

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 45 | SETEMBRO / DEZEMBRO 2021

DOSSIÊ ESPECIAL: IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO



Newton

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.45, set./dez. 2021

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

.David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

.Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba.

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil.

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodriguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso | Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetus Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton
Ariane Lopes

sumário



APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....11-12

ARTIGOS

DISEÑO DE UN SISTEMA DE EVALUACIÓN DE LA EFICIENCIA DEL ABASTECIMIENTO DEL PATRONATO HOSPITAL SANTO TOMAS DE PANAMÁ
SERAFINA IZELT MARTÍNEZ13-27

AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM FACE ÀS RESOLUÇÕES DE CONFLITO POR CONSENSO ENTRE EMPREGADOS E EMPREGADORES NAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO
TÚLIO AUGUSTO TAYANO AFONSO | TALITA PIMENTA FÉLIX | FELIPE MAGALHÃES BAMBIRRA.....28-43

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO E COMBATE À COVID-19 E A CRISE INSTITUCIONAL
ALEXANDRE ANTONIO BRUNO DA SILVA | ANTONIA GEORGEIA CARVALHO FROTA.....44-59

O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E AS NORMAS JURÍDICAS DE NATUREZA SANCIONATÓRIA
CLOVIS BEZOS | FERNANDA GHIURO VALENTINI FRITOLI.....60-70

THE PATRIMONIALIST MODEL ADOPTED IN THE ORGANIZATION AND FORMATION OF THE BRAZILIAN STATE, THE CONSEQUENTIAL CORRUPTION AND THE NEED FOR ADOPTION OF PUBLIC ETHICS CODES
CAROLINE FOCKINK RITT | EDUARDO RITT.....71-90

ESTRATÉGIAS JURÍDICO-CONSUMERISTAS E PERSPECTIVA COMPARADA NA APRECIÇÃO DAS OBSOLESCÊNCIAS PERCEPTIVA E PROGRAMADA
RHUAN FILIPE MONTENEGRO DOS REIS | ANDRÉ PIRES GONTIJO.....91-110

A DIFUSÃO DO HOME OFFICE NO MUNDO DO TRABALHO PÓS-COVID: REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA E A EXCLUSÃO DA JORNADA DE TRABALHO
MONIQUE ELLEN DA SILVA CHAVES | SAULO NUNES DE CARVALHO ALMEIDA.....111-131

PARIDADE DE PARTICIPAÇÃO E JUSTIÇA EPISTÊMICA: CAMINHOS PARA ESFERAS INSTITUCIONAIS DE DELIBERAÇÃO INCLUSIVAS E DIALÓGICAS
CAROLINA SOARES CASTELLIANO LUCENA DE CASTRO.....132-148

apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico se encontra classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no estrato B1 do Sistema *Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *DOAJ* (Directory of Open Access Journals), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o último número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2021 (n.45, set./dez. 2021).

O presente número do Periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se tem construída a partir da produção científica de renomados pesquisadores no cenário jurídico nacional e internacional e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Professor Doutor Michael César Silva
Editor da Revista Eletrônica de Direito do
Centro Universitário Newton Paiva

DISEÑO DE UN SISTEMA DE EVALUACIÓN DE LA EFICIENCIA DEL ABASTECIMIENTO DEL PATRONATO HOSPITAL SANTO TOMAS DE PANAMÁ

DESIGN OF A SYSTEM OF EVALUATION OF THE EFFICIENCY OF THE SUPPLY OF THE PATRONATO HOSPITAL SANTO TOMAS OF PANAMA

Serafina Izelt Martínez¹

RESUMEN: El artículo estudia el análisis de los procesos en el sistema de salud pública con el objetivo de encontrar el mecanismo de abastecimiento y gestión de suministro de medicamentos que contribuya a establecer y determinar su incidencia en las áreas de almacén y farmacia en las instituciones hospitalarias públicas en Panamá. Los medicamentos tienen una importancia vital en la prestación de servicios de salud y son insumos indispensables para la óptima atención de los pacientes que son atendidos en los hospitales, los medicamentos almacenables se adquieren de forma centralizada para ser posteriormente distribuidos. Sin embargo, muchos factores producen que haya desabastecimiento. En base a ello, se enfatizará una propuesta enfocada al desarrollo e implementación de un programa de abastecimiento que cuenta con terminar la carencia en la entrega de medicamentos en los distintos hospitales públicos del país, para mejorar la logística. Se encontraron aportes a través del desarrollo de un proceso administrativo interno, a partir de un sistema web para el abastecimiento en el control y gestión de insumos y medicamentos del Hospital Santo Tomas de Panamá, para mejorar los procesos, la calidad de atención, el control y gestión de los medicamentos y por consecuencia la vida de los usuarios al recibir un trato justo, una atención eficaz y una mejor calidad de vida como un derecho adquirido y establecido en la Constitución.

Palabras llaves: gestión; abastecimiento; logística; medicamentos; eficiencia.

ABSTRACT: The I articulate you go into the analysis of the processes in the system of public health for the sake of finding the mechanism of supply and step of supply of medications that you contribute to establishing and determining his incidence in the areas of store and pharmacy at the hospitable public institutions in Panama. The medications have a vital importance in the prestacio n of services of health and music indispensable raw materials for her or ptima atencio n of the patients that are attended at the hospitals, the medications almacenables acquire themselves of form centralized to be at a later time distributed. However, many factors produce that there be shortage. On the basis of it, a focused proposal will emphasize itself to the development and implementation of a program of supply that counts with finishing the scarcity in the delivery of medications at the country's several public hospitals, for the better logistics. Contributions through the development of an internal management process as from a system, found Web for the supply in control and step of raw materials and medications of the Hospital Santo Tomas of Panama, for the better processes, the quality of attention, the control and step of the medications and consequently the life of the users to receive a square deal, an efficacious attention and a better quality of life like a right acquired and established in the Constitution.

Keywords: step; supply; logistics; medications; efficiency.

¹ Máster en Información Gerencial. Docente de la Universidad de Panamá. El trabajo es parte de la tesis de doctorado realizada en el Patronato del Hospital Santo Tomás de Panamá. ORCID No. <https://orcid.org/0000-0002-7965-7974>

1 INTRODUCCIÓN

Las entidades que prestan servicios en el área de la salud exhiben características especiales, principalmente porque su actuar, incidencia y resultados repercuten directamente en el paciente e indirectamente en el resto de la sociedad. Los hospitales presentan una gran complejidad, debido a que en ellos se realizan actividades de diferente naturaleza, gran cantidad de tareas diferenciadas, y se prestan una gran diversidad de servicios, siendo muchos de estos con categoría de urgencia o inmediatez irrenunciable.

Desde este enfoque, el control de gestión de abastecimiento de medicamentos permite garantizar no solo un uso adecuado de los recursos asignados, sino que también admite que, en distintas entidades, sin importar su rubro, se cumplan los objetivos propuestos. Estos no solo deben establecerse como aplicaciones básicas en puntos clave o críticos, sino que también deben configurarse en términos generales o de integridad, en pos de lograr cumplimiento de políticas, objetivos y planificaciones directivas superiores.

Dentro de este complicado panorama, se encuentra el área hospitalaria, donde el principal enfoque del estudio será evaluar el diseño de sistema de evaluación de la eficiencia del abastecimiento del patronato Hospital Santo Tomas de Panamá.

Dentro de estos procesos y de la atención brindada al paciente se encuentra la gestión de medicamentos tanto dentro de la institución para todas las categorías de admisión existentes, así como fuera de la institución para paciente que requieren tratamientos constantes. Así como también, la administración de inventarios a nivel hospitalario contempla la adquisición, recepción, almacenamiento y distribución de los insumos, materiales, y medicamentos utilizados para la correcta y adecuada función de una institución de salud.

Material y métodos: el artículo tiene como objetivo evaluar la eficiencia del sistema de abastecimiento de medicamentos e insumos en el hospital Patronato Hospital Santo Tomas (PHST) en la nación de Panamá en el área de salud que contribuya a mejorar la logística de almacenes en la distribución de los medicamentos. Para ello, ha sido utilizados como métodos de la investigación social.

2 EL SISTEMA DE ABASTECIMIENTOS DE MEDICAMENTOS EN LA GESTIÓN HOSPITALARIA COMO PROCESO EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE SALUD

Para su mejor comprensión sobre el sistema de abastecimientos de medicamentos se hará un breve esbozo histórico. El primer antecedente de la Farmacia Hospitalaria y el preludeo con ello de la separación de la Farmacia y la Medicina, representada por la civilización islámica después del siglo VII.

Siguiendo el hilo de la historia, es pertinente revisar cómo era el trabajo de los boticarios de hospital de siglos pasados, que en algunos aspectos no difiere del todo de nuestro trabajo actual; su preocupación por tener las mejores materias primas para elaborar medicamentos de calidad y eficacia para los enfermos, el control del consumo de medicamentos, los errores de medicación y la docencia en hospitales, no son elementos nuevos del siglo XXI sino inherentes desde hace siglos a la profesión farmacéutica.

Las primeras curaciones es posible que fueran puramente espontáneas, guiadas por el instinto de supervivencia, aplicado a la limpieza de heridas, uso de recursos naturales de su entorno, como plantas medicinales, barros o minerales. Luego, con el uso, el conocimiento sobre plantas medicinales y demás recursos, fue creciendo y evolucionando.

Un ejemplo de lo señalado, está plasmado en el Código de Hammurabi, donde el dios

Shamash entrega al rey Hammurabi un código de leyes generales entre las que se encuentra la primera regulación conocida de la Medicina, como por ejemplo, la descripción de las tarifas por los servicios médicos e incluso el castigo por los errores que los médicos pudiesen cometer, de acuerdo con la ley del Talió, encontrando casos tales como el que si un médico trata a un hombre libre y le provoca la muerte, o bien si le hace perder un ojo, se le cortará al médico la mano con la que ha operado al paciente. También recoge remedios mezclados con hechizos y conjuros destinados a la curación de enfermedades.

Otro vestigio histórico, es que los egipcios conocían la trasmisión de enfermedades infecciosas y la idea del contagio, representado en el paludismo, viruela o peste. Anubis, es el dios farmacéutico, el que realizaba prescripciones, guardaba los medicamentos y vigilaba la cámara de embalsamamiento.

En la cultura griega se aprecia como el símbolo de la Farmacia, es la copa con la serpiente enrollada, está íntimamente ligado a Hygea. Empero, la Farmacia Hospitalaria, que aparece ya como parte integrante del hospital bizantino, plenamente desarrollado en el siglo VI.

En la cultura árabe queda claro que florece la Medicina y la Farmacia. El gran desarrollo de los hospitales árabes, llamados Bimaristan, también jugó un papel importante en la incipiente separación de Medicina y Farmacia, a la vez que un desarrollo en la Farmacia Hospitalaria, como tema que ocupa el artículo, en particular la gestión hospitalaria.

Dentro del planteamiento principal del artículo, se considera por la articulista que es importante definir algunos conceptos base para la gestión hospitalaria, los que permitirán comprender el proceso de logística hospitalaria, y todo lo que está relacionado dentro de la administración de instituciones de salud tanto públicas como privadas.

En este sentido, relacionar la economía con la salud, en tiempos remotos, parecía un absurdo, por lo que no se vislumbraba la vinculación de estas. Estudios posteriores han demostrado cada vez más, que una población sana es un motor para el crecimiento económico de cualquier área, país, región o continente.

Los análisis en el campo teórico de la economía de la salud vinculan a las ciencias médicas con las económicas, en dicho vínculo se aportan además de conocimientos científicos, métodos y enfoques que conforman un marco teórico metodológico de beneficio común.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS), es el organismo internacional dentro del Sistema de las Naciones Unidas, asume asignar recursos y distribuir riquezas, a la vez que se fija el qué, el cómo y para quién producir. Se vincula estrechamente con la conducta humana en aquellos campos que hacen la producción, el intercambio y el consumo de bienes y servicios, donde se impongan decisiones racionales y soberanas que apunten a maximizar beneficios y minimizar riesgos.

El aludido organismo internacional reconoce que la salud es un bien escaso, que exige trabajo y renta para adecuarlo a la satisfacción de las necesidades expresadas como demanda, e implica el costo de oportunidad de renunciar a otros bienes. Requiere de una función de producción donde la combinación de recursos sea eficiente, obtenga la mayor eficacia como objeto de estudio de la economía las elecciones que los individuos realizan para su impacto social y que sea un instrumento para alcanzar equidad.

En este sentido, se analiza como la logística hospitalaria, es considerada como las acciones que se deben desarrollar en una institución para la prestación de servicios de forma efectiva a un paciente, considerándose desde la admisión de acuerdo a la categoría de atención requerida hasta su salida del mismo a través de un diagnóstico.

Dentro de estos procesos y de la atención brindada al paciente se encuentra la gestión de los medicamentos como parte de la logística tanto dentro de la institución para todas

las categorías de admisión existentes, así como fuera de la institución para paciente que requieren tratamientos constantes.

Así como también, es pertinente la administración de los inventarios a nivel hospitalario, los que contemplan la adquisición, recepción, almacenamiento y distribución de los insumos, materiales, y medicamentos utilizados para la correcta y adecuada función de una institución de salud, los que se vinculan al informe COSO.

Queda claro que, la Nueva Gestión Pública, concebida como una filosofía de la Administración Pública (Hood, 1991) que durante la década de los años 80 del siglo pasado, y siguientes ha estado presente especialmente en las agendas públicas del entorno Anglo Americano, y se ha ido adoptando también en diversas iniciativas y países de América Latina. Estas reformas fueron impulsadas principalmente por la globalización e hicieron del desempeño económico de la gestión pública, en cumplimiento de los principios de eficiencia y eficacia, como objetivo (Nickson, 2002).

La revisión de trabajos previos sobre el tema abordado en el artículo, acerca del sistema de abastecimiento de medicamentos a nivel nacional reflejan que las variables de estudio son importantes debido a que los resultados obtenidos sirven para comparar y discutir con los resultados actuales para el mejoramiento de las farmacias y hospitales.

Conlleva a estudiar las posturas de autores, quien como Salazar² en su obra titulada “Gestión de abastecimiento de medicamentos en el sector público peruano, nuevos modelos de gestión”, señala como objetivo implementar la gestión por procesos y promover la simplificación administrativa en todas las entidades públicas a fin de generar resultados positivos en la mejora de los procedimientos y servicios orientados a los ciudadanos y empresas, la metodología usada en el trabajo de investigación es aplicada para el cálculo del requerimiento para la compra corporativa 2014 requirió de la siguiente información³, usaron la metodología SALBER que hace uso de los reportes del sistema SAP R/3 y demás información relacionada con la gestión de abastecimiento.

En consecuencia, se asevera que la gestión de la logística hospitalaria: Tradicionalmente, los sistemas de gestión en los centros de salud públicos se han desarrollado mediante el establecimiento de departamentos funcionales y basados en jerarquías, sin embargo, actualmente se conoce que este sistema de gestión es cada vez menos eficaz para dirigir la complejidad de los servicios de salud, donde existe una gran interacción entre los diferentes servicios y disciplinas. “Esto sucede porque este sistema favorece el desarrollo de actividades que no aportan valor, aumentando la burocracia y permitiendo problemas de comunicación y coordinación entre las unidades.”⁴

Para un mejor análisis y comprensión serán abordados algunas de estas definiciones en los procesos de la gestión hospitalaria, como:

Los procesos gerenciales o estratégicos: “tienen como fin orientar o proporcionar las directrices de la organización, definiendo las estrategias de la institución. Son necesarios para el mantenimiento y progreso de la organización y se refieren fundamentalmente a los procesos de planificación.”⁵

2 SALAZAR, A.. *La gestión de abastecimiento de medicamentos en el sector público peruano: Nuevos modelos de gestión*. Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2014.

3 Ministerio de Salud del Perú, Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud, 2013.

4 MACHADO. *Gestión de la logística hospitalaria*. México: Universidad de Guanajato, 2013.

5 MENDEZ. *Procesos gerenciales o estratégicos*. Argentina: Editorial Olmos, 2016.

Los procesos operativos o clave: son aquellos que están dirigidos a la prestación de servicios de salud directamente al cliente final. Estos procesos cumplen la misión de la organización.

Y los procesos de apoyo: que soportan la elaboración y entrega del producto o servicio. Apoyan los procesos operativos para que cumplan adecuadamente sus objetivos.

Se concluye con el concepto de Suministro de medicamentos: Esta actividad “comprende una serie de etapas que tienen por objetivo garantizar la disponibilidad de medicamentos para la salud con atributos de calidad, y con criterio de racionalidad”.⁶ Incluye la planeación de las necesidades, la implementación de buenas prácticas de adquisición, las buenas prácticas de almacenamiento para que se conserven adecuadamente los productos, la gerencia de inventario con racionalidad de recursos y la distribución oportuna.

En base a estos elementos analizados, refiere el autor estudiado, esta información es transformada y almacenada en una data, a partir del cual se realizan reportes tácticos y gerenciales para que puedan brindar información actualizada de la situación de abastecimiento de cualquier medicamento en el ámbito regional y nacional, los resultados en el trabajo de investigación fueron los retrasos en la compra de medicamentos donde se detalla parcialmente los problemas de disponibilidad de medicamentos en los servicios de salud, esto se debe a las dificultades en los procesos de programación en la distribución de medicamentos, el 42.3% de los usuarios no encontró los medicamentos recetados en las farmacias del MINSA y de los gobiernos regionales, reportan medicamentos vencidos en las farmacias de establecimientos de salud.

El trabajo analizado por la autora del artículo, concluye en la necesidad de tener un Estado moderno orientado al ciudadano, eficiente, unitario y descentralizado, inclusivo, abierto, transparente (que rinda cuentas), se debe promover la articulación intergubernamental e intersectorial, del mismo modo se debe asociar los recursos y capacidades para poder responder a las demandas ciudadanas con eficiencia y oportunidad, asimismo debe haber propuesta de nuevos modelos de gestión en el abastecimiento de medicamentos en el sector público peruano y se deben armonizar con los objetivos de la política nacional de modernización de la gestión pública.

Para ello, se arguye que comprender el proceso de administración de gestión y administración de medicamentos hospitalarios se debe tomar en cuenta algunos conceptos claves dentro de la administración de inventarios de forma general, así como de la logística hospitalaria, pese a que no se presentan mayores cambios con relación a procesos de administración de negocios de otros rubros, si son base dentro de esta investigación para el planteamiento del programa.

En contexto, en la nación de Panamá, en las instituciones hospitalarias públicas, las cuales atienden a los pacientes asegurados y no asegurados, al pasar de los años ha establecido nuevas reglas y métodos para mejorar sus servicios en el área de salud desde subprocesos pequeños hasta procesos de gran tamaño que abarca gran cantidad de personal, en este sentido, el tratamiento de los medicamentos no se ha quedado atrás y las técnicas de control ahora se basan en estándares internacionales dados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), los cuales ayudan a mantener la integridad y seguridad al momento de usar medicamentos en un Hospital.

Sin embargo, es preciso acotar que, se han quedado atrás en la vanguardia de las tecnologías, y sus procesos son manuales lo que ocasiona el desabastecimiento de los

6 RAMIREZ. *Suministro de medicamentos*. Chile: Editorial Pampano, 2014.

medicamentos e insumos médicos, al no contar con una existencia real de los medicamentos e insumos. Es por ello, que el sistema de abastecimiento para la gestión de inventario debe basarse en todos los modelos estándares para contribuir a la automatización de los procesos.

Desde esta perspectiva valorada por la autora del artículo, los hospitales públicos que manejan a los pacientes asegurados, cuentan con una gran demanda de pacientes a diario, lo que conlleva al consumo masivo de medicamentos ya sea internamente en el hospital o que sean retirados en farmacia por los pacientes, en cuanto a la gestión de medicamentos se generan los siguientes problemas en el orden administrativo:

- El control de los medicamentos en los diferentes almacenes generales es deficiente, lo que genera errores en los controles de stock, lo que quiere decir que se manejan datos irreales.
- No se registra con eficiencia los medicamentos entregados a hospitalización y a consulta externa, por lo cual existe desconocimiento en las estadísticas de medicamentos usados.
- No hay manejo digital de devoluciones a proveedor o devoluciones por receta a farmacia.
- Existe un control inexistente de los usuarios que entregan medicamentos en farmacia, haciendo imposible saber que usuario de farmacia entrego una receta de medicamento o ejecuto una devolución.
- Deficiente control del manejo de las transferencias entre almacenes, no se puede establecer las fechas ni que medicamentos, ni cantidades fueron transferidos entre los almacenes.
- No existe control de insumos de oficina requeridos por el personal de hospital hacia almacén, realizando más difícil el control de insumos requeridos en cada área del hospital.
- Los operadores que capturan las entradas y salidas de los medicamentos e insumos, tienen desactualizada la información por lo cual existen documentos extraviados.
- El sistema utilizado para los inventarios, esta desactualizado el mismo, por tal no se puede utilizar el mismo.

En base a lo valorado con el estudio realizado, es preciso acotar que el Hospital Santo Tomás utilizan dos sistemas los cuales el primero se basa en la utilización de los códigos del software ISTMO y el posterior es un software de trazabilidad implementados con las herramientas que aportan las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones. Este último se usa para hacer las solicitudes de medicamentos e insumos quirúrgicos y equipos. Donde queda claro que estos programas son muy deficientes en su implementación.

