade de cláusula contratual de plano de saúde que previa o pagamento pelo usuário da complementação de honorários médicos em caso de solicitação de acomodação superior àquela prevista no contrato, entendeu, em voto relatado originado pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ser “lícita a cobrança de honorários médicos complementares no setor privado, desde que seja acordado pelas partes e haja previsão contratual” (BRASIL, 2014, p. 7).

A interpretação consignada no precedente da Terceira Turma do STJ, por não ter eficácia vinculante, não logrou solucionar definitivamente a controvérsia sobre a abusividade dos honorários complementares. Em 26.02.2016, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que “a cláusula contratual que prevê o pagamento dos honorários médicos, caso o paciente opte por acomodação mais confortável é abusiva e ofende o princípio da boa-fé contratual” (art. 51, IV, CDC). Do teor do acórdão, destaca-se:

Correto reconhecimento da abusividade de cláusula contratual que prevê a obrigação do usuário de pagar diferença de honorários médicos caso opte por acomodação hospitalar superior à contratada.

Importante mencionar que o contrato de plano de saúde é celebrado entre o consumidor e a operadora, não devendo aquele participar de negociações quanto aos honorários de médicos credenciados, especialmente pela motivação da referida cláusula, qual seja, escolha de acomodação superior à contratada (SÃO PAULO, 2016).

Ou seja, ainda se verifica uma oscilação pendular na jurisprudência em casos de cobrança de honorários médicos complementares caso o paciente opte por acomodação superior, ora entendendo ser abusiva tal cobrança, ora a tendo por legítima.

#### **4 DO DEVER DOS PLANOS DE SAÚDE DE INFORMAÇÃO PRÉVIA SOBRE A COMPLEMENTAÇÃO DOS HONORÁRIOS MÉDICOS**

O contrato de plano de saúde se traduz como a contratação de um fundo mutual para uso eventual de serviços de saúde. Seria um contrato aleatório e de trato sucessivo em que o agente/consumidor contrata um intermediário na prestação da saúde, nomeado de plano de saúde, que indicará um rol de profissionais e cobrirá os custos advindos do tratamento médico. O plano contratado, com a finalidade de controlar a demanda, fixa as franquias ou coparticipação como mecanismos de compartilhamentos de riscos e mitigação do risco moral (SATO, 2007; MAIA; ANDRADE; OLIVEIRA, 2004).

Os planos contribuíram decisivamente para a obsolescência da figura do “médico da família”, pois os atendimentos se tornaram cada vez mais impessoais, notadamente pelo avanço e hiperespecialização médica (MASCARENHAS; GODINHO, 2016).

No cenário do contratualismo, parte-se da ampla liberdade dos contratantes para definir as cláusulas que regulam suas relações. Ao revés, nos contratos de adesão, nos quais se enquadram os contratos de plano de saúde, verifica-se o predomínio da teoria contratual solidarista, com dirigismo contratual voltado à tutela do aderente, passando o contrato de simples fenômeno interpartes a instituto voltado à satisfação de interesse público e por meio do reconhecimento de sua função social. Sob essa perspectiva, o Estado passa a estabelecer um núcleo mínimo contratual para garantir a prevalência do interesse social sobre o meramente individual (TIMM, 2015).

Com o advento da Lei 9.656/98, também chamada de Lei dos Planos de Saúde (LPS), ficou estabelecido um núcleo mínimo de cobertura que deve ser contemplada por todos os contratos. Entretanto, tal marco legal foi silente quanto ao valor dos honorários médicos ou a forma de remuneração do profissional da medicina.

Desta forma, diante da omissão legislativa, os Conselhos Profissionais passaram a regular a remuneração profissional considerando os interesses corporativos, estabelecendo um valor ético mínimo, conforme se infere das normativas editadas no âmbito dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.

Nesse contexto, vários fundamentos indicam não ser juridicamente possível impor aos consumidores a observância da CBHPM. Em primeiro lugar, impende frisar a origem classista desta norma, criada exclusivamente para tutelar os interesses da classe médica.

Em segundo lugar, o art. 7º do CDC prevê expressamente que os direitos ali previstos não excluem outros decorrentes de “regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes”. O diálogo entre as fontes do microsistema consumerista jamais pode implicar, ante seu caráter protetivo e sua hierarquia constitucional<sup>9</sup>, que tais atos regulamentares venham criar encargos infundados para o consumidor.

Ademais, a imposição contratual que impõe ao consumidor aderente honorários complementares em razão de opção por acomodação superior afronta o art. 51, IV do CDC, que considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Assim, o poder regulamentar e disciplinar dos conselhos profissionais relativamente aos profissionais a si subordinados não os converte em poder legislativo paralelo, eis que sua atuação normativa criativa é adstrita à Constituição e às leis (MASCARENHAS, 2016).

Não se pode perder de vista que o contrato com os planos de saúde é dotado de natureza sucessiva e cuja legítima expectativa é a base da contratação. A ausência de informação expressa e destacada (CDC, art. 46 e 54, § 4º) de que a contratação de acomodação superior importa em uma majoração de honorários médicos, além de despropositada em razão do pagamento, por parte do plano, do serviço pago, indica uma omissão dolosa que viola os direitos do consumidor e prejudica o cumprimento contratual e os próprios fundamentos de existência do plano (BONIZZATO; MARTINS, 2014; SANTOS, 2016).

Logo, apesar de existir uma relação contratual entre consumidor e profissional, esta só ocorre após a intermediação promovida pelo plano, de modo que este não pode ser considerado na construção do relacionamento, consoante se infere da Figura 01 abaixo.

<sup>9</sup> A Constituição Federal erigiu a defesa do consumidor ao patamar de direito coletivo fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio geral da ordem econômica (art. 170, V), além de determinar a edição do Código de Defesa do Consumidor (ADCT, art. 48).

Figura 01 – Relação contratual no âmbito dos planos de saúde



Fonte: Elaborada pelos autores, 2018.

Pagamentos e honorários são fixados pelo plano e visam remunerar o serviço médico prestado, de maneira que eventual cobrança extraordinária em razão de acomodação superior viola a premissa básica de intermediação financeira promovida pelo plano, criando uma espécie de remuneração híbrida que não se confunde com o controle de demanda através das franquias ou coparticipação, mas que exige, de fato, uma remuneração por um serviço médico já contratado e pago.

Nesse sentido, já destacou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que a remuneração extra por acomodação superior só seria cabível se existente prova de concordância por parte do paciente, não cabendo a extensão dos efeitos da resolução do CFM para a relação consumerista:

Não se desconhece a possibilidade de que despesas extras, não cobertas por planos de saúde, sejam suportadas pelo paciente, assim como eventual acréscimo em decorrência da opção por serviço superior ao contratado.

[...]

Veja-se que a mencionada Resolução 1.673/03 do Conselho Federal de Medicina não tem a extensão invocada – autorizando a cobrança em dobro dos honorários em casos de alteração de acomodação (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Nesse sentido, o art. 46 do CDC estabelece que os contratos de consumo “não obrigarão os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. Assim, ainda que se considere válida a cláusula que prevê a cobrança de honorários complementares em caso de acomodação superior, os percentuais e valores acrescidos devem vir consignados em destaque no contrato (CDC, art. 54, § 4º), não se admitindo remissão genérica à CBHPM, sob pena de ineficácia relativamente ao consumidor aderente.

O dever de informação, corolário da boa-fé contratual, surge como mecanismo de defesa para os consumidores a exigir transparência e simetria de dados nas transações (VASCONCELOS, 2011). A informação serve como mecanismo de mitigação de risco, de forma que o consumidor não seja surpreendido por dívida que não previu e que não poderia contabilizar, além de ser instrumento fundamental para a tomada de escolhas conscientes, a partir dos riscos e consequências previamente conhecidos (SANTOS, 2016).

## 5 DA ABUSIVIDADE DA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS MÉDICOS POR ACOMODAÇÃO SUPERIOR

O art. 6º, II, do CDC erige a igualdade nas contratações a direito básico dos consumidores, impondo a obrigatoriedade de tratamento idêntico às pessoas que se encontrem na mesma situação.

Pelo princípio da impessoalidade da administração pública (CF, art. 37, *caput*), o ordenamento jurídico também proíbe a administração pública de dispensar tratamentos desiguais para pessoas que estão em situação análoga, sob pena de violação do preceito constitucional da igualdade.

Não é possível a realização de tratamento desigual de forma arbitrária, de modo que o Estado deve motivar a sua opção de tratamento desigual para que haja a possibilidade de controle dos fundamentos que justifiquem o tratamento não igualitário (GONÇALVES, 2010).

Não há fundamento lógico, jurídico ou mesmo econômico que demonstre um nexo de causalidade entre a mudança de acomodação para nível superior e a natureza, qualidade ou custo do serviço médico prestado. O respeito à dignidade da pessoa humana exige esforços máximos por parte do profissional, de modo que não pode haver um escalonamento de tratamento por motivos econômicos ou sociais do paciente, tampouco em razão da acomodação.

A mudança de acomodação não importa em qualquer ônus para o profissional médico, de modo que o suposto tratamento diferenciado teria função meramente de captura da razão do excedente econômico existente pelo consumidor. A falta de fundamento jurídico caracteriza a abusividade da conduta.

As prestações devem respeitar a justiça contratual, caracterizada pela equidade e proporção entre as obrigações. O caráter aleatório do contrato não retira a justa correspondência entre as prestações, que aqui assumem uma relação atuarial. No serviço médico, a prestação profissional está absolutamente dissociada da acomodação escolhida pelo paciente-consumidor. Desta forma, se as prestações são fixadas aprioristicamente, a mudança da acomodação não altera a obrigação médica, de sorte que a complementação de honorários se configura em cláusula abusiva, pois indicaria um enriquecimento sem causa e resultaria na proibição constante no art. 39, V do CDC: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;”.

A ausência de fundamento para a diferenciação dos honorários médicos em razão da acomodação do paciente caracteriza a abusividade de sua cobrança, sendo vedado ao profissional se aproveitar da vulnerabilidade do consumidor para impor-lhe prestação manifestamente excessiva, sem qualquer respaldo legal.

De acordo com a doutrina clássica de Ripert (2002), não se pode consagrar uma liberdade absoluta contratual, uma vez que o contrato não pode ser interpretado exclusivamente a partir do dogma da vontade, notadamente pelo contrato ser instrumento de “luta de vontades egoístas”, em que cada uma das partes busca garantir uma maior vantagem a um custo de sacrifício menor.

Desta forma, impor, em razão de uma normativa classista, a obrigatoriedade de o consumidor pagar um adicional de honorários médicos apenas por ter mudado de acomodação denota que a figura do contrato tem sido deformada em favor de uma classe mais poderosa e em uma situação em que o consumidor está em flagrante vulnerabilidade, notadamente por seu quadro exigir uma internação. A falta de qualquer custo para a prestação do serviço de acordo com a acomodação exige os mesmos honorários médicos, sob pena de violação da isonomia e abusividade da conduta.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora, em suas origens, as profissões da saúde se remetam ao ideal de honorabilidade que as afasta da mercantilização, a complexidade e a profissionalização dos agentes econômicos que atualmente exploram tais atividades no mercado impõem que a relação médico-paciente seja concebida sob perspectiva consumerista, consoante já sedimentado pela jurisprudência brasileira, de modo que o paciente, além da vulnerabilidade que o caracteriza, torna-se hipervulnerável por também ser consumidor.

A dupla vulnerabilidade do paciente/consumidor se agudiza no momento da fixação e cobrança da remuneração devida ao profissional da medicina, fase que propicia a implementação de práticas comerciais abusivas e viabiliza a inserção de cláusulas contratuais excessivamente onerosas, a exemplo da complementação dos honorários médicos por acomodação superior.