Es por ello, que la problemática radica en la falta de un aporte tecnológico, y por ende la desorganización en el abastecimiento de medicamentos que maneja el personal interno del Hospital Santo Tomas, en efecto, surge la siguiente interrogante ¿Existe un apoyo tecnológico que ayude al personal del Hospital Santo Tomás a mejorar el control de abastecimiento de medicamentos?

Según Arguedas, en su trabajo de grado titulado “Propuesta de mejora al proceso de planificación de medicamentos de atención domiciliaria (PADOMI) de ESSALUD”⁷ diseñado

⁷ ARGUEDAS, J.. *Propuesta de mejora al proceso de planificación de medicamentos de Programa de Atención Domiciliaria (PADOMI) de ESSALUD*. Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2015.

para obtener el grado de magister en Dirección de Operaciones y Logística en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, manifestó que el objetivo principal es identificar la problemática existente en el Programa de Atención Domiciliaria (PADOMI) y alternativas de solución con el propósito de elaborar una propuesta de mejora que solucione, en efecto la metodología que se aplicó fue de énfasis cualitativo, causal en serie de tiempo y simulación, de gestión de la demanda colaborativa.

En virtud de ello, la autora del artículo realizó una encuesta donde en los resultados un 51% manifestó que el abastecimiento de medicamentos es el principal problema, un 40% indica que se debe implementar una herramienta sistemática que mejore la planificación de distribución de medicamentos, cuyo resultado concluyó con la finalidad de mejorar la gestión de suministros de materiales de la institución de manera que se incorpore al modelo propuesto, un adecuado y oportuno abastecimiento de los medicamentos permitirá optimizar los recursos del Programa y cumplimiento de los objetivos.

2.1 Los orígenes del Hospital Santo Tomás en Panamá en la atención hospitalaria de salud

El origen del Hospital Santo Tomás data de los años 1702, época de la Colonia, donde se inicia como un Hospicio, dándole albergue a mujeres desamparadas principalmente; posteriormente en el año 1819, se inicia la construcción de un nuevo Hospital para reemplazar el humilde hospicio que se ubicó en la calle del Chorrillo, hoy llamada avenida B y para el año 1924 se inaugura el nuevo Hospital Santo Tomás conocido como “El Elefante Blanco” bajo la administración del Dr. Belisario Porras, presidente de la República en esa época.

En base a ello, las grandes críticas que se dieron por la construcción de este nosocomio que para esa época se consideraba demasiado grande para la población, no obstante, en poco tiempo, esto fue descartado, dada la alta demanda que se creó en función de la mística de trabajo que se vino desarrollando en el Hospital y por ser considerado como el Hospital del Pueblo.

A partir de la Ley No. 4 del 10 de abril de 2000 se crea el Patronato del Hospital Santo Tomás, como entidad de interés público y social sin fines de lucro, lo que le da personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen administrativo, económico y financiero.

El Hospital Santo Tomás a lo largo del tiempo,

[...] ha venido ocupando un lugar privilegiado en las mentes de los panameños, tanto así que independiente del nivel social de la población que hace uso de sus servicios, este es considerado como su primera alternativa en caso de necesidad.⁸

Esto se corresponde con la visión del Hospital de ser el primer hospital especializado accesible a todos los panameños que brinde una atención rápida y oportuna, con tecnología de punta, con personal altamente calificado y comprometido a servir a sus usuarios con comprensión, calidad, eficiencia y profesionalismo. Es un hospital que promueve los más altos principios éticos y morales.

En este sentido, la autora del artículo es de la opinión que, la planificación del hospital debe estar basada en la capacidad de ofrecer procesos, basados en un modelo de producción que se centra en el valor sumativo de los diferentes procesos para el paciente, quien es el principal cliente.

8 HURTADO. *Tratamiento de la información*. México: Editorial Pampano, 2016.

Se considera que es beneficioso señalar sobre el hospital, no desde las perspectivas de las camas o de las especialidades, sino de la trayectoria que siguen los pacientes tratados en ellos, los correspondientes procesos ofrecidos por los profesionales de la salud y la adecuación de las instalaciones a dichos procesos.

En efecto, las trayectorias asistenciales sistematizadas parecen ofrecer una vía para la consecución de los objetivos. Sin embargo, tienen que estar respaldadas por una mejor interpretación de los flujos de pacientes, el trabajo en equipo y los productos del hospital, los obstáculos que se producen y la traducción de esta interpretación en nuevas herramientas de planificación de los recursos.

2.2 Las categorías de admisión hospitalaria en la nación de Panamá

La atención de los pacientes está identificada de acuerdo a su importancia y urgencia en 4 categorías definidas, éstas permiten que se pueda identificar el tiempo de espera estimado para atención del mismo dentro de una institución de salud, garantizando así su correcto tratamiento.

Esta categorización es realizada por el personal de admisión de salud a través de la toma de signos vitales al momento en el que el paciente es admitido, a excepción de los pacientes de atención de emergencia los cuales son admitidos de forma expedita al momento de llegar al hospital.⁹

Categoría de admisión hospitalizado: Esta categoría comprende a los pacientes que por su condición de salud o por el procedimiento que deben realizarse deben permanecer dentro del hospital para su tratamiento y/o recuperación durante un periodo definido.

Categoría de admisión ambulatoria: La categoría de ambulatoria comprende a todos los pacientes que ingresan al hospital para un procedimiento, tratamiento o atención que no requiere su permanencia dentro de la institución.

Categoría de admisión urgencias: Esta categoría identifica a los pacientes que requieren atención inmediata dentro de la institución y es la condición de atención más delicada dentro de todas, ya que el riesgo aumenta durante la atención con relación a la disponibilidad, de personal, espacios o camas, insumos y medicamentos para el tratamiento requerido.

Categoría de admisión consulta externa: En esta categoría se comprende las consultas y citas médicas en cualquier especialidad establecida, y son las que con mayor frecuencia se generan dentro del sistema de salud.

2.3 Marco legal de los servicios de salud en la nación de Panamá en el ordenamiento jurídico como un derecho humano

La Constitución de la República de Panamá dispone en su artículo 92, Título III, Derechos y Deberes Individuales y Sociales, capítulo 5, Salud Pública y Asistencia Social: “Es función del Estado velar por la salud pública. El individuo tiene derecho a la protección, conservación y restitución de su salud y la obligación de conservarla” entendida ésta como el completo estado de bienestar físico, mental y social.

De acuerdo a consideración de la autora del artículo, en la Constitución de la República de Panamá, el artículo 6 sobre Salud, Seguridad Social y Asistencia Social, en el artículo 111

9 MEJÍAS, R.. *Categorías de admisión hospitalaria*. México: Editorial Amansa, 2015.

se establece: “Es deber del Estado establecer una política de población que responda a las necesidades del desarrollo social y económico del país.”

La aprobación del Código Sanitario en 1947, indica que el Ministerio de Trabajo, Provisión Social y Salud Pública, estudia todo problema nacional de orden político, social o económico que pueda afectar la salud y dar la orientación y los lineamientos generales de la acción oficial del gobierno.

En este contexto analizado, el Ministerio de Salud en Panamá fue creado en 1969 con el lema de “Salud Igual para Todos”. En la década de los 70’, se inició un ambicioso programa de construcción de instalaciones de salud, tales como hospitales, centros de salud, sub centros y puestos de salud en la nación.

Para los procesos que involucran la gestión hospitalaria a nivel pública se debe hacer referencia al marco legal que está relacionado y desde el cuál se va a enfocar el proceso de administración y gestión de medicamentos. En base a ello, la gestión de los mismos va a comenzar a partir de la compra y adquisición de los diferentes materiales, insumos y medicamentos que ese realice a través de un proceso burocrático con las diferentes instituciones responsables.

La selección de proveedores y el proceso de concurso está realizado por la dirección nacional de compras del Hospital Santo Tomas, los cuales realizan todo el proceso de evaluación, concurso, y selección de proveedores para generar las órdenes de compra requeridas, los presupuestos de dichas compras así como el sustento financiero para este proceso vincula directamente a la contraloría general del estado por tratarse de fondos públicos, y una vez realizada la compra de los insumos y medicamentos, la dirección de medicamentos y farmacia del ministerio de salud se encarga de la revisión de la trazabilidad, registros sanitarios, lotes y fecha de vencimiento, así como documentación legal y de distribución de todos los productos importados para garantizar la salud pública.

Bajo esta norma suprema, en el ordenamiento jurídico panameño existen dos leyes que establecen de forma más clara ciertos procedimientos y sustento a nivel legal para la gestión hospitalaria que se detallan a continuación.

Según el artículo 1. Se crea el Patronato del Hospital Santo Tomás, como entidad de interés público y social sin fines de lucro, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen administrativo, económico, financiero y funcional; que se registrará por esta Ley y su reglamento general.

A su vez, se refleja el artículo 19, se establecen los deberes y atribuciones del Patronato:

- Crear un sistema de auditoría interna, que permita el control de los materiales y equipos bajo su responsabilidad y la definición de una estructura de costos por servicio.
- Remitir al Ministerio de Salud trimestralmente, y a la Contraloría General de la República, con la periodicidad que ella solicite, los informes financieros de producción de servicios y de costos del Hospital.
- Aprobar y publicar un informe anual sobre actividades, gastos, producción y costos del Hospital.
- Gestionar fondos adicionales, con organismos nacionales e internacionales, para apoyar la operación del Hospital.
- Establecer sistemas de cobro para los pacientes que puedan pagar los servicios.
- Definir las relaciones funcionales con la Caja de Seguro Social y asegurar su cumplimiento.

- Promover la coordinación interinstitucional para fomentar procesos de descentralización de los servicios de salud.

3 EL PROCESO DE ADMINISTRACIÓN Y DESPACHO DE MEDICAMENTOS EN EL HOSPITAL SANTO TOMÁS EN PANAMÁ VINCULADOS AL INVENTARIO EN LA ATENCIÓN PRIMARIA DE LA SALUD A LOS CIUDANOS

El proceso de inventario relacionado a la gestión de insumos y medicamentos está relacionado a la estructura del hospital, y el tamaño del mismo como organización, así como a nivel físico, administrativo. Sin embargo, tiene algunos principios fundamentales que permiten establecer un proceso de gestión, que para el caso presentado a partir de la disponibilidad de los insumos y medicamentos en las bodegas de la CSS.

Esto acontece debido a que los procesos iniciales están sujetos a trámites netamente administrativos entre diferentes instituciones del estado que se encargan del control de puntos críticos en la administración pública. Tales como la selección de proveedores a través de concursos, la presentación y aprobación de las licitaciones presentadas y la gestión de la compra y logística de entregas, así como de cláusulas de contratación específicas y muchas veces confidenciales.

Los principales procesos dentro de la administración y control de insumos y medicamentos son:

- Registro de existencias basadas en compras en bodegas centrales : Después de existir la confirmación de las compras realizadas en procesos anteriores, se debe realizar el registro de los medicamentos e insumos dentro de las bodegas centrales del Hospital Santo Tomás, para el control de inventario, así como la trazabilidad de los artículos de acuerdo a los procesos de inventario recomendables para la logística hospitalaria para evitar pérdidas por el mal manejo de la rotación de inventario por caducidad, desgaste o contaminación de los mismos.

- Revisión de requisiciones por centros de atención a pacientes: Los centros de atención a pacientes previamente para generar las solicitudes de compras deben contemplar realizar las requisiciones basados en la necesidad de consumo del centro, es decir, los valores críticos dentro de la atención, como los censos de atención por tipo de admisión, los reportes de tratamientos, enfermedades y las muestras de población atendida que requieran insumos y medicamentos para saber la necesidad real del centro basado en la administración de sus inventarios.

- Entrega de requisiciones programadas a centros de atención a pacientes: Basados en las requisiciones establecidas de cada centro de atención los almacenes o bodegas principales realizan la selección organización y coordinación logística para el despacho a los diferentes centros destinados.

- Registro de inventario en almacenes generales por centro de atención a pacientes: Cuando los insumos y medicamentos llegan a cada centro de atención a pacientes se realiza la recepción de registro de las cantidades, lotes y fechas de vencimiento de los insumos, materiales y medicamentos solicitados para alimentar el inventario interno y poder realizar la gestión de los mismos hacia los diferentes centros de servicio para su disponibilidad de uso o entrega.

- Requisiciones programadas según necesidad de consumo por centro de servicio: Los diferentes centros de servicio realizan la programación y requisición a los almacenes pertinentes de las cantidades de insumos, medicamentos y materiales que requieren para su operación cotidiana que les permita brindar el servicio de forma eficiente y efectiva.

- Registro y despacho de entregas de acuerdo al tipo de requisición generado: Una vez que los centros de servicio cuentan con la disponibilidad del inventario pueden suministrar a las diferentes áreas y habitaciones que requieran los insumos médicos, así como los artículos y medicamentos de forma directa a los pacientes.

Sistema de información y control de abastecimiento



Fuente: Hospital Santo Tomas de Panamá

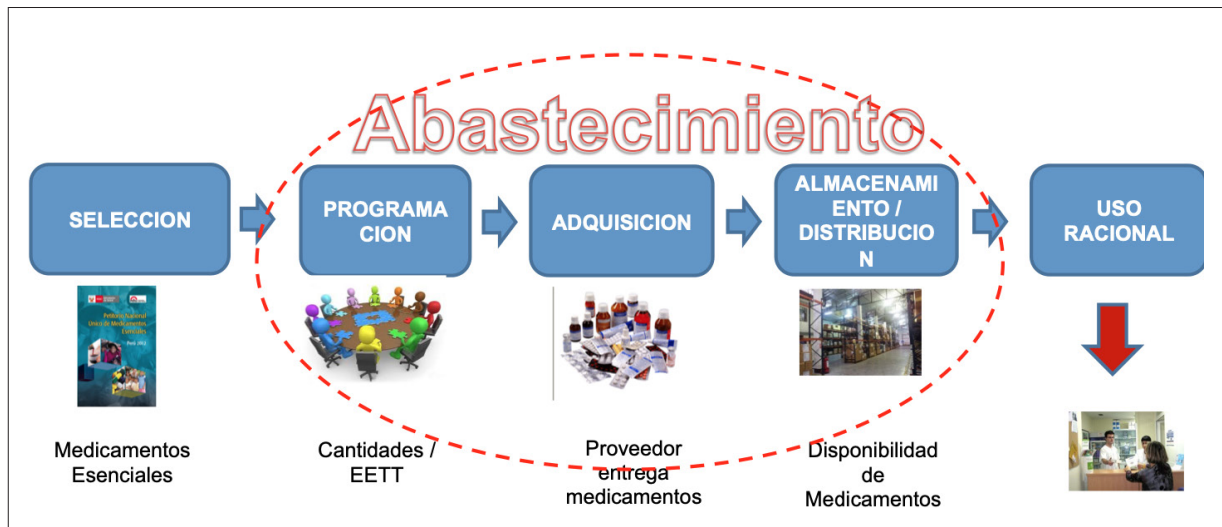
Para los procesos que involucran la gestión hospitalaria a nivel pública se debe hacer referencia al marco legal que está relacionado en el cuerpo del artículo, y desde el cuál se va a enfocar el proceso de administración y gestión de medicamentos. En base a ello, la gestión de los mismos va a comenzar a partir de la compra y adquisición de los diferentes materiales, insumos y medicamentos que ese realice a través de un proceso burocrático con las diferentes instituciones responsables.

La selección de proveedores y el proceso de concurso está realizado por la dirección nacional de compras del Hospital Santo Tomas, los cuales realizan todo el proceso de evaluación, concurso, y selección de proveedores para generar las órdenes de compra requeridas, los presupuestos de dichas compras así como el sustento financiero para este proceso vincula directamente a la contraloría general del estado por tratarse de fondos públicos, y una vez realizada la compra de los insumos y medicamentos, la dirección de medicamentos y farmacia del ministerio de salud se encarga de la revisión de la trazabilidad, registros sanitarios, lotes y fecha de vencimiento, así como documentación legal y de distribución de todos los productos importados para garantizar la salud pública.

Como se comentaba de acuerdo a la Constitución de Panamá, el artículo 6: sobre Salud, Seguridad Social y Asistencia Social, en el artículo 111: regula “Es deber del Estado establecer una política de población que responda a las necesidades del desarrollo social y económico del país.”

Bajo esta máxima existen dos leyes que establecen de forma más clara ciertos procedimientos y sustento a nivel legal para la gestión hospitalaria que se detallan a continuación.

El proceso de abastecimiento se puede apreciar en la siguiente gráfica:



Fuente: Hospital Santo Tomas

2.1 Ley de creación del Patronato del Hospital Santo Tomás. Ley N° 4 de 10 de abril de 2000 en el ordenamiento jurídico de Panamá

Según el artículo 1. Se crea el Patronato del Hospital Santo Tomás, como entidad de interés público y social sin fines de lucro, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen administrativo, económico, financiero y funcional; que se regirá por esta Ley y su reglamento general.

A su vez, se refleja el artículo 19. Donde se establecen los deberes y atribuciones del Patronato:

- Crear un sistema de auditoría interna, que permita el control de los materiales y equipos bajo su responsabilidad y la definición de una estructura de costos por servicio.
- Remitir al Ministerio de Salud trimestralmente, y a la Contraloría General de la República, con la periodicidad que ella solicite, los informes financieros de producción de servicios y de costos del Hospital.
- Aprobar y publicar un informe anual sobre actividades, gastos, producción y costos del Hospital.
- Gestionar fondos adicionales, con organismos nacionales e internacionales, para apoyar la operación del Hospital.
- Establecer sistemas de cobro para los pacientes que puedan pagar los servicios.
- Definir las relaciones funcionales con la Caja de Seguro Social y asegurar su cumplimiento.
- Promover la coordinación interinstitucional para fomentar procesos de descentralización de los servicios de salud.

Descripción del trabajo conforme al Manual general de clase ocupacional; Patronato del Hospital Santo Tomás:

- Analizar expedientes, anteproyectos de leyes, contratos y demás documentaciones jurídicas complejas.
- Realizar estudios e investigaciones sobre temas legales y otros asuntos jurídicos de interés para la institución.

- Redactar resoluciones, escritos y recursos de carácter legal a interponerse, de acuerdo a lo que ejerza en la institución.
- Emitir opinión sobre resoluciones, sumarios, fallos y otros asuntos jurídicos tratados.
- Redactar e interpretar leyes, reglamentos, resoluciones, contratos, convenios y otros documentos legales.
- Preparar y emitir opinión sobre resoluciones, contratos, convenios y otros documentos legales.
- Brindar orientación y asesoría en materia jurídica a las autoridades y funcionarios de las distintas unidades administrativas, que así lo requieran.
- Interpretar leyes, reglamentos y otros documentos jurídicos.
- Realizar trámites y gestiones técnicas y administrativas, de índole legal-jurídico, requeridas por la unidad organizativa donde se desempeña, ante otras instituciones públicas y privadas y agentes externos, según indicaciones recibidas.
- Dar seguimiento a la tramitación de contratos, expedientes, consultas y otros asuntos que se atienden o tramitan en la institución.
- Elaborar propuestas de mejoramiento de los métodos y procesos de trabajo que se utilizan en el puesto que ocupa.
- Atender, analizar y resolver reclamos y otras gestiones administrativas tipo legal-jurídico propias de los programas de la organización.
- Elaborar y presentar notas, memorando e informes diversos relacionados con las temáticas y situaciones atendidas.

Estos insumos son adquiridos al amparo de la Ley No 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley No 153 de 2020.

3.2 Las insuficiencias en la gestión de los sistemas de inventarios e insumos de medicamentos que se detectaron en la investigación:

- No existe Planificación administrativa cuando se solicitan los medicamentos e insumos.
- Un inventario físico desactualizado, vulnerando el principio COSO.
- Falta de Presupuesto Financiero para comprar medicamentos.
- No hay un software para el registro de los medicamentos e insumos en almacenes.

4 CONCLUSIONES

Los sistemas de información actuales deben ser reemplazados por sistemas que faciliten la centralización y comunicación de todos los centros de atención al paciente. El desarrollo de nuevos procesos a partir de la disponibilidad de los productos permite garantizar la calidad en la atención y el servicio a paciente de acuerdo a lo que determina la constitución.

Hacer mejoras en los sistemas informáticos, lo cual permitirá llevar mayor control de presupuestos de forma real basado en las necesidades del Hospital Santo Tomas optimizando el uso del dinero existente.

Contar con sistemas de gestión de inventarios y administración de despacho de insumos y medicamentos eficientes evitarán pérdidas por malos manejos, caducidad o rotación indebida, aportando así a enfocar ese capital en desarrollar áreas de mayor riesgo o

que requieren mayor atención hospitalaria de los pacientes.

Llevar un control sistemático con información específica permitirá establecer mejores negociaciones con los proveedores existentes tanto en tiempos de entrega como en costos de adquisición y garantizar la calidad de las compras llevando una correcta trazabilidad de inventario en la logística hospitalaria.

Las entidades del Estado competentes podrán tener información más clara y eficiente que les permita establecer mejores parámetros al momento de realizar los concursos públicos, así como conocer el historial de proveedores, e insumos y medicamentos comprados a estos en anteriores ocasiones.