Tal prática tem origem nas Portarias 2079/1980/INAMPS e MPAS 2837/1982, que previam a possibilidade de que hospitais privados repassassem para os pacientes parte do custo do serviço, quando houvesse opção por acomodações especiais.

A partir daí entidades médicas, pautadas por interesses eminentemente corporativos, replicaram, na CBHPM, sem qualquer justificativa razoável, a lógica da majoração dos honorários médicos quando houvesse opção do paciente por acomodações superiores.

Ocorre que a natureza consumerista dos serviços médicos, que atrai a incidência do microsistema protetivo do consumidor, impõe aos profissionais da medicina a observância do princípio da isonomia e da igualdade das contratações. Nesta perspectiva, configura prática flagrantemente abusiva exigir do paciente-consumidor complementação dos honorários profissionais, sem que haja qualquer serviço ou tratamento adicional.

Embora existissem precedentes de tribunais estaduais considerando ilegal a majoração de honorários por simples mudança de acomodação do paciente, a Terceira Turma do STJ, em dezembro de 2014, no julgamento do Recurso Especial nº 1.178.555-PR considerou esta prática legítima, arrefecendo a intensa discussão jurídica que se travava sobre tal temática.

Nada obstante, é importante ter em mente que este julgado do STJ se configura em mero precedente jurisprudencial, sem força vinculante, que exprime posição de apenas uma das turmas de direito privado daquele tribunal superior, em julgado ocorrido há quase quatro anos.

Deste modo, devemos retomar o debate em torno da abusividade da majoração de honorários médicos por acomodação superior, não havendo óbice para que os tribunais estaduais, a Quarta Turma do STJ ou mesmo a própria Terceira Turma do Tribunal da Cidadania – cuja composição não é a mesma de 2014 – passem a considerar ilegal a cobrança de complementação de honorários médicos sem que exista nenhum tratamento médico ou serviço adicional.

## REFERÊNCIAS

BONIZZATO, Luigi; MARTINS, Flávio Alves. Saúdes pública e privada e relações de consumo: uma análise constitucional e civilística de responsabilidades estatais, pré e pós-contratuais no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, n. 23, p. 109-138, nov./dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.178.555-PR. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 09/12/2014. **DJe**, Brasília, 15 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1178555&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

CALADO, Vinicius Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado**: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá, 2014.

CHERCHIGLIA, Mariangela. Remuneração do trabalho médico: um estudo sobre seus sistemas e formas em hospitais gerais de Belo Horizonte. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 10, p. 67-79, 1994.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Manual de orientação ética e disciplinar. **CRM/SC**, 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/regional/crmsc/manual/parte3i.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

MATOS, Júlio Flavio Dornelles de; PAIM, Cristiane. Da constitucionalidade da internação hospitalar na modalidade diferença de classe. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 4, n. 1, p. 81-85, 2015.

FONSECA, Pedro; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**: De acordo com o novo CPC. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Princípio constitucional da igualdade. **Direito e Desenvolvimento**, v. 1, n. 2, p. 121-133, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAIA, Ana Carolina; ANDRADE, Mônica Viegas; OLIVEIRA, Ana Maria Hermeto Camilo de. O risco moral no sistema de saúde suplementar brasileiro. In: XXXII Encontro Nacional de Economia. João Pessoa. **Anais...** João Pessoa, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer 721/10 – Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Advocacia Gandra Martins**. 2010. Disponível em: <<http://www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/PA00474>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

MASCARENHAS, Igor de Lucena. O Legislativo Paralelo: a atuação do Conselho Federal de Medicina na criação de tipos normativos. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; APÓLITO, Maite Rodriguez (Org.). **Biodireito e direitos dos animais**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 171-187.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. **Revista Direito e Liberdade–RDL–ESMARN**, v. 18, n. 3, p. 159-192, 2016.

MELO, Nehemias. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direito dos pacientes e responsabilidades médicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico**. Coimbra: Almedina, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC: 70048762926 RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Data de Julgamento: 24/09/2015, Décima Sexta Câmara Cível. **DJ**, Porto Alegre, 28 set. 2015.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. Informação como instrumento para amenizar riscos na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 107, n. 25, p. 363-384, set./out. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL: 00272022820058260114 SP 0027202-28.2005.8.26.0114, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 23/02/2016, 9ª Câmara de Direito Privado. **DJ**, São Paulo, 24 fev. 2016.

SATO, Fábio Ricardo Loureiro. A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 41, n. 1, p. 49-62, 2007.

SZAFIR, Dora. Responsabilidad médica: Consumidor o usuário de servicios de salud. **Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayon**, 16, Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Tutela contractual del consumidor en Brasil**. Trabajo presentado en VII Jornadas Internacionales de relaciones de consume – A diez años de la LEY 17.250. Temas de Derecho de Consumo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VASCONCELOS, Fernando. Proteção do consumidor na área da saúde: responsabilidade civil de médicos, hospitais e planos de saúde. **Direito e Desenvolvimento**, v. 2, n. 2, p. 266-281, 2011.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL: CONTRARIEDADES  
A DEFESA DO MEIO AMBIENTE

JACOPO PAFFARINI  
ALEXANDRE MARQUES SILVEIRA

VOLUME 9 | NÚMERO 2 | AGO/DEZ 2018

# A ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL: CONTRARIEDADES A DEFESA DO MEIO AMBIENTE

## THE ECONOMIC ORDER IN BRAZIL: CRITICISMS IN DEFENSE OF THE ENVIRONMENT

Recebido: 02/05/2018  
Aprovado: 20/12/2018

Jacopo Paffarini\*  
Alexandre Marques Silveira\*\*

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo analisar a compatibilidade da ordem econômica no Brasil com o princípio da defesa do meio ambiente que está presente no inciso V do artigo 170 da Constituição Federal de 1988. A pergunta que orientará a pesquisa proposta é: como a ordem econômica no Brasil atua sobre a defesa do meio ambiente. Como forma de responder a presente questão, se explorará os desdobramentos da ordem econômica e da crise ambiental a partir das contribuições do sociólogo de Ulrich Beck e por fim se fará um estudo crítico usando como aporte teórico a criminologia crítica e criminologia verde. Para tanto, o método a ser utilizado é o dedutivo que parte de observações gerais para chegar a um objetivo de pesquisa específico. Quanto ao método de procedimento este será o monográfico. Conclui-se que a partir de um estudo crítico, que os mecanismos da ordem econômica e de livre iniciativa no Brasil continuam sendo incompatíveis com a justiça social e a proteção do meio ambiente.

**Palavras-chave:** Dano social. Defesa do Meio-ambiente. Ordem Econômica. Riscos.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the compatibility of the economic order in Brazil with the principle of environmental protection declared at the article 170, V, of the Federal Constitution of 1988. The question that guided the proposed research is: how the economic order in Brazil acts in defense of the environment. In order to give an answer, the developments of both the economic order and the environmental crisis will be related to the contributions of the sociologist Ulrich Beck and, finally, a critical approach will be proposed by using the theoretical contribution of the critical criminology and the green criminology. Therefore, the method that has been used is deductive, which starts from general observations to reach a specific research goal. About the procedure followed, it will be mostly based on a monographic study. The conclusion, from a critical perspective, is that the mechanisms of the economic order and free initiative in Brazil continue to be incompatible with social justice and environmental protection.

**Keywords:** Social Harm. Environmental Protection. Economic Order. Risks.

---

\*Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Pos-Doutor em Direito - Faculdade Meridional (Brasil). Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Faculdade Meridional - IMED. Bacharel em Direito pela Università degli Studi di Perugia. Membro pesquisador do Grupo Internacional de Pesquisa «Rights behind Bars in Europe» financiado pelo Ministério de Instrução, das Universidades e Pesquisa (Decreto Direttoriale, 25 giugno 2015 n. 1350). Colaborador assistente na Cátedra de Direito Constitucional e Direito Público Comparado, de titularidade do Prof. Dr. Maurizio Oliviero, junto ao Curso de Direito da Università degli Studi di Perugia. E-mail: jacov1983@gmail.com

\*\* Mestre em Direito pela Faculdade Meridional de Passo Fundo (IMED), Linha de Pesquisa - II Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade - Área de concentração - Direito, Democracia e Sustentabilidade, onde foi bolsista PROSUP/CAPES. Graduação em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). E-mail: alexandremarquesilveira@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Com base em estudos da criminologia, o capitalismo de mercado possui diversos mecanismos que resultam em danos massivos, tanto na esfera social quanto ambiental. Privatizações são preconizadas como forma de progresso e prosperidade ao país, mascarando os altos valores embolsados pela esfera privada. O conluio entre Estados e Mercados tem sido alvo do estudo da criminologia como forma de apurar crimes que não estão presentes na legislação penal.

Crimes de guerra, torturas, terrorismo, desocupações forçadas e tragédias ambientais são alguns dos danos que compõem a cifra oculta de Estados e Mercados. O presente estudo irá focar em um dos maiores danos causados por esse conluio. Os danos ambientais resultam em massivas vitimizações humanas e não humanas.

Há muito tempo o Brasil se desenvolveu por intermédio da exploração de seus recursos naturais. Atualmente após grandes catástrofes ambientais, as autoridades do país vêm se preocupando com a implementação de um desenvolvimento sustentável. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 170 ao tratar da ordem econômica no país, procurou coibir as práticas nocivas ao meio ambiente criando princípios norteadores da atividade econômica.

O princípio presente no inciso VI do referido artigo, trata da defesa do meio ambiente no Brasil, porém os demais princípios versam sobre propriedade privada, livre concorrência, soberania nacional e outros princípios que estão totalmente ligados ao liberalismo e ao neoliberalismo. Dessa forma, o problema que norteia o presente estudo é: como a ordem econômica no Brasil atua sobre a defesa do meio ambiente?

O primeiro capítulo tratará da ordem econômica no país e seus desdobramentos. O segundo capítulo tratará sobre a crise ambiental a partir da perspectiva de Ulrich Beck, sociólogo muito utilizado por autores e autoras da criminologia para investigar os riscos da sociedade moderna, especialmente no que tange danos ao meio ambiente. O terceiro e último capítulo versará sobre a ordem econômica e os riscos de danos sociais corporativos, utilizando como marco teórico a criminologia crítica e criminologia verde como forma de fazer um estudo crítico na área do direito para que se possam ter conclusões a partir dos argumentos expostos, afastando-se de um estudo meramente dogmático.

Para tanto, o método de abordagem que servirá de referência para análise das ideias, informações e resultados desta pesquisa é o método dedutivo que parte de observações gerais para chegar a um objetivo de pesquisa específico. Quanto ao método de procedimento este será o monográfico, de modo que serão usados vários doutrinadores para que haja embasamento para o tema defendido no trabalho.

## 2 ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL E SEUS DESDOBRAMENTOS

No final da década de 70, muitos países da América Latina passavam por uma grande crise econômica e social devido as antigas técnicas desenvolvimentistas praticadas pelos Estados (CARNEIRO, 2012, p.15). Uma das saídas para crise idealizada na época, foi o apoio e a atuação da classe empresarial, que instaurou a discussão sobre a necessidade de uma economia de mercado efetiva, “[...] o discurso liberal radical, combinado com a abertura da economia e o processo de privatizações inaugura o que poderíamos chamar da ‘Era Liberal’ no Brasil” (FILGUEIRAS, 2000, p.84).

Esse processo, que culminou com a afirmação do projeto político neoliberal e a construção de um novo modelo econômico, redefiniu as relações políticas entre as classes e frações

de classes que constituíam a sociedade brasileira. A vitória desse projeto expressou, ao mesmo tempo em que estimulou, um processo de transnacionalização dos grandes grupos econômicos nacionais e seu fortalecimento no interior do bloco dominante, além de exprimir, também, a fragilidade financeira do Estado e a subordinação crescente da economia brasileira aos fluxos internacionais de capitais (FILGUEIRAS, 2006, p. 183).