Un nuevo sistema de gestión hospitalaria permitirá crear avances importantes dentro de toda la institución hospitalaria, y puede ser punto clave para continuar innovando diferentes áreas que requieran de renovación.

El control, la medición y gestión de la información hospitalaria tiene un alto nivel de importancia al momento de visualizarlo más allá de un proceso, y entender que es un engranaje en el cuál están en riesgo vidas humanas. El poder garantizar la salud pública de una forma eficiente y eficaz no solo es la máxima dentro de nuestra constitución, sino que debe considerarse un deber humano para las instituciones públicas encargadas de ofrecer este servicio como derecho constitucional y humano.

Es fundamental comprender la importancia de todos los puntos presentados dentro de la investigación y el efecto que compuesto de realizar pequeños cambios a nivel de los sistemas de información y el gran impacto de estos cambios hacia una mejor organización y estructura institucional.

REFERENCIAS

ARGUEDAS, J.. *Propuesta de mejora al proceso de planificación de medicamentos de Programa de Atención Domiciliaria (PADOMI) de ESSALUD*. Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2015.

ARIAS, B.. *Instrumento de medición*. Chile: Editorial Larense, 2013.

BAENA, Eva. *Gestión de Inventarios*. 4 feb. 2011. Disponible en: <https://aprendeconomia.wordpress.com/2011/02/04/3-la-gestion-de-inventarios/>. 2011.

BERNAL. *Método deductivo*. Argentina: Editorial Olmos, 2013.

BISQUERRA, B.. *Instrumento de recolección de datos*. Argentina: Aspectos Metodológicos, 2010.

CARRASCO, D. S.. *Métodos y diseños para desarrollar el proyecto de investigación*. Perú: Estudios de metodología, 2015.

FAJARDO ORTIZ, G.. *Nuevas fronteras en el pensamiento y práctica de la administración hospitalaria: una propuesta para el diseño y desarrollo de políticas públicas*, México: UNAM, 2018.

GALÁN, R.; PONTÓN G.. *Administración Hospitalaria*. Colombia: Editorial Médica Panamericana, 2000.

GARCÍA BARRENO, P.. *Evolución del Hospital*. Madrid, 1991.

GONZÁLEZ NUÑEZ, José. *La farmacia en la historia. La historia de la farmacia*. Barcelona: Grupo Ars XXI, 2006.

GONZÁLEZ, F.; NAVARRO, A.; SÁNCHEZ, M.. *Los Hospitales a través de la Historia y el Arte*. Barcelona: Ars Médica, 2005.

- GUERRA, F.. *Historia de la Medicina*. Madrid: Norma Capitel, 2007.
- HERNÁNDEZ, S.. *Metodología de la investigación*. Chile: Editorial Santillana, 2015.
- HURTADO. *Tratamiento de la información*. México: Editorial Pampano, 2016.
- JIMÉNEZ CABALLERO, E.. *La Farmacia Hospitalaria: Evolución y Retos*. Santiago de Compostela, 2010.
- MACHADO. *Gestión de la logística hospitalaria*. México: Universidad de Guanajato, 2013.
- MEJÍAS, R.. *Categorías de admisión hospitalaria*. México: Editorial Amansa, 2015.
- MENDEZ. *Procesos gerenciales o estratégicos*. Argentina: Editorial Olmos, 2016.
- RAMIREZ. *Suministro de medicamentos*. Chile: Editorial Pampano, 2014.
- SABINO, C.. *Técnica de los instrumentos de recolección de datos*. España: Editorial Macgrill, 2016.
- SALAZAR, A.. *La gestión de abastecimiento de medicamentos en el sector público peruano: Nuevos modelos de gestión*. Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2014.

Recebido em: 27.03.2021

Aprovado em: 27.04.2021

Como citar este artigo (ABNT):

MARTÍNEZ, Serafina Izelt. Diseño de un sistema de evaluación de la eficiencia del abastecimiento del patronato Hospital Santo Tomas de Panamá. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.13-27, set./dez. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/01/DIR45-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM FACE ÀS RESOLUÇÕES DE CONFLITO POR CONSENSO ENTRE EMPREGADOS E EMPREGADORES NAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

MICRO AND SMALL ENTERPRISES IN FACE OF CONFLICT RESOLUTIONS BY CONSENSUS BETWEEN EMPLOYEES AND EMPLOYEES IN COLLECTIVE LABOR CONVENTIONS UNDER THE DEMOCRATIC STATE OF BRAZIL

Túlio Augusto Tayano Afonso¹
Talita Pimenta Félix²
Felipe Magalhães Bambirra³

RESUMO: O presente artigo busca delinear sobre a consolidação da exigência constitucional de tratamento favorecido tanto às micro e pequenas empresas quanto aos empregados, em face das Convenções Coletivas de Trabalho, mediante metodologia investigativa, qualitativa, exploratória e dedutiva em doutrinas e jurisprudências brasileira e internacional. Para tanto, inicia correlacionando os institutos da livre iniciativa e do trabalho humano na seara da Constituição de 1988 para, em seguida, lidar mais especificamente com as Convenções Coletivas de Trabalho enquanto diplomas jurídicos que trazem normas gerais e abstratas ao ordenamento jurídico. Em seguida, aborda a questão do tratamento “desigual” constitucionalmente fundamentado entre as micro e pequenas empresas e empresas de maior porte. E finalmente, enfrenta tal problemática à luz de sua compatibilidade com os direitos trabalhistas que emanam das Convenções Coletivas de Trabalho.

Palavras-chave: convenção coletiva de trabalho; micro e pequena empresa; tratamento favorecido.

ABSTRACT: This article seeks to outline on consolidating constitutional requirement of treatment favored both the micro and small companies as the employee, in the face of collective labor conventions, through investigative, qualitative, exploratory and deductive methodology in Brazilian and international doctrines and jurisprudence. To do so, start correlating the institutes of free enterprise and human labor in the harvest of the 1988 Constitution to then deal more specifically with the collective labor conventions as legal documents which include general and abstract to the legal standards. It then addresses the issue of “unequal” treatment constitutionally reasoned among micro and small companies and larger corporations. And finally, facing such problematic in light of their compatibility with the labor rights that emanate from the collective labor conventions.

Keywords: collective bargaining agreement; favored treatment; micro and small company.

1 Professor Doutor da Unialfa.

2 Professora Doutora da Fadisp

3 Professor Doutor da Unialfa.

1 INTRODUÇÃO

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV – CF). Devem, portanto, ser compatibilizados em todo e qualquer diploma infraconstitucional que almeje legitimidade enquanto inserido no ordenamento jurídico pátrio.

As Convenções Coletivas de Trabalho possuem efeito “*erga omnes*”, e são Instrumentos Normativos aptos a produzir normas jurídicas gerais e abstratas.⁴ Enquanto institutos legais abaixo da Constituição demandam sua compatibilidade constitucional.

O presente artigo se guiará na finalidade de garantir que os valores sociais da livre iniciativa, possam ser exercidos, mormente a necessidade de tratamento favorecido às micros e pequenas empresas.

Todo esse caminho será traçado sempre com a preocupação de guardar reverência com os valores sociais do trabalho humano.

Tanto a livre iniciativa quanto os valores sociais do trabalho humano, em um primeiro momento, não fazem distinções, e são concebidos levando em consideração as empresas de maior porte, cuja estrutura política e econômico-financeira permitem uma maior facilidade destas de se autossustentarem no ambiente concorrencial do mercado nacional e internacional.

Partiremos de uma análise constitucional dos princípios relativos à livre iniciativa e do trabalho humano que regem a nossa Ordem Econômica para, posteriormente, adentrarmos mais especificamente na diferença de tratamento jurídico entre a grande e a micro e pequena empresa.

Em seguida, focaremos os pormenores mais relevantes das Convenções Coletivas de Trabalho e, finalmente, na compatibilidade dos direitos trabalhistas por essas garantidos com a proteção à micros e pequenas empresas.

2 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA E DO TRABALHO HUMANO

A Ordem Constitucional Econômica brasileira de 1988 decorre de uma hermenêutica constitucional que vai além dos artigos estabelecidos sob o título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”.

Nesta perspectiva, deve-se adotar o método de interpretação sistemática no que diz respeito à regência jurídico-constitucional da economia. Este viés interpretativo é cabível tendo em vista que os artigos da Constituição não podem ser analisados isoladamente, devendo ser vistos enquanto inseridos em um ordenamento lógico de enunciados e que correspondem a um sistema de normas jurídicas que só podem ser compreendidas individualmente enquanto inseridas neste complexo diploma jurídico.

A Constituição Federal brasileira define o sistema econômico nacional como capitalista, por proteger e assegurar o direito subjetivo à propriedade privada e a livre iniciativa. Porém, não garante um sistema liberal econômico, tendo em vista que busca também garantir, entre outros, além da função social da propriedade, a valorização do trabalho humano, consoante seu art.170.⁵

4 Isso decorre do desdobramento do princípio da criatividade jurídica da normatização coletiva, que consagra a autonomia privada coletiva, que é inerente aos sindicatos.

5 Da mesma forma que o princípio da função social da propriedade de alguma maneira limita a propriedade, o princípio da valorização social do trabalho, impõe limites à livre iniciativa.

Art. 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, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.⁶

A compatibilização entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa é estabelecida como fundamento da ordem econômica devendo o exegeta resguardar ambos os princípios na análise e aplicação da norma jurídica. O art. 1º, IV da Constituição preconiza que:

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:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;⁷

Em conformidade com a Ordem Econômica Constitucional, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estão em relação de igualdade enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante as palavras de Lafayette Petter,

A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa revelam que a Constituição de 1988 prevê uma sociedade brasileira capitalista moderna, na qual a conciliação e a composição entre os interesses dos titulares de capital e trabalho são necessidades a serem viabilizadas pela atuação do Estado.⁸

Tais valores se coadunam na busca da garantia dos objetivos fundamentais de nosso país, conforme estabelecido no art. 3º da Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁹

Titulares do capital e da força de trabalho estão em lados opostos da mesma regência econômica, devendo seus direitos e deveres ser compatibilizados com a finalidade de atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Com isso queremos dizer que a oposição entre os direitos dos detentores do capital e dos trabalhadores é relativa, já que em ambos a busca pela dignidade humana é coincidente, e só pode ser alcançada a todos mediante o adensamento das regras e princípios constitucionais na formulação das normas infraconstitucionais.

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

8 PETTER, Lafayette J. *Direito Econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p.51.

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

A fim de que nenhum dos lados – empresários e trabalhadores – saia em prejuízo, são criadas regras diferenciadas entre micros e pequenas empresas (consoante garantia imposta pelo inciso IX do artigo 170 da Constituição) e aquelas de grande porte, além da possibilidade dos trabalhadores se organizarem na forma de sindicatos para a proteção de seus direitos, entre outras garantias, enquanto hipossuficientes na relação econômica.

Outrossim, a própria Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre a aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva como direitos fundamentais e essenciais para o exercício da democracia, do diálogo e do tripartismo, ratificada pelo Brasil, estabelece normas que visam o incentivo dos acordos coletivos e orienta, em seu artigo 4, o seguinte:

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.¹⁰

Vale salientar, ainda, as seguintes palavras de Nelson Nazar:

Desnecessário lembrar que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa implicam na proteção dos chamados direitos coletivos. É, todavia, no título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente no Capítulo I, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que vamos encontrar identificadas as diretrizes que estão voltadas para a proteção do coletivo, desde que observados os princípios de liberdade individual das pessoas. É como se o texto da Lei Maior nos indicasse a proteção do indivíduo, o direito das coletividades e a liberdade individual e coletiva como sendo os três principais condutores da Constituição Federal.¹¹

Importante, também, indicar os termos de José João Abrantes:

O modo e as circunstâncias em que o Direito do Trabalho surgiu, bem como a realidade social diferenciada na qual assenta, marcam naturalmente as suas regras e princípios próprios. Foi a situação jurídica dos trabalhadores subordinados que levou à criação de técnicas próprias para lhe dar resposta, isto é, de instrumentos específicos de proteção - máxime a liberdade sindical, a negociação coletiva e a greve, cujo conjunto é, na verdade, condição necessária de todas as outras liberdades dos trabalhadores. A relação laboral é ainda hoje, tal como ontem, uma relação de poder-sujeição, em que a liberdade de uma das partes aparece susceptível de ser feita perigar *pele maior poder econômico e social da outra*. O trabalhador e o empregador são sujeitos de um contrato *sui generis*, um contrato que alicerça essa relação de poder-sujeição, daí derivando a necessidade de proteção da parte em relação à qual a sua liberdade e dignidade se podem encontrar em perigo face ao poder econômico do outro contraente.¹² (grifo nosso)

O trecho por nós grifado dessas sábias palavras de Abrantes vale a pena ser salientado principalmente tendo em vista que o poder econômico, conforme será dito adiante, merece

10 OIT. *Convenção 98*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/465>. Acesso em: 10 ago. 2021.

11 NAZAR, Nelson. Dissídios Coletivos, relação de emprego e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio M. da. (coords.) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1301.

12 ABRANTES, José João. A autonomia do Direito do Trabalho, a Constituição Laboral e o artigo 4º do Código do Trabalho. In: FERNANDES, António Monteiro (Coord.). *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina, 2004.

ser relativizado diante do empregador, assim como o próprio contrato alicerce da relação de poder-sujeição.

Por outro lado, insta esclarecer que não estamos aqui tratando de desconstruir o Direito do Trabalho, e, portanto, rogamos uma leitura cautelosa e completa antes de se imaginar qualquer conclusão precipitada; mas neste caso específico, ante as micro e pequenas empresas, temos que de alguma maneira relativizar alguns pontos rijos do Direito do Trabalho (CCTs), sob pena de inviabilizarmos a livre iniciativa.

Sendo o desemprego um problema crucial, principalmente para um país como o Brasil, e levando-se em consideração também a dificuldade que as micros e pequenas empresas têm para se sustentar em tal cenário econômico, a situação de correlação entre direitos e deveres de empregados e empregadores começa a se mostrar como mais complexa do que a princípio se possa imaginar, já que a fragilidade de tais empresas aproxima-se da fragilidade dos próprios trabalhadores, e em muitos casos até se confundem.

3 DIFERENÇA DE TRATAMENTO JURÍDICO ENTRE A GRANDE E A MICRO E PEQUENA EMPRESA

Além do art. 170 da Constituição de 1988 ditar expressamente que um dos princípios da ordem econômica é conferir tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, temos ainda como suporte o art.179:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.¹³

Infraconstitucionalmente deparamos com a Lei Complementar 123 de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Micro e Pequena Empresa.

O art. 3º considera microempresa aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Já a empresa de pequeno porte, é aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Nos dizeres de Carlos E. Montano,

Em síntese, poderíamos sinalizar que a PeMe, em geral, apresenta uma estrutura muito elementar. Ela é *pequena* – poucos trabalhadores, baixo volume de produção e comercialização e reduzido mercado e raio de incidência; *pouco complexa* – altamente centralizada, com pouca estratificação e escassa divisão de tarefas e papéis; e *relativamente informal* – insuficiente definição explícita de objetivos, normas, sistemas de sanções e recompensas, assim como irregular aplicação das Leis Sociais e Empresariais.¹⁴

A concepção de conferir um tratamento favorecido às micros e pequenas empresas vem na esteira de se garantir um tratamento mais benéfico, auxiliado e apoiado pelas instituições

13 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

14 MONTAÑO, Carlos E. *Micro empresa na era da globalização: uma abordagem crítica*. São Paulo: Cortez, 1999, p. 15.

públicas, no sentido de erigir um ordenamento pátrio que as garanta menos encargos e obrigações, pois sem isso sua existência é inviável.

Uma das formas disso se realizar é através da redução de ônus burocráticos a estas empresas no que diz respeito aos tributos. Há uma forte ligação desse tratamento favorecido com os princípios da livre iniciativa e concorrência, já que estas só podem ser realizadas plenamente se as micro e pequenas empresas estiverem acobertadas por um ordenamento jurídico que as favoreça, pois estão em clara desvantagem em relação às empresas de maiores. Assim leciona André Ramos Tavares:

O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma efetivamente ocorra a liberdade de concorrência (e de iniciativa).¹⁵

Se deixar a economia agir livremente pelas próprias forças do mercado, não só os trabalhadores sentirão na pele as mazelas, mas também as micro e pequenas empresas. A história do liberalismo já nos demonstrou que a tendência é o monopólio e o oligopólio, em que grandes empresas chegam a controlar parcelas significativas do mercado, delegando às micro e pequenas empresas arcar com os prejuízos de uma concorrência em todos os sentidos desleal.

Nada contra as empresas de grande porte, por óbvio. Porém, é claro que conferir tratamento favorecido às micro e pequenas empresas conduz também ao favorecimento do próprio consumidor, que se encontrará diante de uma real concorrência de mercado, não aquela induzida artificialmente pelas grandes empresas quando estas se encontram em situação de total controle sobre o mercado e os preços. Para Lafayette Petter:

[...] o princípio que visa fomentar o crescimento do número de empresas de pequeno porte tem o benéfico efeito de ir na contramão da tendência concentracionista que o mercado representa, com benefícios para toda a coletividade, pois a maior dispersão do poder econômico diminui a possibilidade de ocorrência de situações de abuso de poder.¹⁶

A grande maioria dos benefícios trazidos pelo Estatuto Nacional da Micro e Pequena Empresa (LC 123/2006), dizem respeito a aspectos tributários. Em relação à matéria trabalhista, contamos com os arts. 1º, II e 51:

Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

[...]

II. ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

[...]

Art. 51. As microempresas e as empresas de pequeno porte são dispensadas:
I - da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências;

15 TAVARES, André R. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.211.

16 PETTER, Lafayette J. *Princípios Constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art.170 da Constituição Federal*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.303.

- II - da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro;
- III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem;
- IV - da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e
- V - de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.¹⁷

Além da Constituição, deste diploma jurídico de poucas leis esparsas, não há qualquer legislação que beneficie as micro e pequenas empresas no que diz respeito às relações de trabalho.

As micro e pequenas empresas concorrem de forma desigual com empresas de grande porte, que conseguem cumprir as normas emanadas também das Convenções Coletivas de Trabalho, firmadas entre sindicatos de empregados e empregadores e que estabelece, conforme veremos a seguir, independentemente do tamanho da empresa, com força de “Lei”, direitos e deveres dos trabalhadores e empregadores, na forma de patamares de reajuste salarial, benefícios, piso salarial, entre outros, tudo em um alto nível.

Se já é muito difícil à micro e à pequena empresa se adequar aos meandros da legislação trabalhista, fica muito pior quando se depara com uma CCT, que muitas vezes aumenta e muito as vantagens e benefícios dos trabalhadores, e acaba inviabilizando sua existência, e conseqüentemente também o exercício da livre iniciativa.

Também vale salientar alguns dados recentes sobre a relevância das micro e pequenas empresas no cenário nacional. A participação das micro e pequenas empresas no Produto Interno Bruto – PIB – do Brasil equivale, de acordo com dados do Sebrae de 2011, a 27% do total das empresas.¹⁸ “No Brasil existem 6,4 milhões de estabelecimentos. Desse total, 99% são micro e pequenas empresas (MPEs). As MPEs respondem por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões)”.¹⁹

Cabe mostrar também os resultados do estudo do Sebrae intitulado Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira:

A importância das MPE no período 2009-2011 é realçada em todas as dimensões e em todas as atividades:

No Setor de Serviços as MPE - geraram 36,3% do total do valor adicionado do setor; representavam 98,1% do número de empresas; empregaram 43,5% dos trabalhadores; e, pagaram 27,8% das remunerações de empregados no período.

No Setor de Comércio as MPE - geraram 53,4% do total do valor adicionado do setor; representavam 99,2% do número de empresas; empregaram 69,5% do pessoal ocupado no setor; e, pagaram 49,7% das remunerações dos empregados do setor no período;

No Setor Industrial as MPE – geraram 22,5% do valor adicionado do setor; representavam 95,5% do número de empresas; empregaram 42% do pessoal ocupado no setor; e pagaram 25,7% das remunerações de empregados no período.²⁰

17 BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

18 SEBRAESP. *Portal Dados 2014*. Disponível em: http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mpes_numeros/dados_mpes_brasil_2014.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

19 SEBRAESP. *Pequenos Negócios em Números*. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros?start=10>. Acesso em: 10 ago. 2021.