O liberalismo decorre do individualismo, e tem como fundamento a garantia da propriedade privada, já o neoliberalismo para muitos autores seria uma forma avançada do próprio liberalismo (O'MALLEY, 2017, p. 38). O termo neoliberalismo torna-se significativo durante a década de 70 em um contexto onde acontecia a privatização de empresas estatais e a globalização dos mercados (DRAIBE, 1993). A ascensão do neoliberalismo também trouxe outros reflexos:

A defesa do mercado como modelo para a maior parte da ordem social (incluída a maioria das operações estatais sobreviventes), defesa dos empreendimentos comerciais como modelo para a atividade individual e organizacional, e idealização do empresário como o paradigma de autogovernança individual; A promoção de relações de profissionalismo, especificamente a formação de relações contratuais ou quase contratuais, como “parceiras” entre agências estatais e não-estatais (O'MALLEY, 2017, p. 136).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as questões de ordem econômica se concretizaram através do disposto no artigo 170: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 1988). O artigo ainda traz um rol de princípios em seus incisos como, por exemplo, soberania nacional e livre concorrência. Mas para esse trabalho o princípio mais importante a ser mencionado é o do inciso VI, que trata sobre a defesa do meio ambiente e dos impactos ambientais.

A livre iniciativa e o trabalho humano visam garantir a todos uma existência digna, o direito econômico deve respeitar os princípios basilares da Constituição Federal de 1988, sob pena de cometer um ilícito e sofrer sanções penais e administrativas (COMPARATO, 1989, p.39). Os meios utilizados para alcançar as grandes metas do desenvolvimento econômico a muito tempo tem prejudicado o meio ambiente, “[...] a sobrevivência do business, dos lucros e dos privilégios é mais importante do que a sobrevivência do planeta ou, em todo caso, da maioria da sua população” (LATOUCHE, 2012, p.45).

Nesse mesmo sentido Eros Grau afirma que:

Não pode haver promoção do bem de todos ou da justiça social sem o respeito da dignidade da pessoa humana, o que não se dá sem o reconhecimento da função social da propriedade e sem que a utilização dos recursos do ambiente seja sustentável (GRAU, 1999, p. 2018).

Deve-se reconhecer a importância do desenvolvimento econômico de uma sociedade, mas no Brasil, as diversas influências exercidas sobre a ordem econômica, fazem com que todo esse desenvolvimento seja dependente de estruturas corporativas criando monopólios (BOLAÑO, 1996). De acordo com Carneiro, o neoliberalismo no Brasil deixou passar a oportunidade de privatizar os grupos nacionais, o que poderia criar uma maior competitividade no mercado mundial e um fortalecimento da moeda brasileira (CARNEIRO, 2002, p.21).

Esse fato contribui para que corporações multinacionais continuem tendo o domínio do mercado e da economia, “[...] Num mundo globalizado, são as grandes empresas internacionais que ditam as regras de sobrevivência” (PERIN, 2003, p. 146). Com a globalização as estratégias das grandes corporações são: “ocupar os mercados de periferia adquirindo empresas já

existentes para ajustar as metas e linhas de produção e uma estratégia global formada fora do país” (CARDEIRO, 2002, p. 22).

Em nome da livre iniciativa privada promove-se uma forma descontrolada de concorrência, com a criação de modelos de autonomia contratual e de governança empresarial emprestadas pelas grandes corporações. Trata-se de um processo de padronização do ato negocial, que reduz a margem de autonomia do consumidor/usuário, assim como a capacidade do pequeno e médio produtor, isto é, a base tradicional da economia nacional. Os Estados cujas classes políticas não entenderam a carga desestabilizadora deste processo – como no caso brasileiro – estão vivenciando uma crise do modelo democrático, devido a desconfiança da população sobre a capacidade dos tradicionais órgãos representativos de lidar com a crise. No entanto, a necessidade de manutenção dos investimentos estrangeiros no território nacional, ainda mais à luz da necessidade de recuperação da dívida pública, aumenta a “alavanca negocial” das corporações (PAFFARINI, 2017):

As shown by some comparative studies, the principle of private autonomy has been boosted as a common standard for the global market regulation. There is no field of international investments where corporation have not insisted on regulating their activities in the host State, as well as any dispute arising from. At the same time, even acknowledging this great pressure by the industrial and financial elite, the distinction between “economic (self)regulation” and “governance” is still crucial in order to implement human rights and sustainable growth in Brazil (PAFFARINI, 2017, p. 38)..

Diante das mudanças da era globalizada e modificações das estratégias de mercado, a criminologia passou a preocupar-se com os riscos<sup>3</sup> dos monopólios corporativistas (CSOHNGEN et al, 2017). O próximo capítulo tratara sobre os riscos ocasionados pelo capitalismo global e seus desdobramentos a partir da ótica da criminologia verde.

### **3 CRISE AMBIENTAL: OS RISCOS AO MEIO AMBIENTE A PARTIR DA PERSPECTIVA DE ULRICH BECK**

Com as conquistas ocidentais, muitas foram às catástrofes, conflitos sociais e proliferação de doenças. A partir de um estudo social e cultural, o conceito de Sociedade de Risco de Beck está atrelado a uma fase da modernidade onde esses conflitos e riscos tornam-se frequentes (BECK, 1997). Nessa perspectiva, ao tratar da noção complexa de uma era de riscos Beck afirma que “[...] aí reside à novidade de sua força cultural e política. Sua violência é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade” (BECK, 2010, p. 7).

Nas sociedades de risco, o mais importante é o capital, a dominação social, estrutural e econômica, a partir disso “[...] emerge um novo tipo de destino ‘adscrito’ em função do perigo, no qual nenhum esforço permite escapar” (BECK, 2010, p. 8). A Modernidade desenvolvida com o fundamento de trazer melhores condições para vida das pessoas é causadora de grandes reflexos na humanidade, em especial na esfera ambiental, pois a criação de bombas radioativas, perigos da era nuclear e toxinas que poluem o ar, água e todo meio ambiente, ameaçam a sobrevivência de todos os seres vivos do Planeta Terra.

Assim como Beck, outros autores também verificam as questões de modernização, industrialização e desenvolvimento descontrolado como formas de risco ou ameaça a sociedade.

<sup>3</sup> Aqui o conceito de risco é aquele usado por Ulrich Beck em sua obra Sociedade de Risco. De acordo com o autor, na sociedade de risco o mais importante é o capital, a dominação social, estrutural e econômica. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo à outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

O economista e filósofo francês Latouche, em sua obra “O Desafio do Decrescimento”, também segue essa perspectiva, certificando que “[...] é incontestável que tem aumentado de maneira notável, mas ao mesmo tempo a perpetuação do crescimento louco provoca uma degradação global” (LATOUCHE, 2012, p. 42).

Nesse sentido, a concepção de risco para Beck também está ligada aos processos de globalização e seus efeitos, os quais influenciam diretamente na harmonização do planeta e na sustentabilidade social (BECK, 1999).

O reverso da natureza socializada é a socialização dos danos à natureza, sua transformação em ameaças sociais, econômicas e políticas sistemáticas da sociedade mundial altamente industrializada. Na globalidade da contaminação e nas cadeias mundiais de alimentos e produtos, as ameaças à vida na cultura industrial passam por metamorfoses sociais do perigo: regras da vida cotidiana são viradas de cabeça para baixo. Mercados colapsam. Prevalece a carência em meio à abundância. [...] E tudo isso sem que a sustentabilidade das pessoas tenha qualquer coisa que ver com suas ações, ou suas ofensas com suas realizações, e ao mesmo tempo em que a realidade segue inalterada diante dos nossos sentidos (BECK, 2010, p.10).

Ademais, com a globalização da modernidade (GIDDENS, 1991, p. 60) importações, exportações e a alta industrialização mundial os riscos tornaram-se ainda maiores, tendo em vista as contaminações das redes mundiais de alimentos e de produtos industrializados, o mundo passa pela “[...] metamorfose social do perigo” (BECK, 2010, p.10). Beck assevera que na Sociedade de Risco, as ameaças alcançam a todos de uma maneira em que não existe mais distinção de classes sociais, uma vez que as inseguranças produzidas pelas ameaças financeiras, terroristas, ecológicas, internacionais e bioquímicas são suscetíveis a todos.

Todos esses atos têm efeitos em longo prazo, prejudicando a sustentabilidade social, visto que com a desenfreada degradação do Meio Ambiente, não permite que as matérias-primas se regenerem. Essa situação causa um efeito em cadeia que prejudica todos os seres vivos, inclusive o próprio ser humano. No mesmo ensejo, Latouche, ao explanar sobre a modernização e o desenvolvimento desenfreado afirma que “[...] a insuficiência dos recursos naturais e os limites da capacidade de regeneração da biosfera nos condenam a pôr em causa o nosso modo de vida” (LATOUCHE, 2012, p. 121). Nessa linha de pensamento, Beck, ao discorrer sobre a globalização da modernização, inovações tecnológicas, desenvolvimentos acelerados e produtores de um cenário de riscos, assegura que:

A terra se transformou num assento ejetável, que não mais reconhece diferenças entre pobre e rico, branco e preto, sul e norte, leste e oeste. O efeito, porém só existe quando existir, e então ele não mais existirá. Essa ameaça apocalíptica não deixa, portanto, quaisquer rastros palpáveis na imediatez de sua ameaça (BECK, 2010, p. 44).

Dessa forma, as relações no mundo humano são marcadas por violência e desrespeitos, haja vista as desigualdades em determinadas regiões e a abundância de vidas cheias de luxos e em outras. A miséria e carência de alimentos básicos para uma vida saudável também influencia diretamente na esfera ambiental, pois o “[...] discurso sobre a sociedade mundial do risco pode nos fazer sobrevalorizar a relativa autonomia da crise ecológica e transformá-la numa perspectiva unidimensional da sociedade global” (BECK, 1999, p. 83).

Nas sociedades de risco os governos têm más administrações, onde a corrupção prevalece, onde há a má distribuição das riquezas que ocasionam uma produção social de riscos e insustentabilidade social, afetando diretamente os direitos e garantias, as quais o Estado deveria proporcionar. A “modernização desencadeada não apenas superou a suposição de uma

natureza contraposta à sociedade, como também fez desmoronar o sistema intrassocial de coordenadas da sociedade” (BECK, 2010, p. 107). Nessa ótica Beck ainda assevera que:

[...] os chamados riscos globais abalam as sólidas colunas dos cálculos de segurança: os danos já não têm limitação no espaço e no tempo – eles são globais e duradouros; não podem mais ser atribuídos a certas autoridades – o princípio da causação perdeu a sua eficácia; não podem mais ser compensados financeiramente – é inútil querer se garantir contra os efeitos de um worst case da ameaça em espira (BECK, 1999, p.83).

O progresso da modernização ocasiona uma grande alteração na racionalização das pessoas, o que modifica muitos sentidos sociais, como a forma e o jeito de viver, a troca dos serviços manuais por máquinas, reconfigurando toda a organização da vida (BECK, 1999, p. 79-83). Os riscos acabam sendo a marca da sociedade moderna e industrializada, que por intermédio das ações dos indivíduos globaliza ameaças à vida na Terra.

As ações reiteradas de desmatamentos acúmulos de lixo tóxico e liberação de gases poluentes colocam em sofrimento a vida na Terra, “[...] os riscos da modernização são o arranjo conceitual, o enquadramento categorial no qual violações e destruições da natureza inerentes a civilização são socialmente concebidas” (BECK, 2010, p. 99). Não obstante, num segundo momento de sua obra “Sociedade de Risco”, o citado autor pontua sobre a individualização na constituição social, o conceito aborda o sujeito como elemento central das ações no mundo. Ao ilustrar esse tema, Westphal esclarece que:

A individualização é tema da análise sociológica contemporânea e Ulrich Beck analisa esse processo no contexto de mudanças da primeira para a segunda modernidade. Na modernização reflexiva, marcada por riscos, há transformações relacionadas ao mundo do trabalho, à família, à política e ao lugar e papel do indivíduo na sociedade, ocorrendo a reflexividade da modernidade sobre ela mesma (WESTPHAL, 2010, p. 419).