20 SEBRAE. *Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira*. Jul. 2014. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

A maior parte da empregabilidade das micro e pequenas empresas se localiza nas atividades de comércio varejista, serviços e indústria de transformação, totalizando 85,1% (média do período) do emprego gerado por esse perfil de empresas.²¹

Por outro lado, se levado em consideração somente o âmbito das grandes empresas, é mostrada a formação do emprego, “com maior concentração na atividade agregada de serviços, a qual concentra as empresas de Telecomunicações, a empresa de Correios e outras empresas que se caracterizam por empregar grandes contingentes de pessoal.”²²

Ou seja, são perfis diversos de empregabilidade, o que corrobora a proposta apresentada neste trabalho e delineada conforme se verá mais adiante.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

Consoante definição fornecida pelo art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, Convenção Coletiva de Trabalho é:

O acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.²³

Sob o manto do artigo 613 da CLT, as Convenções Coletivas, para serem normas jurídicas, devem conter, obrigatoriamente:

I- designação dos Sindicatos convenientes ou dos Sindicatos e empresas acordantes; II - Prazo de vigência; III - Categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos; IV - Condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; V - Normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenientes por motivos da aplicação de seus dispositivos; VI - Disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos; VII - Direitos e deveres dos empregados e empresas; VIII - Penalidades para os Sindicatos convenientes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.²⁴

Sobre a localização da Convenção Coletiva de Trabalho na hierarquia das normas, salienta Mauricio Godinho Delgado:

As convenções coletivas, embora de origem privada, criam regras jurídicas, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, conseqüentemente, à noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra ou comando abstrato. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (seu conteúdo), diplomas desveladores de normas jurídicas típicas, tal como a sentença normativa. Do ponto de vista formal, porém, despontam as convenções coletivas de trabalho como acordos de vontade, contratos – na linha dos atos jurídicos (negócios jurídicos) privados bilaterais ou plurilaterais.²⁵

21 SEBRAE. *Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira*. Jul. 2014. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

22 SEBRAE. *Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira*. Jul. 2014. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

23 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

24 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

25 DELGADO, Mauricio G. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p.158-159.

Dos princípios que regem a negociação coletiva, em cujo contexto se inserem as Convenções Coletivas do Trabalho, corroboramos com o alinhamento principiológico de Arnaldo Süssekind: “a) Princípio da inescusabilidade negocial; b) Princípio da boa-fé; c) Direito de informação; d) Princípio da razoabilidade; e, e) Princípio da paz social”.²⁶

O princípio da inescusabilidade negocial diz respeito à impossibilidade das entidades representativas de impedir, ou até evitar, quando chamadas para tanto, tentativas reais de negociação coletiva. O respectivo sindicato é quem tem legitimidade para celebrar a Convenção Coletiva de Trabalho, e este não pode se recusar a fazê-lo, quando provocado. O sindicato, porém, só poderá celebrar a Convenção mediante deliberação de sua Assembleia Geral.

O princípio da boa-fé diz respeito a esta ser inerente aos atos jurídicos em geral e sua existência é presumida.²⁷

[...] não revela-se apenas na disposição da parte para negociar, analisar propostas adequadamente formuladas e contrapor. Está contido, com muita frequência, no modo pelo qual o acordo e a convenção coletiva de trabalho são redigidos e também é aferível na fase de fiel execução do pactuado. O instrumento normativo que recolhe e enuncia as condições de trabalho negociadas não pode transformar-se em fonte de dissidência, devido a uma redação premeditadamente ambígua ou obscura quanto aos limites da obrigação pactuada.²⁸

O princípio do direito de informação, por sua vez, diz respeito à formulação clara das demandas, com fundamentação aberta e esclarecida a fim de que a convenção seja realizada com bases em indicadores transparentes, tanto por parte das empresas quanto dos sindicatos, a fim de gerar propostas, contrapropostas e redação das convenções espelhadas num processo de detalhamento o máximo possível dos argumentos específicos e gerais, a fim de que possa produzir normas realmente embasadas nas condições que determinam um acordo o máximo possível conforme o estado real dos objetos que permeiam a negociação.

Já sobre o princípio da razoabilidade, este almeja que ambas as partes ofereçam pleitos com o mínimo de condição de serem atendidos, sob o risco de minar o diálogo chamando ao debate questões que sabe-se, inevitavelmente, a parte contrária não teria quaisquer possibilidades de se submeter. É também denominado de princípio da racionalidade, pois consiste em agir conforme a razão, com moderação, de modo justo, ponderado e sensato.²⁹

Por fim, o princípio da paz social,

Consiste na trégua implicitamente assumida pelas partes ao assinarem o instrumento normativo que compõe os interesses transacionados na negociação coletiva concluída com sucesso. (...) essa regra não é inflexível. [...], a paz social prevalece enquanto o cenário econômico não sofre modificação superveniente, imprevisível e substancial, geradora do desequilíbrio das prestações pactuadas. Nesse caso, compromete-se a paz social caso a negociação coletiva não seja reaberta para restabelecer o equilíbrio da equação anteriormente ajustada pelos interlocutores sociais.³⁰

26 SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*. *Instituições de Direito do Trabalho, volume II*. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p.1183.

27 SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*. *Instituições de Direito do Trabalho, volume II*. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p.1184.

28 SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*. *Instituições de Direito do Trabalho, volume II*. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p.1184.

29 SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*. *Instituições de Direito do Trabalho, volume II*. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p.1186.

30 SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*. *Instituições de Direito do Trabalho, volume II*. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p.1187-1188.

Expostos esses princípios, cabe salientar que a celebração da Convenção Coletiva de Trabalho gera efeitos vinculantes, ou seja, as cláusulas da Convenção atuam como regras dotadas de obrigatoriedade sobre os contratos individuais por ela abrangidos. Assim, cabe remetermos aos dizeres do art. 619 da CLT: “nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”.

Em relação ao âmbito de aplicação da Convenção, no Brasil, prevalece o modelo normativo de que tal documento aplica-se a todos os membros das categorias profissionais e econômicas representadas pelos respectivos sindicatos convenentes, sendo que tal regra adveio do Decreto-Lei 229 de 1967, a fim de harmonizar o entendimento com o artigo 513 da CLT, que dita ser prerrogativa dos sindicatos representar os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

Isso decorre de um pressuposto incorporado no pensamento acadêmico e jurisprudencial brasileiro, com base em uma hermenêutica constitucional e infraconstitucional, que direciona o Direito Coletivo do Trabalho nos moldes já incitados por Mauricio Godinho Delgado:

O movimento sindical, desse modo, desvelou como equívoca a equação do liberalismo individualista, que conferia validade social à ação do ser coletivo empresarial, mas negava impacto maior à ação do trabalhador individualmente considerado. Nessa linha, contrapôs ao ser coletivo empresarial também a ação do ser coletivo obreiro. Os trabalhadores passaram a agir coletivamente, emergindo na arena política e jurídica como vontade coletiva (e não mera vontade individual). A dinâmica de atuação grupal, caracterizada por embates envolvendo grupos sociais, que marca o Direito Coletivo do Trabalho, surgiu, portanto, em torno do ser coletivo obreiro, do sindicato.³¹

Como nos aponta Octavio Bueno Magano, uma problemática que não escapa da opção normativa de submeter os ditames da Convenção para além dos associados, mas também às pessoas estranhas ao quadro associativo, é justificar tal eficácia *ultra contraentes*. Como no Brasil os efeitos da Convenção são “*erga omnes*”, como explica o autor: “há de se entender que os mesmos efeitos constituem delegação do poder estatal.”³²

Assim, em uma análise comparativa em face de outros ordenamentos, leciona Octavio Bueno Magano:

Na maioria dos países do mundo ocidental, a diretriz dominante é a de que a convenção possui eficácia limitada, podendo, porém, ser estendida ou por força do costume, ou por ato de autoridade competente, ou, então, pela atuação do conceito de representatividade. Na Itália, por exemplo, a convenção de direito comum, de longe, a de maior incidência prática, só obriga os associados. Contudo, é de costume que venha a ser aplicada (...), em alguns casos, a todos os membros de uma categoria, quando de amplitude correspondente ao referido conceito. Na França, a convenção coletiva, subscrita pelos sindicatos de maior representatividade, pode ser estendida a todos os trabalhadores de um determinado ramo de atividade, por ato do Ministro do Trabalho.³³

31 DELGADO, Mauricio G. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1309.

32 MAGANO, Otavio B. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980, p.147.

33 MAGANO, Otavio B. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980, p.146-147.

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção Coletiva de Trabalho possui o condão de produzir seus efeitos em relação a todos os trabalhadores e empregadores da categoria, da base territorial do sindicato.

5 COMPATIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS PREVISTOS NAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO EM FACE DAS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS

Como bem já disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, “a política econômica pede por sacrifícios proporcionais em matéria de arrecadação - como forma de estímulo e desenvolvimento da atividade das micro e pequenas empresas, bem como do aumento das condições propícias à oferta de empregos”.³⁴

Conforme estudado anteriormente, a Ordem Econômica Constitucional Brasileira demanda a flexibilização nos custos e na burocratização estatal sobre as micro e pequenas empresas.

O atendimento a tal diferenciação é justificado em face do comprometimento da ordem jurídica pátria com o exercício da livre iniciativa e da concorrência, adotando-se também como parâmetro a relevância de tais empresas para a economia nacional e geração de emprego, sempre em prol do atendimento à sua função social.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho - OIT, no Brasil, “as Micro e Pequenas Empresas representavam 99,0% dos estabelecimentos formais no ano de 2010 e respondiam por 51,6% dos empregos privados não agrícolas formais do país e aproximadamente 40,0% da massa salarial”.³⁵

Pouco mais da metade dos empregos privados não agrícolas formais no Brasil está concentrada nas micro e pequenas empresas.

As Convenções Coletivas de Trabalho, por sua vez, têm como função, concretizar regulações de condutas a fim de garantir direitos de equiparação de poderio econômico-financeiro e político, através dos sindicatos, dos empregados em face dos empregadores, partindo-se de uma presumida hipossuficiência dos trabalhadores individualmente considerados.

Como bem salienta José Carlos Schmitz,

Deve-se compreender o Direito do Trabalho sob uma renovada perspectiva, trazendo suas regras para os novos tempos e compreendendo que o valor proteção permanece sob nova justificativa – a Dignidade Humana - e, com base na Dignidade, garantir a eficácia dos direitos fundamentais inerentes a todo o cidadão brasileiro, consumadas na CRFB.³⁶

Nessa ideia, evocamos a importância do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto princípio a ser observado em todas as instâncias do Direito e em todas as partes de qualquer relação interpessoal, e contratual também, como, por exemplo, na imposição dos termos das Convenções Coletivas de Trabalho.

Maurício Godinho Delgado³⁷ leciona que a função central do Direito do Trabalho, é levar à melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. E mais, propõe uma função modernizante e progressista ao Direito do Trabalho, no sentido de que:

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI no 4.033. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 15 set. 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <http://hierarquiadinamica.blogspot.com.br/p/noticias-do-tst.html>. Acesso em: 10 ago. 2021.

35 OIT. Avanços nos indicadores de Trabalho Decente no Brasil é tema de relatório inédito da OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/876>. Acesso em: 10 ago. 2021.

36 SCHMITZ, José Carlos. A dignidade humana, o valor social do trabalho e aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho no Brasil. *Revista Jurídica – CCJ*, v. 16, n.º. 32, p.121-138, ago./dez. 2012, p.136.

37 DELGADO, Mauricio G. *Direito Coletivo do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p.23.

[...] o Direito do Trabalho distribui renda equanimemente ao conjunto da sociedade e país envolvidos, por meio da valorização que impõe ao labor humano; com isso, alarga e fortalece o mercado interno da respectiva economia, conferindo a esta dinamismo e organicidade. De outro lado, este ramo jurídico estimula o empresário a investir tanto em tecnologia como no aperfeiçoamento de sua mão de obra, de modo a elevar a produtividade do trabalho em seus empreendimentos.³⁸

Essa hipossuficiência presumida dos trabalhadores, quando posta em contraponto à hipossuficiência também de caráter constitucional das micro e pequenas empresas, merece especial atenção. Isso porque, diferentemente das empresas multinacionais e conglomerados empresariais de alto porte, aquelas demandam uma observância especial pelo caráter incontestável de difícil concorrência no plano do mercado e que, por isso mesmo, já se encontram revestidas de certos privilégios na ordem fiscal-tributária.

Isso ao mesmo tempo em que alguns sindicatos de grande força política e representatividade buscam garantir tratamento diferenciado àqueles empregados aos quais corresponde, mesmo em face destas empresas de baixo índice de poderio político e econômico.

Não buscamos, vale salientar, relativizar os direitos trabalhistas garantidos pela Constituição de 1988 e pela CLT, pois não tratamos aqui de direitos indisponíveis do empregado, mas sim de expor a frágil situação das empresas de micro e pequeno porte ao dialogar principalmente com sindicatos extremamente organizados e possuidores de alto grau de negociabilidade.

A rigidez das normas trabalhistas brasileiras e a cautela com que micros e pequenos empresários devem lidar em face das questões desse tema, chegaram a ser tratadas em artigo da revista norte-americana *The Economist*³⁹, intitulado *Brazil's labour laws - Employer, beware. An archaic labour code penalises businesses and workers alike*⁴⁰:

That many of the new jobs are formal (ie, legally registered) is despite, rather than because of, the labour laws. The trend to formalisation is largely a result of the greater availability of bank credit and equity capital on the one hand, and recent changes that make it easier to register micro-businesses on the other. [...] to the labour laws themselves. These are extraordinarily rigid: they prevent bosses and workers from negotiating changes in terms and conditions, even if they are mutually agreeable. [...] The ABC metalworkers' union, which represents 100,000 workers in the industrial suburbs of São Paulo, is trying to make union-negotiated agreements binding in the labour courts. At present unions in Brazil cannot strike the sort of deals that are common elsewhere, such as accepting pay cuts during downturns in return for no job losses, since individual workers may later ask the labour courts to unpick them. [...] The metalworkers' proposals could improve matters, at least for big companies. For smaller firms, and foreign investors, the best advice will still be "employer, beware".⁴¹

38 DELGADO, Mauricio G. *Direito Coletivo do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p.24.

39 THE ECONOMIST. *Brazil's labour laws. Employer, beware*. 10 de março de 2011. Disponível em: <http://www.economist.com/node/18332906>. Acesso em: 10 ago. 2021.

40 Tradução livre: Leis trabalhistas do Brasil - Empregador, cuidado. Um código de trabalho arcaico penaliza empresas e trabalhadores.

41 Tradução livre: Muitos empregos novos são formais (com carteira assinada) apesar da Lei, quando na verdade, deveria ser uma decorrência. A tendência da formalização é em grande parte resultado da maior disponibilidade de crédito bancário e capital próprio, de um lado, e as recentes alterações que tornam mais fácil de registrar as microempresas, por outro. [...] Entretanto, para essas microempresas, as leis trabalhistas são extraordinariamente rígidas: elas impedem os patrões e os trabalhadores de negociar mudanças em termos e condições, mesmo que sejam mutuamente aceitável. [...] O sindicato dos metalúrgicos do ABC, que representa 100 mil trabalhadores nos subúrbios industriais de São Paulo, está tentando fazer acordos negociados pelos sindicatos por intermédio da Justiça do Trabalho. Neste momento os sindicatos no Brasil não podem adotar a sistemática negocial que são comuns em outros lugares, como aceitar cortes salariais durante as recessões, em troca de estabilidade no emprego, uma vez que os trabalhadores individuais podem depois pedir aos tribunais do trabalho para desfazer tais tratativas. [...] As propostas dos metalúrgicos poderiam melhorar as coisas, pelo menos para as grandes empresas. Para as empresas menores, e os investidores estrangeiros, o melhor conselho ainda é 'empregador, cuidado'.

O Sindicato dos Metalúrgicos do ABC (Estado de São Paulo) é um dos maiores representantes sindicais do país. As Convenções Coletivas de Trabalho firmadas com este sindicato, cumprindo, evidentemente, o papel de regulamentação na área trabalhista para além das normas estatais, afetam tanto grandes corporações empresariais quanto micros e pequenas empresas, sem realizar quaisquer distinções, tratando de temas que vão desde piso salarial e aumento, até férias e salário admissão.

Nossa ordem jurídica preza, como fundamento da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), portanto, compatibilizar esses dois princípios é imperativo do ordenamento jurídico pátrio. Cumprir tal requisito na aplicabilidade da norma e na sua criação é mandamento constitucional e que, a nosso ver, só será observado se for realizada a diferenciação no tratamento das micros e pequenas empresas inclusive na esfera trabalhista e, particularmente, no que diz respeito às normas que emanam das Convenções Coletivas de Trabalho.

Não há como olvidar que a estrutura e o poderio monetário e político de tais empresas é desigual se comparado às empresas de grande porte, recepcionando, portanto, ambas, tais normas jurídicas de forma também desigual, consoante as suas possibilidades econômico-financeiras.

Tais Convenções, deixando de considerar a demanda constitucional de desequiparação entre micros e pequenas empresas e empresas de maior porte ao criarem normas gerais e abstratas, escapam às demandas constitucionais de um tratamento diferenciado que evidentemente garantiria maior proteção inclusive aos trabalhadores.

A presente tese aqui delineada está em total conformidade com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar da necessária consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição. Em suas palavras:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, (...), impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação suprarreferido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.⁴²

Primeiramente, tal desequiparação atinge indubitavelmente parcela significativa das empresas nacionais, conforme já expresso no início deste capítulo. Em segundo lugar, a discrepância entre as micro e pequenas empresas e as empresas de grande porte é visível, tanto em relação à suas estruturas quanto à capacidade econômico financeira, consoante exposto no capítulo 2 do presente trabalho. Em terceiro lugar, o regime jurídico das micros e

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.41.

pequenas empresas já encontra distinta normatização em nosso ordenamento pátrio, porém, prezando mormente pela desequiparação fiscal, pouco tratando da questão trabalhista. E, por último, os interesses dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme também já exposto, são igualmente protegidos pela Constituição de 1988, devendo, por isso, ser compatibilizados na norma infraconstitucional, atendendo ao interesse público enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil.

6 CONCLUSÃO

A falta de considerações especiais nas Convenções Coletivas de Trabalho no que diz respeito às micro e pequenas empresas, no sentido de um tratamento especial a estas na produção das normas gerais e abstratas, acaba por ferir inclusive princípios que emanam das próprias negociações coletivas.

Conforme já abordamos acima temos que considerar o princípio da razoabilidade e o princípio da paz social (além de outros).

O primeiro fica debilitado a partir do momento em que, quando ambas as partes oferecem pleitos com “o mínimo de condição de serem atendidos”, tais pleitos, se consolidados na Convenção, vão atingir em igualdade tanto as grandes quanto as micro e pequenas empresas, sem o devido sopesamento sobre a clara diferença de estrutura entre elas para manterem-se em obediência e observância às normas emanadas.

Assim, a razoabilidade se encontra deturpada, já que, sob normas gerais e abstratas, as Convenções não realizam quaisquer diferenciações entre as partes diretamente atingidas pelo negócio jurídico acordado.

O segundo, qual seja, o da paz social, que deveria, em tese, levar em consideração o cenário econômico sob o qual está sendo redigido o documento normativo, a fim de gerar uma trégua implicitamente assumida pelas partes, na verdade, não se está observando com a devida atenção o cenário econômico, pois desconsidera-se a diferenciação que deveria ser realizada, a fim de cumprir os ditames constitucionais e efetivamente levar a uma paz social, entre as micros e pequenas empresas e aquelas de maior porte.

A estrutura econômico-financeira e política, incluindo-se o poder de barganha, das micro e pequenas empresas, não é levada em consideração ao ponto de se produzirem normativas que considerem tais desequiparações em face das grandes empresas. Isso acarreta um possível equilíbrio em face destas, e termina por ocasionar um sobrepeso em face daquelas; situação esta que a Constituição Federal exige evitar, em face do tratamento favorecido.

Por fim, importa esclarecer que, observar a Constituição nestes quesitos é essencial não só para favorecer exclusivamente os micro e pequenos empresários, mas, evidentemente, pela grande parcela que ocupam no mercado nacional, tal observância acaba por inevitavelmente favorecer também os próprios trabalhadores.

A garantia dos valores sociais da livre iniciativa caminha lado a lado à dos valores sociais do trabalho humano, já que são ambos interesses que, afinal, acabam por buscar o equilíbrio no capitalismo que leva, inevitavelmente, se atendida plenamente a ordem constitucional, à garantia a todos de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. A autonomia do Direito do Trabalho, a Constituição Laboral e o artigo 4º do Código do Trabalho. In: FERNANDES, António Monteiro [Coord.]. *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina, 2004.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI no 4.033. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 15 set. 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <http://hierarquiadinamica.blogspot.com.br/p/noticias-do-tst.html>. Acesso em: 10 ago. 2021.

DELGADO, Mauricio G. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio G. *Direito Coletivo do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MAGANO, Otavio B. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTAÑO, Carlos E. *Micro empresa na era da globalização: uma abordagem crítica*. São Paulo: Cortez, 1999.

NAZAR, Nelson. Dissídios Coletivos, relação de emprego e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio M. da. (coords.) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OIT. *Convenção 98*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/465>. Acesso em: 10 ago. 2021.

OIT. *Avanços nos indicadores de Trabalho Decente no Brasil é tema de relatório inédito da OIT*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/876>. Acesso em: 10 ago. 2021.

PETTER, Lafayete J. *Direito Econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PETTER, Lafayete J. *Princípios Constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMITZ, José Carlos. A dignidade humana, o valor social do trabalho e aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho no Brasil. *Revista Jurídica – CCJ*, v. 16, nº. 32, p. 121 - 138, ago./dez. 2012.

SEBRAE. *Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira*. Jul. 2014. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SEBRAESP. *Pequenos Negócios em Números*. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros?start=10>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SEBRAESP. *Portal Dados 2014*. Disponível em: http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mpes_numeros/dados_mpes_brasil_2014.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*. *Instituições de Direito do Trabalho, volume II*. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

TAVARES, André R. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

THE ECONOMIST. *Brazil's labour laws. Employer, beware*. 10 de março de 2011. Disponível em: <http://www.economist.com/node/18332906>. Acesso em: 10 ago. 2021.