Nesse ponto, Beck elucida que o alto nível de controle e responsabilidade dos indivíduos em relação às ameaças e exposição aos perigos, onde estes seriam os produtores e gestores das grandes cargas de riscos. Ao fazer essa colocação em sua obra, Beck não especifica quais indivíduos são responsáveis pelos riscos, pois a qualidade de indivíduo é muito ampla, o que de certa forma, acaba originando a chamada irresponsabilidade organizada (LEITE et al, 2002, p. 20), o que também alcança uma desresponsabilização dos verdadeiros culpados pelos “riscos” e uma macrocriminalização de caráter preventivo (BUDÓ, 2014).

No entanto, apesar das grandes contribuições de Beck para o entendimento da insustentabilidade da sociedade atual, deve-se ter o cuidado para que não nos tornemos meros guardiões do controle social imposto pela lei (BERNAL et al, 2014, p. 63). Por detrás da sociedade capitalista despontam crimes ambientais, insustentabilidade social e também interesses não declarados. Para isso, se fará um estudo a partir da criminologia crítica e criminologia verde no próximo capítulo para que se possa esmiuçar a problemática no presente trabalho.

#### 4 A ORDEM ECONÔMICA E OS RISCOS DE DANOS SOCIAIS CORPORATIVOS

Os desdobramentos dos sistemas de governos do país (liberalismos e ou neoliberalismo) tornaram o desenvolvimento econômico dependente de grandes corporações (BOLAÑO, 1996). A criminologia crítica, ao colocar o dano social como seu objeto de análise, verifica que esses mecanismos podem causar danos sociais massivos (BERNAL et al, 2014, p. 35- 68).

Por esse motivo, “[...] ultrapassar o conceito de crime para o de dano social permite à criminologia compreender o impacto de ações que não alcançam a definição de proibidas,

ilegais ou criminosas” (BUDÓ, 2016, p.130), o que garante uma maior visibilidade da vitimização, bem como o reconhecimento de danos sociais não abrangidos pelo controle social formal. Ao consolidar essa perspectiva, Budó, ao tratar sobre a abrangência do conceito de dano social, sustenta que:

[...] ao colocar o dano social no centro dos objetos de análise, denunciam-se as próprias organizações políticas e econômicas vigentes, nas esferas local, nacional e global, sem cuja superação não é possível imaginar mudanças no insustentável desenvolvimento do capital e em todas as vitimizações que o acompanham (BUDÓ, 2015, p. 259).

E é nesse ensejo que entra a problemática do presente trabalho. A ordem econômica e a sua compatibilidade com o princípio da defesa do meio ambiente, dispostos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. A partir dos estudos criminologia verde verifica-se que: “danos simbióticos de Estado e agências corporativas que exploram danos ambientais (como, por exemplo, a violência do Estado e grupos de oposição, resíduos perigosos ao meio ambiente)”, (WALTERS, 2017, p. 203). Dentro da área criminológica, os estudos sobre esses processos e dos danos vieram da sociologia, teóricos da área ambiental e políticas de vertentes verdes (WALTERS, 2017, p. 204).

Nessa perspectiva, surge a green criminology, impulsionada pelos estudos de Michale Lynch e Nigel South (WHITE; HECKENBERG, 2014). A criminologia verde tutela uma gama de questões ligadas ao meio ambiente, trazendo três tendências como base de investigação a justiça ambiental, a justiça ecológica e a justiça das espécies (WHITE, 2008). Além disso, a criminologia verde denuncia abusos e “atos que resultam em destruição ambiental, vitimização humana e não humana” (WALTERS, 2017, p. 205), resultantes de abusos do Estado e do poder corporativo.

De acordo com a teoria do risco, o capitalismo desenfreado e a busca incessante pelo desenvolvimento visam como prioridade o lucro, fazendo com que isso se sobreponha a todos os valores humanos, a democracia e também a proteção ambiental (BECK, 2010, p. 107). Os “Estados e corporações induziram atos de dano ambiental que motivaram as políticas e movimentos sociais verdes, bem como a evolução criminológica intelectual de ambos os lados do Atlântico” (WALTERS, 2017, p. 205).

Nesse sentido, alguns criminólogos lançaram mão da teoria do risco de Beck para interpretar os riscos e danos da sociedade moderna, “[...] embora o aumento do risco possa ser de enorme importância, talvez os criminólogos estejam mais preocupados com formas de emprego de risco” (O’MALLEY, 2017, p. 135). A concepção de risco para Beck está ligada aos processos de globalização e seus efeitos, os quais influenciam diretamente na harmonização do planeta e na sustentabilidade social (BECK, 1999).

É bem verdade que a sociedade está marcada pelo processo de globalização, pelos crescentes avanços tecnológicos, pelo consumismo e pelo ritmo ditado pelo neoliberalismo. A vida humana, incluída nos cálculos e estratégias políticas da modernidade, exige o máximo de aproveitamento econômico e estatístico. Contudo, a conscientização de estabelecer limites alçou o meio ambiente ao status de bem jurídico. Com isso, a legislação ficou mais rígida no que se refere à responsabilidade por manter um meio ambiente saudável e equilibrado e às sanções civis e administrativas para os transgressores. (PAFFARINI et al, 2017, p. 63).

Nesse seguimento, torna-se pertinente contestar a compatibilidade dos desdobramentos da ordem econômica no Brasil e o princípio da defesa do meio ambiente que se encontra no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Sobre essa problemática Derani expõem que:

[...] não se trata de um relacionamento em sua origem conflitante, mas apenas dois aspectos da relação entre homem-natureza, frente a imanente necessidade de expansão produtiva da atividade econômica, que se torna apropriativa, onde a natureza passa a ser exclusivamente recurso (DERANI, 2001, p. 191).