Recebido em: 08.09.2021

Aprovado em: 30.09.2021

Como citar este artigo (ABNT):

AFONSO, Túlio Augusto Tayano; FÉLIX, Talita Pimenta; BAMBIRRA, Felipe Magalhães. As micro e pequenas empresas em face às resoluções de conflito por consenso entre empregados e empregadores nas convenções coletivas de trabalho no âmbito do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.28-43, set./dez. 2021. Disponível em: < <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/05/DIR45-02.pdf> >. Acesso em: dia mês. ano.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO E COMBATE À COVID-19 E A CRISE INSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF PREVENTION AND COMBAT MEASURES TO COVID-19 AND THE INSTITUTIONAL CRISIS

Alexandre Antonio Bruno da Silva ¹
Antonia Georgelia Carvalho Frota ²

RESUMO: As consequências produzidas pela pandemia do Coronavírus são ainda incalculáveis, cabendo ao Direito apresentar elucidacões para este período de crise. O Brasil, como outros países, aderiu as medidas de enfrentamento ao combate na proliferaçao do coronavírus. Sendo a União responsável pela defesa do Estado Democrático de Direito congregando Estados, Distrito Federal e Municípios, neste momento delicado em que se encontra o país, deveria este ente federado estar à frente da gestão da crise, constatando os percalços a serem prosseguidos. Todavia, o que se tem observado são discordâncias e ausência de alinhamento entre os entes federal, estadual, distrital e municipal. Diante desse cenário, esse trabalho busca expor a sistematizaçao das competências constitucionais, analisando criteriosamente se é satisfatória a organizaçao das funções legislativas e administrativas no enfrentamento da crise germinada pela COVID-19, bem como esclarecer os limites de atuação executiva e legislativa de cada ente federativo. O presente trabalho trata-se de uma pesquisa qualitativa, valendo-se do método indutivo e constituindo-se em uma revisao bibliográfica.

Palavras-Chave: competência administrativa; crise sanitária; direitos fundamentais; estado democrático de direito; pandemia.

ABSTRACT: The consequences produced by the Coronavirus pandemic are still incalculable, and it is up to the Law to present explanations for this period of crisis. Brazil, like other countries, is adhering to measures to combat the proliferation of coronavirus. Since the Union is responsible for the defense of the Democratic Rule of Law, bringing together States, the Federal District and Municipalities, in this delicate moment in which the country is, this federated entity should be at the forefront of crisis management, noting the obstacles to be pursued. However, what has been observed are disagreements and lack of alignment between federal, state, district and municipal entities. Given this scenario, this work seeks to expose the systematization of constitutional competences, carefully analyzing whether the organization of legislative and administrative functions is satisfactory in coping with the crisis germinated by COVID-19, as well as clarifying the limits of executive and legislative performance of each federative entity. The present work is a qualitative research, using the inductive method and constituting a bibliographic review.

Keywords: administrative competence; health crisis; fundamental rights; democratic state; pandemic.

1 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutorando em Política Públicas pela Universidade Estadual do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário Christus, Ceará. Professor adjunto da Universidade Estadual. Coordenador da pós-graduação em direito do trabalho do Centro Universitário Christus, Ceará. Auditor-Fiscal do Trabalho no Ministério da Economia.

2 Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus, Ceará. Especialista em Direito Público. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A humanidade enfrenta uma excepcional e grave crise sanitária. Na seara política nacional foram impostas diversas medidas extraordinárias, como medidas provisórias, portarias, decretos entre outros. Tais medidas, por vezes, explicitam a existência de conflitos entre princípios constitucionais, como direito à vida, o direito de ir e vir e o direito à liberdade.

Ronald Dworkin⁴, assevera que conflitos como esse surgem ao passo que, para a verificação da sustentabilidade de determinadas medidas restritivas impostas pelo Estado, necessário se faz, diante de um caso concreto, sopesar quais dos princípios constitucionais que estão em confronto deve predominar.

Na argumentação apresentada por Robert Alexy⁵, princípios são mandamentos de otimização, ou melhor, são normas que determinam que algo deve ser efetivado na mais ampla dimensão possível dentro das probabilidades jurídicas e fáticas presentes. Diante de uma colisão de princípios, o autor preconiza que um dos princípios deve sobrepor ao outro, e que a decisão para o confronto deverá ser encontrada mediante análise do caso em concreto.

Assim, observando a realidade da circunstância, encontram-se premissas para consolidar que um princípio prevaleça sobre o outro, com a consecutiva aplicação total ou parcial de seus preceitos, portanto, é por meio do sopesamento que se resolve o confronto entre princípios constitucionais.

Importante frisar, que devem ser analisados os critérios de amoldamento do meio empregado para a persecução do fim a ser alcançado. Diante dos conflitos que envolvem direitos fundamentais, previamente, emprega-se um artifício com o intuito de elucidar a querela, em seguida, utiliza-se a necessidade desse meio, caso não tenha encontrado a melhor decisão, aplica-se a ponderação.

Tendo em vista a atual conjuntura, e levando em conta a rapidez que o vírus se alastrou no mundo, o Brasil iniciou a busca por medidas eficazes, baseando-se em experiências vivenciadas por outros países, analisando condutas hábeis para conter a pandemia.

Segundo indicações da Organização Mundial da Saúde (OMS), demonstra-se que o isolamento social é fundamental para combater a proliferação da COVID-19⁶, este posicionamento tem incentivado grande parcela das autoridades a emitirem decretos que limitam as pessoas ingressarem em certos ambientes públicos.

Considerando sua imensa e eficaz proliferação em gerar prejuízos perduráveis para o Sistema Único de Saúde (SUS), o país decretou Estado de Calamidade, o que ensejou a tomada de medidas excepcionais e eficazes para conter esse contexto problemático.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, em específico nos artigos 23 e 24, cada ente federativo possui competência para legislar em relação à matéria em questão, cabendo ao Chefe do Executivo equivalente, através de uma posição discricionária, tomar as medidas que achar pertinente para o combate ao vírus.

Analisando-se a política rígida de isolamento social que alguns Estados adotaram, alguns juristas defendem que tais medidas são inconstitucionais, por ofender o direito de ir e vir mencionado no artigo 5º, da Carta Magna. Vejamos:

4 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

6 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Histórico da pandemia de COVID-19. OPAS [site], Folha informativa sobre COVID-19, [2020]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 5 nov. 2021.

[...] não podemos deixar de mencionar que legalmente, os referidos direitos só podem sofrer quaisquer limitações mediante duas medidas para a restauração da ordem em momentos de anormalidade: Estado de Defesa e Estado de Sítio. Como no caso, nenhuma das medidas foi adotada, qualquer restrição ou limitação aos direitos de locomoção, reunião e os fundamentos dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, são inconstitucionais.⁷

Ao revés, Serrano⁸ afirma que o lockdown e/ou a proibição de circulação e reunião de pessoas podem ser implementados mesmo na ausência de decretação do Estado de Sítio ou Estado de Defesa. Nas palavras do autor: “O lockdown, que é a imposição de medidas mais rígidas de isolamento social, comprovadamente eficiente em algumas partes do mundo para contenção da pandemia, parece a justa medida para o momento atual”.

Considerando esse contexto pandêmico, as consequências sociais e econômicas ecoarão de maneira imprevisível no mundo. A magnitude de tal crise coloca em xeque inúmeros institutos jurídicos. A partir de tais consequências, têm-se presenciado opiniões divergentes entre os poderes executivos do país. Partindo de relações jurídico-administrativas, o Direito se incube de apresentar soluções adequadas para essas situações delicadas, relevantes e complicadas.

Foi reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, o novo coronavírus, como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)⁹. Foi publicada a Portaria nº 188/GM/SMS, dia 03 de fevereiro de 2020, reconhecendo tal surto, como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), nos moldes do Decreto 7.616/2011. Válido mencionar que no dia 06 de fevereiro de 2020, é criada a Lei 13.979, dispendo a respeito das medidas para o combate do novo coronavírus.

Foi editada também uma Medida Provisória nº 926, dia 20 de março de 2020, que deu maior ênfase às medidas já adotadas, agregando, na Lei 13.979/2020, o art. 3º, § 8º, o qual assegura que, ao aplicar medidas dispostas no referido artigo, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

O art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, determina ações para enfrentamento do novo coronavírus, que serão definidas apenas mediante embasamento de indicativos científicos e fundamentado em pesquisas que relatem os planejamentos relacionados a saúde, visando ascensão da saúde pública e sua respectiva prevenção. É notável a presença de incongruências, de um lado, uma parcela da sociedade apoia os parâmetros limitadores e, de outro, apoia a flexibilização das restrições. Serrano¹⁰ objetivamente fala que “o presidente e seus seguidores têm pregado verdadeira desobediência civil aos comandos das autoridades sanitárias”.

Levando em conta, essas tensões, que acarretam decisões divergentes entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, se mostra essencial a análise da organização constitucional, principalmente em matéria de saúde.

Portanto, primeiramente, analisar-se-á a competência legislativa e posteriormente as competências administrativas em relação à proteção da saúde. Assim, este trabalho tem o

7 LISBOA, Alfredo. *Uma análise jurídica sobre a constitucionalidade de tais medidas*. Jus navegandi [site], 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84804/isolamento-social-e-lockdown-sao-constitucionais>. Acesso em: 03 nov. 2021.

8 SERRANO, Pedro. *É a ciência, estúpido!*. Carta Capital [site]. 20 maio 2020. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/e-a-ciencia-estupido/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

9 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Histórico da pandemia de COVID-19. OPAS [site], Folha informativa sobre COVID-19, [2020]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 5 nov. 2021.

10 SERRANO, Pedro. *É a ciência, estúpido!*. Carta Capital [site]. 20 maio 2020. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/e-a-ciencia-estupido/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

objetivo de analisar criticamente se essa organização das funções legislativas e administrativas são eficazes no combate à crise germinada pelo coronavírus, bem como esclarecer os limites de atuação de cada ente federativo.

Segundo Dalmo Dallari¹¹, tanto a União quanto as unidades federadas têm poder legislativo, o que significa que podem fazer leis, criando, modificando ou extinguindo obrigações, indo além do mero poder regulamentar. Se a Constituição assegura, por um lado, a edição de normas gerais relacionada à saúde, como competência da União, por outro lado, garante a competência administrativa concorrente a todos os entes da federação. Baseado neste antagonismo, é que será estudado se a competência legislativa da União não culmina em limitar ou controlar excessivamente as funções dos outros entes.

O presente trabalho trata-se de uma pesquisa qualitativa, valendo-se do método indutivo e constituindo-se em uma revisão bibliográfica. O texto foi construído partindo-se do cenário atual de pandemia, contextualizado com a legislação vigente e a consequente análise de doutrinas sobre os conceitos então abordados pelas referidas legislações.

2 O CONTEXTO DA PANDEMIA E AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO AO COMBATE À COVID-19

O Escritório da Organização Mundial de Saúde (OMS)¹², na China, no dia 31 de dezembro de 2019, foi comunicado de casos relacionado à pneumonia de causa desconhecida, descobertos em *Wuhan*, província de *Hubei*. Posterior a esses casos, foi identificado o coronavírus, e divulgado como um vírus de alto grau de transmissibilidade, proveniente de uma família viral, a qual ocasiona infecções respiratórias e intestinais nos humanos. O tempo médio de incubação é de cinco dias.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde caracterizou o coronavírus como uma pandemia, por ter o vírus atingindo todos os continentes. A SARS-CoV-2 (COVID-19), manifesta um quadro clínico de diversas infecções assintomáticas, alcançando situações respiratórias complexas. As manifestações da COVID-19 chegam a alterações de um leve resfriado a casos muito graves de pneumonia¹³.

Importante evidenciar, que uma das maiores dificuldades apresentadas pela atual pandemia é a viabilidade do vírus ser de fácil transmissão, a qual sucede por um simples aperto de mãos, tosse, espirro, catarro, como também pela proximidade com superfícies contaminadas. A grande transmissão do vírus, suscitou aos países, urgência para conter a propagação, já que o contágio coletivo é capaz de colapsar o sistema de saúde pública.

Uma vasta parcela dos pacientes diagnosticados com a COVID-19, em torno de 80%, não apresenta sintomas e cerca de 20% carecem de assistência hospitalar por manifestar dificuldade respiratória. Dentro desse percentual há ainda casos mais complexos que chegam a precisar de respiradores, para tratar a insuficiência respiratória¹⁴.

11 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações* [site]. 2006. Disponível em <https://saude.mppr.mp.br/pagina-359.html>. Acesso em: 03 nov. 2021.

12 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Histórico da pandemia de COVID-19. OPAS [site], Folha informativa sobre COVID-19, [2020]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 5 nov. 2021.

13 BRASIL. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue_amparo_legal_web.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

14 BRASIL. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue_amparo_legal_web.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

Nesse contexto, destaca Lisboa que:

Emerge o direito à vida, como o mais fundamental de todos os direitos, cabendo ao Estado assegurá-lo com todas as suas forças, tanto no sentido de manter-se vivo, assim como garantir a vida digna, garantindo a subsistência da pessoa, seja por medidas institucionais que garantam o sustento, assim como medidas que garantam à saúde do indivíduo, adotando todas as medidas que garantam a proteção contra riscos a ela¹⁵.

Para tanto, no dia 6 de fevereiro de 2020, foi aprovada a Lei nº 13.979, que delibera a respeito das medidas para o combate da emergência de saúde pública resultante do novo coronavírus. A referida lei, destacando o teor previsto no Regulamento Sanitário Internacional, em seu artigo 1º, determina medidas que, na perspectiva do interesse público, refletem, em diversos níveis, incluindo limitações a liberdades e direitos. As medidas estão previstas no artigo 3º:

- [...] I – isolamento;
 - II – quarentena;
 - III – determinação de realização compulsória de:
 - a) exames médicos;
 - b) testes laboratoriais;
 - c) coleta de amostras clínicas;
 - d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
 - e) tratamentos médicos específicos; [...]
- ¹⁶

Essas medidas para enfrentamento ao novo coronavírus foram definidas com base em indicativos científicos e em pesquisas relacionadas a planejamentos voltados à saúde, conforme o artigo 3º, § 1º, da mencionada lei. Cumpre esclarecer ainda que no artigo 3º, em seu §2º, fica expresso que deve ser garantido aos prejudicados a informação em relação ao seu estado de saúde, obter gratuitamente tratamento, bem como a total assistência aos familiares¹⁷.

Para enfrentar a pandemia, grande parte das ações praticadas, consistem em limitações aos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição. A título de exemplo tem-se a limitação à liberdade de locomoção, que incluem o isolamento, a quarentena, a realização compulsória de exames, a restrição excepcional, dentre outras.

Humberto Ávila¹⁸, descreve direitos fundamentais como sendo essenciais e fundamentais para os ditames constitucionais. Pertinente mencionar que nenhum direito fundamental é absoluto, assim o direito de ir e vir, também não é. Esse direito deve ser concretizado de acordo com a lei, e pode ser limitado em consequência de uma possível excepcionalidade não trazida na Constituição.

Analisando a ordem social, estar-se-á diante de uma colisão de direitos fundamentais, de mesmo grau de hierarquia, o direito fundamental previsto no artigo 5º caput e no inciso XV, da CF, relacionado ao direito de saúde para todos e a livre locomoção, previstos no artigo 6º, da CF.

15 LISBOA, Alfredo. *Uma análise jurídica sobre a constitucionalidade de tais medidas*. Jus navegandi [site], 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84804/isolamento-social-e-lockdown-sao-constitucionais>. Acesso em: 03 nov. 2021.

16 BRASIL. *Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

17 BRASIL. *Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

18 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Essa colisão de direitos fundamentais, conforme elenca Canotilho¹⁹, se dá de duas formas, quando existe uma junção de direitos fundamentais, e quando o detentor tem a conduta inserida em vários direitos, liberdades e garantias.

De acordo com a Teoria da Colisão de Direitos Fundamentais ocorreria um exame de prevalência entre um Direito Fundamental colidente com outro, e assim, existiria uma única solução exata²⁰.

Portanto, um direito fundamental considerado mais relevante em determinado caso, se sobrepõe a outro direito fundamental, ocorrendo à subsunção de uma norma em detrimento de outra²¹.

Alexy²², analisando o problema da colisão, assegura que o mecanismo para solução de colisões de direitos fundamentais é a ponderação. Para o filósofo alemão, nenhum direito fundamental deve ser reconhecido como inválido, para ele é plausível aplicar a técnica do sopesamento criada pela Corte Constitucional Alemã, assegurando assim, que existindo colisão entre os direitos fundamentais, os requisitos fáticos e jurídicos das circunstâncias de fato, deverão ser observados para posteriormente, definir qual predominará.

Relevante salientar que, conforme Alexy²³, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”, ou seja, da solução da colisão entre princípios, vai vigorar uma norma peculiar, a qual será vista como a consequência jurídica do princípio preponderante.

Assim, é através de uma interpretação jurídica, mediante a ponderação, o sopesamento e aplicação do princípio da proporcionalidade, que determinado conflito será elucidado. Sendo a partir da imprescindibilidade de conservação dos direitos e garantias fundamentais que esse princípio é verificado.

Robert Alexy²⁴, sustenta que o princípio da proporcionalidade é definido sob a perspectiva de

[...] que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

A aplicação do princípio da proporcionalidade deve seguir a ordem de três subprincípios, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Relevante expor que a verificação de certa medida por meio dos subprincípios não é preferivelmente obrigatória, isto é, a conexão entre os subprincípios é secundária, onde apenas sucedendo pela averiguação do caso específico de outro subprincípio será tido como proporcional.

Cumprido salientar que as medidas restritivas, em decorrência da pandemia do novo coronavírus ter atingindo todos os continentes, conforme expõe Aquino et al.²⁵, demonstram-se

19 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

21 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

23 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 99.

24 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 117.

25 AQUINO, Estela M. L. et al. *Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil*. Revista Scielo Brasil. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csc/a/4BHTCFF4bDqq4qT7WtPhvYr/?lang=pt#>. Acesso em: 04 nov. 2021.

necessárias. A utilização de tais medidas deve ser de acordo com a solidificação do direito à vida e à saúde, frutos da dignidade da pessoa humana.

Para Serrano²⁶, “deve prevalecer a medida tida como mais cautelosa pelo conhecimento científico, a que seja mais eficiente para salvar vidas e preservar a saúde da população”. Assim, por mais que o indivíduo argumente que tem direito à liberdade de ir e vir, na atual conjuntura, a incumbência do estado é fornecer segurança a todos, podendo estabelecer limitações aos direitos fundamentais.

Levando em conta que a determinação de isolamento social e as demais medidas restritivas podem ser restringidas não apenas no âmbito da União, mas igualmente a todos os demais entes federativos, Estados, Distrito Federal e Municípios, iremos apresentar a sistematização das competências constitucionais e analisar criticamente se essa organização constitucional, composta por incumbências legislativas e administrativas, encontra-se satisfatória para enfrentar a crise germinada pelo coronavírus.

3 COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS EM MATÉRIA DE SAÚDE

A atual Constituição Federal, conforme preceitua Lima²⁷, estabelece um sistema federativo específico de repartição de competências, primeiro verifica-se os níveis federativos simultâneos, logo depois, verifica-se as competências administrativas e legislativas.

Levando em conta a independência político-administrativa assegurada aos entes da federação, Silva²⁸ elenca que não se atribui à União, uma competência legislativa geral em matéria administrativa. Utilizando da regra geral, cada ente da federação é detentor de capacidade para preceituar temáticas voltadas a interesses próprios. Ocorre que, pode haver exceções a tal regra, desde que estejam previstas em normas constitucionais.

Depreende-se, assim, que entre as exceções previstas na Constituição Federal, a União detém função legislativa nacional, possuindo competência para editar normas gerais, conforme elenca o art. 24 da CF, o qual versa sobre as capacidades legislativas concorrentes aos demais entes da federação, e conforme demonstra Drigo²⁹, é atribuído a União a função de produzir normas gerais. Mesmo os Municípios não sendo mencionados no referido artigo, estes submetem-se a mesma sistematização dos demais entes federados, por causa do art. 30, II, da CF, o qual dispõe sobre a concorrência legislativa a que se refere o artigo mencionado anteriormente³⁰.

Assim, de acordo com Bonavides³¹, cada ente da federação é possuidor de competência para a elaboração de normas legais, relacionadas a temas elencados no art. 24, da CF, desde que verificados os seguintes critérios: a competência para elaboração de normas gerais pertence à União; verificando a existência de normas gerais elaboradas pela União, mantêm-se resguardadas a competência suplementar dos demais entes da federação; na falta de regulamentação federal relacionada a normas gerais, os entes da federação deterão

26 SERRANO, Pedro. *É a ciência, estúpido!*. Carta Capital [site]. 20 maio 2020. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/opiniaoe-a-ciencia-estupido/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

27 LIMA, LD. *A coordenação federativa do sistema público de saúde no Brasil*. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde* [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013, v.3, p.73-139.

28 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

29 DRIGO, Leonardo Godoy. *Competências legislativas concorrentes: o que são normas gerais?*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3620, 30 maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24557>. Acesso em: 04 nov. 2021.

30 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

31 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

de competência legislativa plena, com o intuito de manter suas especificidades, para tanto se ocorrer elaboração superveniente de normas gerais, a eficácia da legislação feita pelos entes da federação, será suspensa naquilo que for incompatível.

Depreende-se, assim, que o constituinte de 1988 permitiu, ao registrar no texto constitucional as competências legislativas concorrentes e as competências administrativas comuns, uma grande interação entre os entes federativos e, ao mesmo tempo, incentivar a atuação preponderante daquele (s) com maior capacidade de apresentar a mais rápida e eficiente solução para o problema a ser enfrentado.

A defesa da saúde encontra-se no rol de assuntos relacionados a competência concorrente legislativa, mencionada no art. 24 da CF³². Portanto, clarifica a capacidade da União em elaborar preceitos gerais, voltados a saúde, como são as previstas na Lei 13.979/2020, que apresenta a política de combate ao coronavírus. Nesse sentido:

No sistema constitucional brasileiro foi dada competência à União para fixar normas gerais sobre saúde. Essas normas, que devem manter-se nos limites “gerais” ou “principiológicas” são obrigatórias para a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, devendo ser observadas como parâmetros e limites para os legisladores ordinários federais, estaduais e municipais, assim como para os respectivos agentes administrativos. Entretanto, carecem de eficácia jurídica e, portanto, não deverão ser obedecidas ou implementadas, as normas que, sob pretexto de fixação de “normas gerais”, estabelecerem regras destinadas a reger situações específicas, particulares a ocorrências isoladas e localizadas, ou simplesmente relativas a aspectos formais³³.

Observa-se que a Constituição Federal assegura competência para a elaboração de normas gerais pela União, é imprescindível a limitação da competência legislativa da União, para não adentrar na competência complementar dos outros entes da federação. Para tanto, é de grande relevância a discricionariedade dos demais entes federativos a adequação das normas gerais elaboradas pela União às suas vivências e realidades³⁴.

A Lei 13.070/2020 versa sobre os meios eficazes para o combate da COVID-19. Tendo em vista, que no âmbito internacional, a COVID-19 impôs uma ação coordenada para combater o coronavírus, o mesmo deveria ter ocorrido no ambiente interno, no entanto, o que tem ocorrido são *desentendimentos entre os entes da federação sobre as ações para o enfrentamento da crise sanitária*.

Todavia, as ações elencadas na Lei 13.070/2020, caracterizam as normas gerais, elaboradas pela União, na execução da atividade que lhe foi concedida na Constituição Federal. Essas ações de enfrentamento à COVID-19 apresentadas nesta lei, não invadem as atribuições dos demais entes da federação, devendo estes adequá-las a sua respectiva realidade³⁵.

Como bem elucidado, a União detém de capacidade legislativa para elaboração de normas gerais, tal fato não enseja a supressão de competências administrativas relacionada à saúde, dos demais entes. Desta forma, esse entendimento não determina que a União

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

33 BRASIL. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p.79-80. Disponível em: https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue_amparo_legal_web.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

34 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

35 AQUINO, Estela M. L. et al. *Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil*. Revista Scielo Brasil. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csc/a/4BHTCFF4bDq4qT7WtPhvYr/?lang=pt#>. Acesso em: 04 nov. 2021.

detém do protagonismo quanto a elaboração de normas gerais³⁶.

Além disso, cumpre salientar que no dia 15 de abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal, solidificou o entendimento relacionado a aplicação das medidas adotadas na MP 926/2020, elaborada pelo Governo Federal para combater a crise sanitária ocasionada pelo novo coronavírus, no sentido de que essas medidas não retiram dos demais entes da federação a competência concorrente³⁷.

Por fim, como será demonstrado adiante, o fato do impedimento de competências ocasionado pelas normas gerais elaboradas pela União, reflete apenas em relação a competência legislativa dos outros entes da federação, assim, não é retirado destes a competência, em comum com a União, em relação as funções administrativas referentes a saúde.

4 COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS NO ENFRENTAMENTO DO CORONAVÍRUS

A observação sobre as competências administrativas voltadas ao combate do coronavírus revela ser tão fundamental como a compreensão das competências legislativas relacionadas à proteção da saúde.

O artigo 23, inciso II da CF³⁸, demonstra que a legislação em saúde e assistência pública e em proteção e garantia das pessoas com deficiência, é de competência comum dos entes da federação. Assim, a competência administrativa é concorrente a todos os entes federativos.

Merece realce a decisão monocrática exarada na MC- ADI 6.341/28. A aludida ação direta de inconstitucionalidade foi pautada, partindo da arguição que teria descumprimento da Constituição Federal quanto à MP 926/2020, em referência as modificações realizadas nos incisos I, II e VI, e §§ 8º, 9º, 10 e 11 do artigo 3º, da Lei 13.979/2020. No tocante a análise realizada pelo relator Min. Marco Aurélio, sobre a medida cautelar constatou que:

[a legislação impugnada] foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal³⁹.

No entanto, no dia 15 de abril de 2020, a discursão da questão foi submetida à apreciação do plenário do STF. O Min. Marco Aurélio evidenciou que as normas legais contestadas não afastam as ações que venham ser executadas pelo Estado, Distrito Federal e Município, tida como competência concorrente nos moldes do artigo 23, inciso II, da CF, motivo este que foi concedida medida cautelar no intuito de reafirmar a competência concorrente.

Para tanto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, número 672, perante o Supremo Tribunal

36 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

37 AQUINO, Estela M. L. et al. *Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil*. Revista Scielo Brasil. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csc/a/4BHtCFF4bDq4qT7WtPhvYr/?lang=pt#>. Acesso em: 04 nov. 2021.

38 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341. MC-ED ADI 0088693-70.2020.1.00.0000/ DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 16 abr. 2020. Publicado no DJe em: 23 abr. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862334351/embdecl-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-mc-ed-adi-6341-df-distrito-federal-0088693-7020201000000?ref=serp>. Acesso em: 23 jun. 2020.

Federal, questionando atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal diante da crise de saúde pública advinda da pandemia do COVID-19. A ADPF⁴⁰ em questão retratou que a emergência do novo coronavírus tem exigido de governos, em todo o mundo, a adoção de medidas urgentes e eficazes, com base em evidências científicas. São necessários protocolos aprovados pelas autoridades sanitárias, além de políticas públicas na área da saúde e economia, com a finalidade de assegurar o direito à saúde, à alimentação e aos diversos outros direitos sociais e econômicos.

Ainda em relação a ADPF n.º 672⁴¹, arguiu-se que a atuação pessoal do presidente da República divergia das diretrizes recomendadas pelas autoridades sanitárias do mundo, inclusive do próprio Ministério da Saúde brasileira. Ensejando-se a violação do direito à saúde, previsto no art. 6.º, caput e art. 196 da CF; do direito à vida, expresso no art. 5.º, caput, da CF; e do princípio federativo, previsto no art. 1.º, caput, da CF. Segundo a ADPF, a atuação do presidente da República caminha no sentido de esvaziamento e descrédito das políticas adotadas pelos demais entes federativos, com fundamento em suas respectivas competências constitucionais, conforme art. 23, II, e art. 24, XII, da CF; além da independência e harmonia entre os Poderes, nos termos do art. 2.º da CF.

Em linha geral, como decidido na ADIN n.º 6341/DF, o STF reconhece a legitimidade dos argumentos trazidos na ADPF n.º 672, declarando a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, da Constituição Federal de 1988 na aplicação da Lei n.º 13.979/2020 e dispositivos conexos. Nesse sentido, reconhece e assegura o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada um no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas no decorrer da pandemia. Prerrogativa que permanece de maneira independente a superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União para o estabelecimento de medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

Nessa seara de desacordos entre os entes da Federação no período pandêmico, o STF foi acionado em Reclamação n.º 40.342/PR⁴², impetrada pelo Município de Londrina/PR em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que teria violado o que foi decidido na ADI n.º 6.341, na ADPF n.º 672 e na Súmula Vinculante n.º 38, ao deferir tutela antecipada pleiteada em agravo de instrumento para impor ao Poder Público municipal o restabelecimento de decretos anteriores, de maneira a manter o comércio local e outras atividades econômicas que foram paralisadas em razão da pandemia de Covid-19. De acordo com o entendimento que já vinha sendo decidido pela Corte, explicitando a preocupação com medidas efetivas de proteção à saúde, ficou assentado que o exercício da competência de ente federado ou do seu afastamento deve ser considerado em cada caso concreto, em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial de Saúde, mantendo-se, então, com base no princípio da precaução, a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná.

Diante disso, tais deliberações, organizam-se conforme pondera a Constituição Federal, faz observação a competência legislativa da União para elaboração de normas

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 672, Brasília, DF. Relator: Alexandre de Moraes. Julgado em: 08 abril 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 672, Brasília, DF. Relator: Alexandre de Moraes. Julgado em: 08 abril 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 40.342, PR 0091375-95.2020.1.00.0000. Brasília, DF. Relator: Edson Fachin. Julgado em: 14 ago. 2020, Publicado em: 18 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442717&ori=1>. Acesso em: 05 nov. 2021

gerais, ao mesmo momento que assegura concorrentemente a competência a todos os entes da federação.

Todavia, importa, assim, explicar que as competências administrativas dos entes da federação voltadas ao combate do coronavírus submetem-se aos preceitos da Lei 13.979/2020. Neste sentido, versa sobre competências administrativas, das quais, não logram desviar-se dos instrumentos de enfrentamento elencados no artigo 3º, da lei mencionada. Como asseveram Ramos et al.⁴³, as medidas excepcionais previstas neste artigo apenas poderão ser determinadas com fundamento em evidências científicas e em análises a respeito das informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo imprescindível à promoção e à preservação da saúde pública.

Então, em consequência do exposto, uma lei estadual, distrital ou municipal não pode ampliar ou restringir as medidas abrangidas pela Lei 13.979/2020. No entanto, apreciados os limites implicados nas normas gerais elaboradas pela União, os entes da federação são capazes de elaborar suas correspondentes normas, na atividade para regulamentar o poder de polícia administrativo⁴⁴. Por consequência, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios publicaram diversos decretos, como o Decreto nº 33.533, expedido pelo Governo do Estado do Ceará⁴⁵, Decreto nº 46.980/2020, expedido pelo Governo do Rio de Janeiro⁴⁶, o Decreto nº 35.677/2020, editado pelo Governo do Estado do Maranhão⁴⁷, dentre outros.

Apesar de não ser possível ponderar, neste trabalho, todas as medidas adotadas, serão analisadas duas com uma maior cautela. A primeira medida que será abordada relaciona-se a requisição administrativa mencionada pelo art. 3º, inciso VII, da Lei 13.979/2020, o qual elenca que o Ministério da Saúde ou gestores locais de saúde serão autorizados a estabelecer exigência de bens e serviços, seja de pessoa física e jurídica, o que enseja a possibilidade de pagar subsequentemente uma indenização justa.

Esta medida está prevista expressamente na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXV⁴⁸, faz menção que diante de perigo imediato, a autoridade competente poderá fazer uso de propriedade privada, resguardando ao proprietário indenização, em caso de existência de dano, bem como exteriorizado no §3º do artigo 1.228, do CC, que o poderá o proprietário ser desprovido da coisa, em decorrência de desapropriação, em situações de perigo público iminente, quando o poder público tiver necessidade ou houver interesse social.

Será abordada, com ênfase, outra medida adotada, a quarentena, que é uma ferramenta mais ampla de combate ao coronavírus e que impõe restrições de atividades e de pessoas, almejando reduzir ou mesmo retardar a contaminação do vírus. Esta medida, muito possivelmente a mais contestada, devido à iminente desavença de interesses econômicos e sanitários, acarreta uma indagação bastante considerável, trata-se da harmonização das medidas administrativas

43 RAMOS et al. *Pandemia e Federalismo: reflexões sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal na apreciação de conflitos de competência entre os entes federativos no enfrentamento à covid-19*. Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ. vol 1, nº 1 – 2020. Disponível em:

<https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/7>. Acesso em: 05 nov. 2021.

44 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

45 CEARÁ (Estado). Decreto nº 33.536, de 05 de abril de 2020. Prorroga as medidas de enfrentamento à disseminação do novo coronavírus no Estado do Ceará, e dá outras providências. Disponível em: <http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20200405/do20200405p01.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

46 RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto nº 46.980, de 19 de março de 2020. Atualiza as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo Coronavírus (COVID-19) em decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391093>. Acesso em: 05 nov. 2021.

47 MARANHÃO (Estado). Decreto nº 35.677, de 21 de março de 2020. Estabelece medidas de prevenção do contágio e de combate à propagação da transmissão da COVID-19, infecção humana causada pelo Coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <http://stc.ma.gov.br/legisladocumento/?id=5799>. Acesso em: 05 nov. 2021.

48 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

concretizadas pelos entes da federação, conforme as normas estabelecidas na Lei 13.979/2020⁴⁹.

Ante o exposto no início deste estudo, conforme a lei mencionada no parágrafo anterior e tendo em vista a anuência prevista na Portaria n.º 356/GM/MS, artigo 4º, § 1º, as medidas que o Ministério da Saúde são capazes de estabelecer, através de ato administrativo formal e fundamentado, deverão ser elaboradas pelo Secretário de Saúde dos Estados, Distrito Federal, Municípios ou por Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada grau de gestão, devendo ser publicada no Diário Oficial e divulgada nas vias de comunicação.

As medidas para o enfrentamento da COVID-19, dispostas no artigo 3º do Decreto 10.288/2020, assentam que:

[...] deverão resguardar o exercício pleno e o funcionamento das atividades e dos serviços relacionados à imprensa, considerados essenciais no fornecimento de informações à população, e dar efetividade ao princípio constitucional da publicidade em relação aos atos praticados pelo Estado⁵⁰.

Todavia, o Decreto 10.282 arrola uma lista ampla de atividades essenciais e serviços públicos, o artigo 3º § 1º, expõe que:

[...] são serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população⁵¹.

Não se pode omitir que, sendo estabelecida a quarentena, esta torna-se a regra, e a manutenção das atividades, a exceção. Desta forma, o funcionamento de certas atividades precisa ser baseado em diretrizes científicas e estatísticas realizadas por órgãos sanitários, e ainda, deverá ser verificada a assistência das deficiências impreteríveis da comunidade, as quais em caso de não atendimento, poderá por em perigo a sobrevivência, à *saúde ou a segurança populacional*, nos termos do art. 3º, § 1º, do Decreto 10.282/2020.

Embora esta direção normativa esteja posta em decreto presidencial, provavelmente haverá de ajustar-se as restrições especulativas para o Presidente da República, o qual não deverá por motivo de uma consciência de autovinculação administrativa, analisar tal preceito⁵².

Ocorrendo de o Presidente da República chegar a se desviar dos preceitos científicos e estatísticos, com a finalidade atributiva das atividades, no momento de quarentena, as ações devem ser passíveis de inúmeras maneiras de controle, até mesmo judicial, se houver inércia na atuação administrativa⁵³.

Pertinente realizar uma observação a respeito do papel dos demais entes federados, referente aos serviços públicos e as atividades essenciais, visto que o exercício e o funcionamento precisam ser preservados.

49 BRASIL. *Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

50 BRASIL. *Decreto n. 10.288 de 22 de março de 2020*. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir as atividades e os serviços relacionados à imprensa como essenciais. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10288.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

51 BRASIL. *Decreto n. 10.282 de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2020/decreto-10282-20-marco-2020-789863-norma-pe.html>. Acesso em: 23 jun. 2020.

52 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

53 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Baseado na organização resultante da junção do decreto presidencial publicado, o Decreto 10.282/2020, com o artigo 3º, §8º, da Lei 13.979/2020, os demais entes da federação foram instituídos, quando da decretação da quarentena, apenas seria possível a liberação das atividades em moldes opostos aos apontados pelo ato normativo federal, em caso de semelhante justificativa científica e estatística que fundamentasse tal liberação, apoiada na singularidade das medidas restritivas com suas concernentes vivências locais e regionais.

Assim, como a legislação impõe que sejam preservados o funcionamento de atividades públicas e essenciais, a título de exemplo, os apontados nos decretos das autoridades administrativas, e inclusive se amparar em suas autonomias administrativas para resguardarem serviços públicos e atividades essenciais, verificadas suas vivências locais.

Importante elucidar que isso não indica que os Estados e os Municípios possam classificar como essenciais qualquer atividade. Como bem salienta Maffini⁵⁴, é importante analisar os critérios científicos e estatísticos coordenados pelos órgãos sanitários nos termos do artigo 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020.

Para finalizar, outro ponto pertinente que merece ser ponderado e já tem apresentado um elevado grau de complexidade em relação à competência comum dos entes da federação, relaciona-se à necessidade de análise dos atos que contenham diretrizes administrativas e limitações diversas sobre uma mesma atividade.

Suponha que um dado Estado-membro autorize atividade que é proibida pelo Município localizado em sua delimitação territorial. Esses desacordos, que indiscutivelmente também ecoam no ambiente político, devem ser resolvidos da maneira mais coadunável com a Constituição Federal de 1988, a qual traz no artigo 23, parágrafo único⁵⁵, que serão estabelecidas leis complementares para fixar normas visando a coadjuvação entre os entes da federação, buscando a estabilidade desenvolvimentista e o bem-estar pátrio.

Mesmo as especialidades de uma crise como esta, e verificando a aceleração que os fatos se sucedem, é notória dificuldade em apresentar possibilidades de soluções sobre essas demandas. Assim, conforme elenca Barroso⁵⁶, existindo divergência entre limitações postas por mais de um ente da federação, prevalecerá a que comprovar com fundamentação embasada em critérios científicos.

Existindo a possibilidade dessas limitações não serem fundamentadas cientificamente, prevalecerá a que for melhor coadunável com a realidade social, visando às singularidades regionais. Mesmo assim, conforme assegura Freitas⁵⁷, não chegando a uma possível solução, adotar-se-á a medida mais limitadora, prevalecendo uma precaução aconselhável para tal situação.

Bonavides⁵⁸ assevera que essas deliberações administrativas e as correspondentes fundamentações asseguram uma reunião de instrumentos de controle, até mesmo judicial, aos quais incide sobre a responsabilidade estatal da administração pública.

Em todo caso, mesmo à frente da preponderância de limitações impostas pelos entes da federação, a autonomia administrativa ou a competência material concorrente, não é retirada dos outros entes da federação⁵⁹.

54 MAFFINI, Rafael. *COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências*. Revista Direito e Práxis. 03 mar 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/QkD86Hwz8hdfhd4vqnhX7dg/#>. Acesso em: 05 nov. 2021.

55 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

56 BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

57 FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

58 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

5 CONCLUSÃO

O mundo passa por uma preocupante crise ocasionada pela pandemia do novo coronavírus. Concomitantemente, verifica-se a sua difusão por todos os continentes. Conforme demonstrado na pesquisa, as medidas de isolamento social demonstraram ser as mais eficazes para o combate a proliferação do vírus.

Analisado o cenário atual de enfrentamento à pandemia de COVID-19, diante das decisões jurisprudenciais mencionadas, os entes federativos possuem competência comum para o desenvolvimento de medidas que visam garantir o bem-estar coletivo.

Conforme observado no decorrer desta pesquisa, diversas questões provenientes da pandemia são decorrentes da atuação estatal, assim, foi analisado a organização constitucional de competências para o enfrentamento da pandemia. Como bem elucidado a competência da União, para a elaboração de normas gerais referentes à saúde tem a necessidade de ser compatível com a competência administrativa em comum dos demais entes da federação.

Ficou latente a necessidade de uma coordenação política nacional e sanitária conjunta entre todos os entes da federação para combater o coronavírus, principalmente para que as ações possam chegar aos ambientes sociais mais vulneráveis com uma maior rapidez.

No entanto, diante das medidas adotadas, diversos desentendimentos entre os entes da federação foram evidenciados e levados até o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu e assegurou o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e a competência suplementar dos governos municipais, cada um no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios.

Todavia, importa, assim, refletir o quão importante é que os entes da federação optem por um comportamento cooperado no desempenho das competências administrativas, levando em consideração a efetivação do direito à vida e à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

AQUINO, Estela M. L. et al. *Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil*. Revista Scielo Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/4BHTCFF4bDqq4qT7WtPhvYr/?lang=pt#>. Acesso em: 04 nov. 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional

59 DRIGO, Leonardo Godoy. *Competências legislativas concorrentes: o que são normas gerais?*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3620, 30 maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24557>. Acesso em: 04 nov. 2021.

promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 10.282 de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2020/decreto-10282-20-marco-2020-789863-norma-pe.html>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 10.288 de 22 de março de 2020*. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir as atividades e os serviços relacionados à imprensa como essenciais. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10288.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 79-80. Disponível em: https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue_amparo_legal_web.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341. MC-ED ADI 0088693-70.2020.1.00.0000/ DF.Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 16 abr. 2020. Publicado no DJe em: 23 abr. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862334351/embdecl-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-mc-ed-adi-6341-df-distrito-federal-0088693-7020201000000?ref=serp>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672, Brasília, DF. Relator: Alexandre de Moraes. Julgado em: 08 abri. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 40.342, PR 0091375-95.2020.1.00.0000. Brasília, DF. Relator: Edson Fachin. Julgado em: 14 ago. 2020, Publicado em: 18 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442717&ori=1>. Acesso em: 05 nov. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CEARÁ (Estado). *Decreto nº 33.536*, de 05 de abril de 2020. Prorroga as medidas de enfrentamento à disseminação do novo coronavírus no Estado do Ceará, e dá outras providências. Disponível em: <http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20200405/do20200405p01.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações* [site]. 2006. Disponível em <https://saude.mppr.mp.br/pagina-359.html>. Acesso em: 03 nov. 2021.