De acordo com Beck, a disseminação de riscos são fontes da crise ecológica mundial e comprometem os princípios naturais e os fatores econômicos do cultivo (BECK, 2010). Nesse sentido, a exaltação do consumo material tem raízes ideológicas profundas, que vão muito além da economia e da política, é preciso outro olhar sobre os danos sociais para que se possa ver o que fica invisível em meio aos interesses não declarados no mundo globalizado (BERNAL et al, 2014, p. 35-68).

## CONCLUSÃO

A criminalidade de rua é facilmente reconhecida: homicídios, roubos, extorsões, latrocínios entre outros. Porém, danos massivos ocasionados por Estados e grandes corporações ficam invisibilizados por negações e desculpas desses agentes.

A criminologia crítica e a criminologia verde surgem como dois aportes teóricos de resistência, dando visibilidade as vitimizações humanas e não humanas ocasionadas pelo conluio de Estados e corporações. Esses marcos teóricos analisam de forma crítica as ações e políticas dos governos e dos mercados, sendo um dos grandes objetivos a busca por justiça social expondo e identificando problemas sociais e ambientais.

Nessa perspectiva, o presente estudo buscou responder o questionamento sobre a atuação da ordem econômica do Brasil sobre a defesa do meio ambiente. Para isso, no primeiro capítulo buscou-se demonstrar os desdobramentos da ordem econômica no país. Já no segundo capítulo discutiu-se sobre a crise ambiental e os riscos ocasionados pela sociedade moderna a partir dos apontamentos do sociólogo Ulrich Beck. E no terceiro e último capítulo, procurou-se fazer um estudo crítico usando contribuições da criminologia crítica e criminologia verde como forma de ultrapassar os discursos convencionais sobre crime.

Contudo, vale salientar concluindo que apesar da Constituição Federal de 1988 trazer em seu artigo 170 regulamentação sobre as atividades econômicas no país e também o princípio da proteção do meio ambiente. A partir de um estudo crítico percebe-se que os mecanismos da ordem econômica e de livre iniciativa no país continuam sendo incompatíveis com a justiça social e a proteção do meio ambiente.

Conforme demonstrado às atividades econômicas desenfreadas sempre oferecerão riscos ao equilíbrio social e ambiental. Dessa forma, cabe repensar como os seres humanos estão se relacionando com o meio ambiente, bem como refletir e regulamentar quais seriam formas de explorações aceitáveis, para que houvesse tempo do meio ambiente se regenerar.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**. Barcelona: Anthropos, 2014.

BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. Economia política, globalização e comunicação. **Revista Novos Rumos**, n. 25 (11). Disponível em: <<http://www.bjis.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/article/view/2047>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BUDÓ, Marília de Nardin. Criminologia e dano social: a efetivação da sustentabilidade para além do direito penal. In: André Karam Trindade; Angela Araujo da Silveira Espindola; Salette Oro Boff. (Org.). **Direito, democracia, sustentabilidade**: Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Democracia e Sustentabilidade. 1, ed. Passo Fundo: IMED, 2014.

\_\_\_\_\_. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o amianto. **Revista Brasileira de Direito**, 127-140, jan.-jun. 2016. p. 130. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1281>>. Acesso em: 28 de dez. 2017.

CARNEIRO, Ricardo. **Desenvolvimento em crise**: a economia brasileira no último quarto do século XX. São Paulo: Editora UNESP, IE – UNICAMP, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CSOHNGEN, Clarice Beatriz; AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. (Orgs). **Criminologia e Governabilidade**: Pat O'Malley. Florianópolis: Empório do direito. 2017.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DRAIBE, Sônia. As políticas sociais e o neoliberalismo: reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas. **Revistausp**, n. 17 (1993). Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25959/27690>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

FILGUEIRAS, Luiz. **A história do Plano Real**: fundamentos, impactos e contradições. São Paulo: Boitempo, 2000.

\_\_\_\_\_. O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. In: BASUALDO, Eduardo M; ARCEO, Enrique. (Orgs). **Neoliberalismo y sectores dominantes**: tendencias globales y experiencias nacionales. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

LATOUCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. Tradução de António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. São Paulo: Forense, 2002.

O'MALLEY, Pat. Genealogia, sistematização e resistência no liberalismo avançado. In: CSOHNGEN, Clarice Beatriz; AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. (Orgs). **Criminologia e Governabilidade**: Pat O'Malley. Florianópolis: Empório do direito. 2017.

\_\_\_\_\_. Neoliberalismo e risco na criminologia. In: CSOHNGEN, Clarice Beatriz; AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. (Orgs). **Criminologia e Governabilidade**: Pat O'Malley. Florianópolis: Empório do direito. 2017.

PAFFARINI, Jacopo. A Brazilian Outlook on the (Un) Sustainable Development of Corporate Capitalism. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, vol.3, 2017. . Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2167>>. Acesso em 16 mar. 2018.

PAFFARINI, Jacopo; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; HAMEL, Eduardo Henrique. A insuficiência da responsabilidade socioambiental empresarial na perspectiva do desenvolvimento sustentável. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 2, p. 55-75. Disponível em: < <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/541>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

PERIN, Jair José. A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 2003. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496891/RIL159.pdf?sequence=1#page=138>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

WALTERS, Reece. Criminologias verdes. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Orgs.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Ciências Criminais, 2017.

WESTPHAL, Vera Herweg. A Individualização em Ulrich Beck: análise da sociedade contemporânea. **Revista Emancipação**, Ponta Grossa, v.10. pp. 419-433, 2010.

WHITE, Rob. **Crimes Against Nature**: Environmental Criminology and Ecological Justice. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

WHITE, Rob; HECKENBERG, Diane. **Green Criminology** – An introduction to the study of environmental harm. New York: Routledge, 2014.