DRIGO, Leonardo Godoy. *Competências legislativas concorrentes: o que são normas gerais?*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3620, 30 maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24557>. Acesso em: 04 nov. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LIMA, LD. *A coordenação federativa do sistema público de saúde no Brasil*. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de

Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013, v.3, p.73-139.

LISBOA, Alfredo. *Uma análise jurídica sobre a constitucionalidade de tais medidas*. Jus navegandi [site], 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84804/isolamento-social-e-lockdown-sao-constitucionais>. Acesso em: 03 nov. 2021.

MAFFINI, Rafael. *COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências*. Revista Direito e Práxis. 03 mar 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/QkD86Hwz8hdfhd4vqnhX7dg/#>. Acesso em: 05 nov. 2021.

MARANHÃO (Estado). *Decreto nº 35.677*, de 21 de março de 2020. Estabelece medidas de prevenção do contágio e de combate à propagação da transmissão da COVID-19, infecção humana causada pelo Coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <http://stc.ma.gov.br/legisladocumento/?id=5799>. Acesso em: 5 nov. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Histórico da pandemia de COVID-19*. OPAS [site], Folha informativa sobre COVID-19, [2020]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 5 nov. 2021.

RAMOS et al. *Pandemia e Federalismo: reflexões sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal na apreciação de conflitos de competência entre os entes federativos no enfrentamento à covid-19*. Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ. vol 1, nº 1 – 2020. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/7>. Acesso em: 05 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.980*, de 19 de março de 2020. Atualiza as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo Coronavírus (COVID-19) em decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391093>. Acesso em: 5 nov. 2021.

SERRANO, Pedro. *É a ciência, estúpido!*. Carta Capital [site]. 2020. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/e-a-ciencia-estupido/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Recebido em: 08.12.2020

Aprovado em: 10.11.2021

Como citar este artigo (ABNT):

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; FROTA, Antonia Georgelia Carvalho. Análise constitucional das medidas de prevenção e combate à covid-19 e a crise institucional. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.44-59, set./dez. 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/01/DIR45-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* E AS NORMAS JURÍDICAS DE NATUREZA SANCIONATÓRIA

THE *NE BIS IN IDEM* PRINCIPLE AND THE LEGAL STANDARDS OF SANCTIONATORY NATURE

Clovis Beznos¹

Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli²

RESUMO: O presente estudo, longe de pretender exaurir o tema, o que demandaria muito mais que um artigo, objetiva analisar o *bis in idem* e a proibição quanto à imposição de sanções pertinentes ao mesmo pressuposto fático, a fim de que seja observado o princípio do *ne bis in idem*, que consubstancia uma garantia constitucional do acusado; o artigo coloca o problema sancionatório, em provocação a futuro desenvolvimento acadêmico. Isto porque, tendo em conta a competência sancionatória administrativa de todas as Pessoas Políticas de nosso Sistema Federativo e considerando que, muitas vezes, leis de cunho nacional, prescritivas de sanções, ostentam, como pressuposto punitivo, o mesmo e único fato, sem uniformidade sancionatória, surge a dúvida acerca da possibilidade da aplicação de várias sanções pelo mesmo fato e quando tal ocorrência configuraria ilícito, caracterizando a duplicidade punitiva vedada pelo Ordenamento Jurídico. Analisa-se a questão colocada, a partir de premissas teóricas do “constructivismo lógico-semântico” e de normas jurídicas que estabelecem a unicidade do sistema, independência [relativa] entre as instâncias, diversos sistemas punitivos, dever de observância ao princípio da proporcionalidade; apresenta-se quais fatores deverão ser levados em consideração, pelo aplicador do direito, para fins de constatação do *bis in idem* ou da presença de circunstâncias relevantes quando da fixação de penalidades. Utilizou-se o método dedutivo no estudo, mediante a constatação de premissas obtidas na pesquisa da literatura sobre o tema sancionatório, frente ao direito posto, sem incursão jurisprudencial sobre o objeto último da presente proposta de estudo, ainda porque a pesquisa, cuja provocação se pretende, ostenta aspecto inaugural, e ainda não tratado pelas nossas Cortes Julgadoras. Concluiu-se que os diversos sistemas de responsabilização podem se comunicar e que poderá haver *bin in idem* nos casos em que um dado sujeito for processado ou penalizado (a) mais de uma vez, (b) pelo mesmo fato, (c) violando normas que resguardem bens jurídicos equivalentes ou semelhantes e (d) que contenham elementos previstos no tipo que, quando apreciados por uma instância, podem se comunicar para outra; concluiu-se, ainda, que as sanções aplicadas pelo Estado a um determinado sujeito, no exercício de parcela de sua respectiva competência, diante de um mesmo fato, se não for o caso de reconhecimento de *bis in idem*, devem ser consideradas para fins de fixação das demais penalidades, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: independência das instâncias; *ne bis in idem*; proporcionalidade.

ABSTRACT: The current study, far from exhausting the subject, that would require more than an article, aims to analyze *bis in idem* and the prohibition on the imposition of sanctions relevant to the same factual assumption, in order to realize the principle of *ne bis in idem*, which constitutes a constitutional guarantee for the accused; the article presents sanctioning problem, as a provocation to future academic development. Because, considering administrative sanctioning competence of all Political Entities from our Federative System and also considering that, several times, national laws that imposes sanctions, bear, as a punitive assumption, the same and only fact, without sanctioning consistency, arises the doubt to whether it may be possible to apply several penalties for the same fact and whether it would configure illicit, that characterize punitive duplicity, forbidden by Legal System.

The deductive method was used in this study, by verifying the assumptions obtained to researching the literature on the sanctioning subject, in view of the established law, without incurring in case law on the ultimate object of the present study proposal, also because the research, whose provocation is intended, has an inaugural aspect, and not yet treated by our Judging Courts. It was concluded that the various accountability systems can communicate and that there may be *bis in idem* in cases where a given subject is prosecuted or penalized (a) more than once, (b) for the same fact, (c) violating laws that protect equivalent or similar legal assets and (d) that contain elements provided in the type that, when appreciated by one instance, can communicate to another; it was also concluded that the sanctions applied by the State to a particular individual, in the exercise of part of its respective competence, in view of the same fact, if it is not the case of acknowledge of *bis in idem*, must be considered for the purpose of fixing other penalties, in compliance with the principle of proportionality.

Keywords: independence of the instances; *ne bis in idem*; proportionality.

1 Doutoranda em Direito Administrativo e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora em estágio docente na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no curso de graduação em Direito Administrativo. Professora de cursos de especialização. Advogada.

2 Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que a atividade sancionatória encontra limites no ordenamento jurídico, seja na Constituição da República, que arrola uma série de direitos e garantias fundamentais que restringem a aplicação de penalidades, seja na legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, e apenas a título de ilustração, a Constituição da República dispõe que ninguém será submetido a tortura e a tratamento degradante (art. 50, inciso III); que não é possível a estipulação de penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados; de banimento e cruéis (art. 5, inciso XLVII, alíneas “a” a “e”).

Regras e princípios, implícitos e explícitos, norteiam e demarcam o regime jurídico sancionador: excluem a ilicitude de comportamentos (como, por exemplo, as regras que tratam da legítima defesa, do estado de necessidade, da inexigibilidade de conduta diversa, dentre outras); extinguem a punibilidade do agente (a prescrição do ilícito, por exemplo); balizam, em nome da segurança jurídica e do princípio da proporcionalidade, as penalidades a serem aplicadas.

Dentre os princípios que disciplinam a atividade sancionatória, incide o princípio do *ne bis in idem*, que impede que alguém seja processado ou condenado duas ou mais vezes pelo mesmo fato.

Diante dessas considerações, coloca-se a seguinte questão: como observar o *ne bis in idem* sem desprezar a independência entre as instâncias, tendo em vista a existência de diversos diplomas jurídicos sancionadores, os quais, muitas vezes, resguardam os mesmos bens jurídicos?

O tema possui relevância na medida em que uma mesma conduta pode violar normas jurídicas diferentes, que tutelam bens jurídicos idênticos, semelhantes ou até mesmo diversos, vindo a acarretar sanções que, em alguns casos, podem ser até da mesma natureza (por exemplo, quando houver a aplicação de mais de uma sanção por órgãos administrativos diferentes, pertencentes ao mesmo ente federado). Daí decorre a importância de estudarmos o fenômeno da aplicação das normas sancionadoras, à luz das premissas acima mencionadas, de modo a delimitar a incidência da norma punitiva³, para afastar a dupla punição [ou, no mínimo, o seu excesso] diante de um mesmo fato.

Procuramos responder à indagação mediante a utilização do método dedutivo, analisando, primeiramente, a estrutura das normas jurídicas de natureza sancionatória para, logo após, apresentarmos o conceito, alcance e extensão do *ne bis in idem*; por fim, apresentamos em que circunstâncias deve ser reconhecida a comunicabilidade dos diferentes sistemas de responsabilização para fins de análise da ocorrência de *bis in idem*.

2 A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA E SUAS RESPECTIVAS SANÇÕES

O Direito tem por finalidade regular comportamentos sociais de forma coativa, proporcionando aos seres humanos segurança jurídica. E assim o faz por meio de normas jurídicas, que nada mais são do que unidades do sistema que impõem condutas, enlaçando

3 Segundo Paulo de Barros Carvalho, “a chamada Incidência Jurídica se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: primeira, de subsunção ou de inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido *hic et nunc*, faz surgir uma relação jurídica também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. “Preâmbulo”, p. 9).

determinada consequência à realização de um fato.

Paulo de Barros Carvalho, ao tratar da estrutura da norma jurídica, leciona:

A hipótese refere-se a um fato de possível ocorrência, enquanto o consequente prescreve a relação jurídica que vai se instaurar, onde e quando acontecer o fato cogitado no suposto normativo.⁴

O referido autor, adotando as lições de Lourival Vilanova, conclui que a norma jurídica, em sua completude, tem feição dúplici, sendo composta pela norma primária e secundária. A norma primária é a que prescreve um dever, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; a secundária é a que prescreve uma providência sancionatória a ser aplicada pelo Estado-juiz em caso de descumprimento da conduta estipulada na norma primária⁵. Portanto, a norma secundária só pode decorrer de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica, qual seja, a jurisdicional.

Assim, quando a norma jurídica impõe uma determinada conduta (permissiva, proibida ou obrigatória) e esta não é observada, surge ao Estado o dever de impor a correspondente sanção⁶, pois, no Estado de Direito, todos – inclusive o próprio Estado – devem obediência às normas estabelecidas.

A sanção, por sua vez, pode ser compreendida, em sentido amplo, como sendo a resposta do ordenamento jurídico à uma infração cometida, razão pela qual se pode afirmar, ainda com base nas lições desse autor, que não existem regras jurídicas sem sanções⁷.

Nesse sentido a lição de Kelsen:

Já num outro contexto fizemos notar que, quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não observância da primeira, estas duas normas estão essencialmente interligadas. Isto vale particularmente para a hipótese em que um ordenamento normativo - como o ordenamento jurídico - prescreve uma determinada conduta pelo fato de ligar à conduta oposta um ato coercitivo a título de sanção, de tal forma que uma conduta somente se pode considerar como prescrita, nos termos desse ordenamento - e, portanto, no caso do ordenamento jurídico, como juridicamente prescrita, se a conduta oposta é pressuposto de uma sanção.⁸

A sanção, para que seja imposta de forma coativa, obrigando os indivíduos a respeitá-la, observando os limites da coisa julgada da instância em que for proferida, impõe a instauração de um processo sancionador, pela autoridade estatal competente, com o objetivo de verificar se o sujeito que está sendo acusado de desrespeitar uma dada norma jurídica deixou, de fato, de observá-la, se este possui condições de ser responsabilizado e qual seria a penalidade cabível.

Referido processo, que pode ser administrativo ou judicial [de natureza cível, penal, dentre outras] deve observar inúmeras garantias previstas na Constituição da República e nas leis editadas pelos entes federados, como, por exemplo, a legalidade, o contraditório, a ampla defesa, a proporcionalidade, que consubstanciam e conformam, afinal, o “devido processo

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 7. ed. rev. São Paulo, Noeses, 2018. Edição Kindle, item 2.8.5. posição 3820.

5 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 7. ed. rev. São Paulo, Noeses, 2018. Edição Kindle, item 2.8.5. posição 3836.

6 A sanção, segundo Bobbio, pode ser definida “como o expediente com que se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias (...)”; é uma “resposta à violação”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133).

7 BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133.

8 KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito* Tradução por João Baptista Machado. 6.ed., 3. Tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 39.

legal” previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, sob pena de nulidade.

Dentre as diversas garantias processuais existentes, interessa ao presente estudo analisar o princípio do *ne bis in idem*, que, de forma sintética, pode ser conceituado como a proibição de o Estado [que é uno] punir um mesmo sujeito por mais de uma vez pela prática de um mesmo fato.

3 O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* E A APLICAÇÃO DAS NORMAS SANCIONADORAS

Inviável se revela o tratamento do princípio, sem uma referência à sua denominação, uma vez que a nomenclatura que se costuma atribuir ao princípio: “*non bis in idem*” reflete erronia, a demonstrar a falta que se evidencia da supressão da língua latina do conjunto didático dos bancos escolares.

Imprescindível também, ao estudo do tema, é a incursão à magnífica tese de doutoramento de Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya, denominada: “Dimensões do princípio do *ne bis in idem*”, defendida na Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2012.⁹

Nela, apoiada em substancial doutrina, afirma a autora que o advérbio de negação gramaticalmente correto, usado no latim, como expressão de ordem, ou proibição, consiste na partícula *ne*, que representa a forma negativa do imperativo, manifestada no presente do subjuntivo. Nesse sentido, com apoio em RUEDA Mercedes, afirma “que o modo negativo do imperativo em latim expressa-se pelo modo subjuntivo precedido da partícula *ne*, não se deve utilizar a partícula *non* em expressões proibitivas, como a que decorre, por exemplo, do princípio em estudo”.¹⁰

Destarte, tornando expressa nossa adesão à denominação do princípio, de *ne bis in idem*, faremos referência, no presente estudo, a autores que o denominam de *non bis in idem*, mantendo, contudo, a nomenclatura original por eles utilizada em suas produções científicas, com a ressalva que agora se faz.

O princípio do “*non bis in idem*”, de acordo com Fábio Medina Osório¹¹, está intimamente ligado aos princípios da legalidade e da tipicidade, cujas raízes remontam ao devido processo legal anglo-saxônico. Em nosso sistema, afirma o autor, ele está implícito¹² na Constituição de 1988, conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e também ao devido processo legal.

Vale referir, todavia, que Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya, em outra incursão jurídica, na pesquisa de sua dissertação de mestrado, ao tratar do princípio do *ne bis in idem*, refere a impossibilidade de precisar-se, com exatidão, o momento do surgimento dessa expressão, anotando que para substancial parcela da doutrina, seu surgimento, adveio como consequência derivada do instituto da coisa julgada, remontando ao direito romano,

9 SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Dimensões do Princípio do Ne Bis in Idem*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: bddd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6436. Acesso em: 10 fev. 2021.

10 RUEDA, Mercedes Rueda. El tratamientode la Negacion em las gramáticas latinas. *Revista Contexto*, n. 29-30, 1997, p.109-134. *Revista del Centro de Estudios Metodológicos e Interdisciplinares*. Disponível em: em: 02 abr. 2011.

11 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 291-292.

12 Riccardo Guastini, ao tratar dos princípios não expressos no ordenamento, observa que eles são deduzidos pelo intérprete sem que estes se comportem como legisladores. Eles podem ser extraídos de normas singulares, de um conjunto de normas ou do ordenamento como um todo. Nas palavras do autor: “Deduz-se um princípio de uma norma singular toda vez que se supõe uma *ratio*, a saber, uma meta que a norma é dirigida a visar, ou um valor do qual a norma é justificada. (...) construir um princípio consiste simplesmente em aventar uma conjectura em torno das razões (dos objetivos, das intenções, dos valores) do legislador. (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução por Edson Bini - Apresentação: Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 193-194).

decorrente do caráter preclusivo do processo, a partir da *litis contestatio*, e utilizado para resolver eventual conflito consequente, e possível concorrência de ações.

Anota a autora, que segundo parte da doutrina, o princípio teria origem no direito grego, na arte da *Retórica dos Áticos*.¹³

Entre os anos de 123-122 antes de Cristo, o princípio *ne bis in idem* tornou-se expresso na Lex Repetundarum, fixando o preceito de que a sentença poria termo ao processo, não se admitindo ação nova sobre os mesmos fatos, ainda que derivada a sentença de erro, desde que cumpridos seus preceitos formais.

Refere também a autora a permanência desse princípio mesmo após a queda do Império Romano, até o início do Século XIII, quando surge um novo tipo de processo, o inquisitivo, durante o qual o princípio deixou de ostentar repercussões práticas, eis que esse tipo de processo buscava a verdade material, a qualquer custo.

Foi com a Revolução Francesa que o princípio foi alçado ao nível constitucional, com a sua inserção no artigo 9º da Constituição Francesa de 1791, sendo igualmente reconhecido, no *Code des délits et des peines*, conhecido como Código de Brumário e o *Code d'instruction Criminelle* de 1808.

Além disso, refere esse estudo um ponto muito significativo na evolução histórica do princípio, consistente no reconhecimento jurídico em 1887, na 5ª Emenda da Constituição Americana, preconizando que “ninguém será julgado duas vezes pela mesma ofensa”- “(...) nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”.¹⁴

Conforme já mencionamos anteriormente, esse princípio traduz a ideia de que um dado sujeito não pode ser processado ou condenado mais de uma vez por um mesmo fato.

Ocorre que, no sistema jurídico brasileiro, cada vez mais observamos a existência de novos diplomas jurídicos sancionadores, protegendo os mesmos bens jurídicos, como, por exemplo, os que tutelam valores como os da probidade administrativa, podendo integrar, inclusive, sistemas de responsabilidade afetos a instâncias diferentes.

José Roberto Pimenta¹⁵, ao tratar dos sistemas de responsabilidade, os conceitua como sendo

(...) o conjunto de normas jurídicas que delinham, com coerência lógica, a existência de um sistema impositivo de determinadas consequências jurídicas para o sujeito infrator e/ou terceiros, levando-se em conta a prévia tipificação do ato infracional e das sanções imputáveis, o processo estatal de produção e os bens jurídicos ou valores constitucionalmente protegidos com sua institucionalização normativa.

O autor traz, ainda, uma classificação importante para tratar da natureza do ilícito, considerando as esferas autônomas de responsabilidade, não sem antes esclarecer que todas as esferas de responsabilidade encontram o seu fundamento de validade na Constituição da República¹⁶.

13 SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Limites Jurídicos-Constitucionais à Persecução Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN. Natal, 2006, p. 38 *apud* VILLALBA, Francisco Xavier de León *in* *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido e Alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998.

14 SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Limites Jurídicos-Constitucionais à Persecução Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN. Natal, 2006, p.129-133. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13875>. Acesso em: 10 fev. 2021.

15 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 82.

16 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 86.

De acordo com o José Roberto Pimenta¹⁷, os sistemas de responsabilização podem ser divididos em: (i) responsabilidade por ilícito civil (art. 37, §6º); (ii) responsabilidade por ilícito penal comum (art. 22, I); (iii) responsabilidade pelo ilícito eleitoral (art. 14 e 22, inciso I); (iv) responsabilidade por irregularidade de contas (art. 71, inciso VIII); (v) responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 37, §4º); (vi) responsabilidade político-constitucional, consubstanciada na previsão de crimes de responsabilidade (arts. 29-A, §§2º e 3º; 50; 52, I, II; 58; 96, III; 102, I, “c”; 105, I, “a” e 108, I, “a”); (vii) responsabilidade político-legislativa (art. 55); (viii) responsabilidade administrativa, incidente sobre os titulares de cargo, função e emprego público (art. 41, §1º, II), sobre os contratados (art. 37, inciso IX) e sobre os ocupantes de empregos governamentais em pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta (art. 173, §1º, II).

Assim, considerando a existência de vários sistemas punitivos, não é difícil constatar que um sujeito pode ser processado e responsabilizado, simultaneamente, pela mesma conduta em diferentes esferas e instâncias.

É o que ocorre, por exemplo, com um servidor público que pratica um ato ilegal em benefício próprio ou de terceiros (v. g. fraude em registro de ponto para a obtenção de horas extras, dispensa irregular de processo licitatório, dentre outros), fato que pode ocasionar, ao menos em tese, responsabilidade civil, administrativa, criminal e por ato de improbidade administrativa.

Entretanto, afigura-nos evidente que a aplicação de todas essas sanções – simultaneamente ou não – ao infrator pela prática de um mesmo fato seria, no mínimo, uma resposta desproporcional por parte do Estado à conduta praticada.

Não foi por outra razão, senão para evitar o excesso punitivo, que a Lei Federal nº 13.655/2018, ao introduzir dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB estabeleceu, no §3º do artigo 22 que “As sanções aplicadas ao agente e ao mesmo fato serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

No mesmo sentido, já haviam se posicionado Floriano Azevedo Marques, um dos autores da proposta de referida lei, e Rafael Vêras, que afirmam que o dispositivo em questão foi introduzido para minimizar os efeitos do *bis in idem* para os administrados, já que este ocorre normalmente^{18 19}.

Entretanto, muitos doutrinadores afirmam que o dispositivo em questão teria positivado o *bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro, ao admitir a aplicação de penalidades da mesma natureza, decorrentes do mesmo fato, ao agente público.²⁰

Contudo, esse posicionamento, de que o §3º do artigo 22 da LINDB teria legitimado o *bis in idem*, só poderia ser construído se essa norma fosse interpretada de forma isolada e não inserida em um sistema, sobretudo porque, em se tratando de imposição de sanções, nosso ordenamento jurídico conta com vários sistemas punitivos, especialmente em relação aos agentes públicos.

17 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 86.

18 Os autores citam, a título de exemplificação, o artigo 125 da lei no 8.112/90, que dispõe: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

19 MARQUES, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael. o Artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de julho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 24 out. 2019.

20 BERARDO, José Carlos. *O Brasil oficializou o “bis in idem” e todo mundo está quieto*. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de junho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto. Acesso em: 24 out. 2019.

Desse modo, valendo-nos das lições de Paulo de Barros Carvalho, “o conhecimento de qualquer das unidades normativas pressupõe contato com a totalidade do conjunto”, sendo um despropósito procurar o teor significativo de uma regra de direito nos estritos termos de sua configuração literal.²¹

Assim, se interpretarmos a norma em questão de forma sistemática, veríamos que ela jamais poderia legitimar o *bis in idem*. Ao contrário, ela o proíbe expressamente.

Primeiro porque, se a norma em questão foi introduzida justamente para dar maior segurança jurídica na criação e na aplicação do direito público, como ela poderia permitir a dupla condenação de um agente pelo mesmo fato? Se o dispositivo legal consagrasse a possibilidade de *bis in idem*, ele estaria contrariando a sua própria razão de existir, consoante consta da justificativa para a sua inserção no sistema jurídico, expressa na ementa da lei, o que seria uma contradição, já que o *bis in idem* ocasiona insegurança jurídica.

Segundo porque, sustentar esse posicionamento seria ignorar o fato de que, muitas vezes, a prática de um mesmo fato jurídico pode violar bens jurídicos [idênticos, semelhantes ou diferentes] protegidos por diferentes diplomas normativos, dando ensejo a formas diferentes de responsabilização.

A divergência em questão talvez exista em razão de eventual divergência quanto ao conceito de *bis in idem*, que, em nosso entendimento, seria penalizar um dado sujeito, mais de uma vez, por um *mesmo* fato, de forma a proteger o *mesmo* bem jurídico, com sanções da *mesma* natureza, dentro de um *mesmo* sistema de responsabilização. Nesses casos, ainda que exista mais de uma autoridade competente para exercer a competência sancionatória, o desempenho da função por parte de uma delas excluirá necessariamente a competência da outra para fins de responsabilização do agente.

Entretanto, admitimos a possibilidade de, em alguns casos, haver *bis in idem* mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização *diversos*, desde que seja reconhecida a ocorrência de *atos que possam, de alguma forma, se comunicar* entre as diferentes esferas de responsabilidade.

Portanto, concordamos com o Floriano Azevedo Marques e Rafael Vêras²² quando afirmam que o artigo 22 da Lei 13.655/2018 “reside num marco de evolução para o Direito Administrativo sancionador, e não de retrocesso”.

Logo, a aplicação de sanções a um mesmo sujeito, decorrentes de um mesmo fato [reprovável à luz do ordenamento], não pode (i) acarretar o *bis in idem* e (ii) ocasionar excesso de punição, ainda que as sanções a serem aplicadas pertençam a sistemas diferentes de responsabilização.

4 A (RELATIVA) INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS E A PROIBIÇÃO DE *BIS IN IDEM*

O ordenamento jurídico brasileiro, em que pese seja uno, consagrou o princípio da independência das instâncias, que decorre da separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição da República, o que significa dizer que cada sistema punitivo pode exercer a sua parcela de competência, de acordo com os seus respectivos regramentos.

O Direito, enquanto sistema, possui traços e requisitos comuns pertinentes a todo o

21 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 7. ed. rev. São Paulo, Noeses, 2018. Edição Kindle, item 1.1.5. posição 5638.

22 MARQUES, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael. O Artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de julho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniaio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 24 out. 2019.

sistema, independentemente do campo de aplicação²³. Entretanto, isso não significa que princípios específicos, pertencentes a ramos diferentes não devam ser observados, mesmo em face da unicidade do Direito, conforme alerta Paulo Ayres Barreto.²⁴

No mesmo sentido posiciona-se Flávio Henrique Unes Pereira²⁵, ao afirmar

A tese do poder punitivo único do Estado encontra seus fundamentos exatamente no fato de subsistirem, constitucionalmente, princípios que se irradiam tanto no ordenamento penal quanto no administrativo sancionador. Contudo, o reconhecimento do poder punitivo único do Estado não compromete as manifestações penal e administrativa desse poder, as quais, por meio de regimes jurídicos próprios, apresentarão suas peculiaridades e diferenças.

Partindo-se dessas premissas – unicidade do sistema, independência entre as instâncias, diversos sistemas punitivos, regimes jurídicos diferenciados entre os ramos do Direito -, indagamos: como compatibilizá-las com a proibição de *bis in idem*? Poderia o Estado, a pretexto de exercer as “parcelas de sua competência”, aplicar ao agente infrator múltiplas sanções diante do mesmo fato sem incidir na proibição do *bis in idem*?

Antes de enfrentarmos tais questões, cabem, aqui, algumas observações iniciais: (i) a independência entre as instâncias consagrada pelo ordenamento jurídico não é absoluta; (ii) a existência de *bis in idem* pode ocorrer, em alguns casos, mesmo em se tratando de diferentes esferas de responsabilização; (iii) o Estado não pode exercer o seu poder punitivo de maneira excessiva, mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização distintos.

No que diz respeito à independência entre as instâncias, não é novidade afirmar a sua relatividade, pois há tempos que a absolvição na instância penal pelo reconhecimento de negativa de autoria ou inexistência material do fato comunica-se para a esfera administrativa.

Portanto, considerando a unidade não apenas do sistema jurídico, mas do poder estatal para impor aos indivíduos de forma coercitiva a sanção, entendemos que, em alguns casos, a existência de *bin in idem* pode ocorrer mesmo em se tratando de diferentes esferas de responsabilização.

Assim, estaremos diante da figura do *bis in idem* quando um dado sujeito for processado ou penalizado (a) mais de uma vez, (b) pelo mesmo fato, (c) violando normas que resguardem bens jurídicos equivalentes ou semelhantes e (d) que contenham elementos previstos no tipo que possam se comunicar, de alguma forma, entre os diferentes sistemas de responsabilização.

Imaginemos que o Poder Judiciário, ao julgar improcedente uma ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa em face de um servidor público, acusado de atuar de forma ímproba em procedimento licitatório, fundamentasse a sua decisão pela inexistência de qualquer ilegalidade no certame. Transitada em julgado essa decisão, poderia a autoridade administrativa, sob o fundamento de integrar outro sistema de responsabilização, pretender penalizar esse mesmo agente, pelo mesmo fato, alegando que houve ilegalidade naquele mesmo processo licitatório, quanto ao qual o Judiciário já reconheceu a legalidade? Evidente que, caso isso fosse possível estaríamos diante de uma grande incoerência, causadora de insegurança jurídica.

Assim, nesse exemplo acima mencionado, entendemos que o servidor apenas poderia

23 Sobre noção de sistema, ver BARRETO, Paulo Ayres. *Ordenamento e Sistema Jurídicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol.1. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2014, p.251.

24 BARRETO, Paulo Ayres. *Ordenamento e Sistema Jurídicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol.1. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2014, p.267.

25 PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.55.

ser responsabilizado administrativamente se subsistisse alguma infração remanescente, se fosse constatado que, por alguma razão, ele “deixou de agir com o devido zelo nas suas funções”²⁶. Contudo, em relação a suposta ilegalidade do processo licitatório, entendemos que o reconhecimento, pelo Judiciário, da lisura do procedimento, por constituir umas das premissas básicas para que houvesse a responsabilização do servidor, comunica-se para a instância administrativa.

Portanto, em alguns casos, quando houver preponderância de um sistema de responsabilização sobre o outro (a esfera judicial em relação à administrativa, a criminal sobre a administrativa), ou se a autoridade estatal de uma mesma instância (seja judicial ou administrativa) já houver apreciado questão que constitua elemento essencial para desencadear a responsabilização de um indivíduo pelo mesmo fato, visando resguardar bens jurídicos equivalentes, deve ser reconhecida a comunicabilidade para fins de análise da ocorrência de *bis in idem*.

De igual forma, considerando as premissas acima mencionadas, em não sendo constatado o *bis in idem* ante a ausência de algum dos elementos para a sua caracterização, as sanções aplicadas pelo Estado a um determinado sujeito, no exercício de parcela de sua respectiva competência, diante de um mesmo fato, devem ser consideradas para fins de fixação das demais penalidades, em respeito ao princípio da proporcionalidade, não podendo haver qualquer excesso punitivo, mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização distintos.

5 CONCLUSÃO

De acordo com a argumentação desenvolvida, conclui-se que a atividade sancionatória encontra limites no ordenamento jurídico, tanto na Constituição da República, como na legislação infraconstitucional.

Dentre os princípios [implícitos e explícitos] que disciplinam o regime jurídico sancionador, o princípio do *ne bis in idem* proíbe o Estado [que é uno] de punir um mesmo sujeito por mais de uma vez pela prática de um mesmo fato.

O processo sancionador, a ser instaurado pela autoridade estatal competente, considerando os diferentes sistemas de responsabilização, deve observar as garantias constitucionais e legais, sob pena de nulidade por ofensa ao “devido processo legal” previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

No sistema jurídico brasileiro, cada vez mais observamos a existência de novos diplomas jurídicos sancionadores, muitas vezes protegendo os mesmos bens jurídicos, coexistindo no sistema diversos sistemas de responsabilização, o que pode ensejar uma resposta desproporcional por parte do Estado à uma conduta praticada.

O §3º do artigo 22 da Lei Federal n. 13.655/2018, ao introduzir dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB objetivou justamente para minimizar os efeitos do “bis in idem” para os administrados, conferindo maior segurança jurídica.

O *bis in idem* consiste na penalização de um dado sujeito, mais de uma vez, por um *mesmo* fato, de forma a proteger o *mesmo* bem jurídico, com sanções da *mesma* natureza, dentro de um *mesmo* sistema de responsabilização.

26 A propósito, nos casos de absolvição criminal, a Súmula 18 do STF enuncia que “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. Sobre a questão da responsabilidade administrativa e criminal e a independência entre as instâncias, Antônio Rodrigo Machado sustenta posicionamento com o qual concordamos, no sentido de que, se a sanção disciplinar decorre exatamente do fato de haver contra o agente público imputação de crime, afastada essa imputação pelo juízo criminal, não subsiste razão para a penalidade funcional. (MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020, p.199).

Contudo, em alguns casos, pode haver *bis in idem* mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização *diversos*, desde que seja reconhecida a ocorrência de *atos que possam, de alguma forma, se comunicar* entre as diferentes esferas de responsabilidade.

A aplicação de sanções a um mesmo sujeito, decorrentes de um mesmo fato [reprovável à luz do ordenamento], não pode (i) acarretar o *bis in idem* e (ii) ocasionar excesso de punição, ainda que as sanções a serem aplicadas pertençam a sistemas diferentes de responsabilização.

O ordenamento jurídico brasileiro, embora uno, consagrou o princípio da independência das instâncias, que decorre da separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição da República, o que significa dizer que cada sistema punitivo pode exercer a sua parcela de competência de acordo com os seus respectivos regramentos.

O Direito, enquanto sistema, possui requisitos comuns pertinentes a todo o sistema, porém, em que pese a sua unicidade, devem ser observados os princípios específicos pertencentes aos diferentes ramos do Direito.

A independência entre as instâncias consagrada pelo ordenamento jurídico não é absoluta.

A existência de *bin in idem* pode se dar mesmo em se tratando de diferentes esferas de responsabilização, nos casos em que um dado sujeito for processado ou penalizado (a) mais de uma vez, (b) pelo mesmo fato, (c) violando normas que resguardem bens jurídicos equivalentes ou semelhantes e (d) que contenham elementos previstos no tipo que possam se comunicar, de alguma forma, entre os diferentes sistemas de responsabilização.

Quando houver preponderância de um sistema de responsabilização sobre o outro ou se a autoridade estatal de uma mesma instância (seja judicial ou administrativa) já houver apreciado questão que constitui elemento essencial para desencadear a responsabilização de um indivíduo pelo mesmo fato, visando resguardar bens jurídicos equivalentes, deve ser reconhecida a comunicabilidade para fins de análise da ocorrência de *bis in idem*.

As sanções aplicadas pelo Estado a um determinado sujeito, no exercício de parcela de sua respectiva competência, diante de um mesmo fato, devem ser consideradas para fins de fixação das demais penalidades, em respeito ao princípio da proporcionalidade, não podendo haver qualquer excesso punitivo, mesmo em se tratando de sistemas de responsabilização distintos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e Sistema Jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol.1. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2014.

BERARDO, José Carlos. *O Brasil oficializou o "bis in idem" e todo mundo está quieto*. Revista Consultor Jurídico, 20 de junho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução por Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 7. ed. rev. São Paulo, Noeses, 2018. Edição Kindle.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução por Edson Bini. Apresentação: Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. "Preâmbulo".

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

MARQUES, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael. O Artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de julho de 2018. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 24 out. 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Direito administrativo sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. José Roberto Pimenta Oliveira (coordenador). São Paulo: Malheiros, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuteurs Brasil, 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Dimensões do Princípio do Ne Bis in Idem*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6436. Acesso em: 10 fev. 2021.

SOUZA E SABOYA, Keity Mara Ferreira de. *Limites Jurídicos-Constitucionais à Persecução Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN. Natal, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13875>. Acesso em: 10 fev. 2021.

Recebido em: 19.02.2021

Aprovado em: 19.11.2021

Como citar este artigo (ABNT):

BEZNOS, Clovis; FRITOLI, Fernanda Ghiuro Valentini. O princípio do *ne bis in idem* e as normas jurídicas de natureza sancionatória. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.60-70, set./dez. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/01/DIR45-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

THE PATRIMONIALIST MODEL ADOPTED IN THE ORGANIZATION AND FORMATION OF THE BRAZILIAN STATE, THE CONSEQUENTIAL CORRUPTION AND THE NEED FOR ADOPTION OF PUBLIC ETHICS CODES

O MODELO PATRIMONIALISTA ADOTADO NA ORGANIZAÇÃO E FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO, A CONSEQUENTE CORRUPÇÃO E A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE CÓDIGOS DE ÉTICA PÚBLICA

Caroline Fockink Ritt ¹
Eduardo Ritt ²

ABSTRACT: The present scientific article is intended to find the answer to the following question, which constitutes in its main issue: what could avoid corruptive practices in the public administration, considering the patrimonial management model historically adopted in the Brazilian public administration? In order to answer the question, this research is divided into three topics, with the following aims. In the first topic it is intended to show the difficulty of conceptualizing corruption, due to its multifaceted phenomenon character which can vary depending on the historical moment it occurs. In the second topic it is intended to highlight that corruption in the public management can be considered a result of the State patrimonialistic model, adopted in the construction of the public administration. Finally, the third topic is to point out the need to adopt rational codes in public administration, which determines assignments and build an impersonal official framework, as one of the solutions to avoid corruptive practices and punish them effectively, in case they occur. The method of this study is deductive. The procedure method is the historical critical and in terms of the technics of the research, indirect documentation with bibliographical references from primary and secondary sources were used.

Keywords: Public administration; Codes of ethics; Corruption; Patrimonialism

RESUMO: O presente artigo científico pretende encontrar a resposta para a seguinte questão, que se constitui em sua questão central: o que poderia evitar as práticas corruptas na administração pública, considerando o modelo de gestão patrimonial historicamente adotado na administração pública brasileira? Para responder ao questionamento, esta pesquisa está dividida em três tópicos, com os seguintes objetivos. No primeiro tópico pretende-se mostrar a dificuldade de conceituar a corrupção, devido ao seu caráter multifacetado de fenômeno, que pode variar conforme o momento histórico em que ocorre. No segundo tópico, pretende-se destacar que a corrupção na gestão pública pode ser considerada um resultado do modelo patrimonialista do Estado, adotado na construção da administração pública. Por fim, o terceiro tópico é apontar a necessidade de adoção de códigos racionais na administração pública, que determinem atribuições e construam um quadro oficial impessoal, como uma das soluções para evitar práticas corruptas e puni-las efetivamente, caso ocorram. O método deste estudo é dedutivo. O método de procedimento é o histórico crítico e em termos da técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta com referências bibliográficas de fontes primárias e secundárias.

Palavras-chave: Administração pública; Códigos de ética; Corrupção; Patrimonialismo.

¹ Post Doctorate in Fundamental Rights at PUC in RS. Professor of Criminal Law in the University of Santa Cruz do Sul, RS, Brazil. Doctorate in Law. Coordinates the University Extension Project: coping with Domestic and Family Violence: Women's Rights Assaulted in Montenegro/RS. E-mail: carolinefritt@gmail.com
² Master in Law by the Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Professor of Criminal Procedure at the referred University. Coordinates the University Extension Project: coping with Domestic and Family Violence: Women's Rights, in Santa Cruz do Sul/RS. Prosecutor. E-mail: eduardoritt@mprs.mp.br

1 INTRODUCTORY NOTES

The present scientific article aims to find the answer to the following question, which is its central problem: what could avoid corruptive practices in the public administration, taking into consideration the patrimonialistic management model historically adopted in Brazilian public administration?

In order to answer the question, this research is divided into three topics, with the following aims. In the first topic it is intended to show the difficulty of conceptualizing corruption, due to its multifaceted phenomenon character which can vary depending on the historical moment it occurs.

It is intended to approach some concepts regarding corruption, but it must be highlighted, the complexity of its conceptualization since there is not a ready definite concept for it. Its definition is not a peaceful matter among the specialists. It can occur in many ways in public administration and involves many players, connected with the public administration or with and body State or a service provided by the State, when it happens in private relations, specifically in business circles.

Throughout the research, an analysis will be conducted in order to create a concept. Therefore some of the main characteristics will be identified.

In the second topic it is intended to highlight that corruption in the public management can be considered as a result of the State patrimonialistic model, adopted in construction of the public administration. In the State patrimonialistic model, which is inherent to the building of the public Brazilian scene, corruption becomes some kind of ordinary practice in which the public arena is overrun by the addictions of the private sphere while that one makes use of the State for private interests, as a dominated and controlled entity for benefit of a few. Historically, in public management and in its political scene, corruption started as a consequence of the political patronage and nepotism. In this management model there is not an impersonal scene.

Finally, reaching the answer to the matter of this research, the third goal is to point out the need of adopting rational codes for public administration that determine assignments and build an impersonal official framework in Brazilian public administration. It is considered as one of the solutions to avoid corruptive practices and punish them effectively, in case they occur. The method of this study is deductive. The procedure method is the historical critical and in terms of the technics of the research, indirect documentation with bibliographical references from primary and secondary sources were used.

2 CORRUPTION AND THE DIFFICULTY OF ITS CONCEPTUALIZATION

Addressing this subject comes from the complexity of conceptualizing corruption itself. To present a prompt finished concept of what is corruption is not easy at all, it can also be considered almost impossible to do it. It is presented in practically all through the history of mankind so it is not a recent phenomenon since in several historical periods events of corruptive practices are mentioned.

There are many conceptualization difficulties that range from the matter of having a State agent involved in the practice as an employee or public administrator, for example, in a sense of being connected to a deviant behavior concerning to those agents, to the fact of having or not, necessarily focus on an economical advantage.

Starting the approach, it is noticeable that corruption is a social phenomenon presented in practically all through the history of mankind. Since ancient times there are news about the

misuse of power to obtain personal benefits. Pérez³ quoting Sêneca, stresses what he wrote many centuries ago, that corruption is an addiction of mankind, not the times.⁴

Approaching corruption as a deviant behavior, in the sense of being practiced breaking the law to take undue advantage while on duty it is possible to note that it can be considered a millennial phenomenon. According to Greco Filho⁵, not even Cícero, the remarkably Roman orator and senator, escaped from it, after one year as a province governor, although his poverty when he was younger he went back home rich.

Though corruption phenomenon is as old as humankind, or even more, although it exists since the origin of power, it was in the 20th century, due to its registered rates and generalization, that the awareness of it increased, both in public and private spheres. For Pérez⁶, Spanish scholar who this research is based on, corruption would be closely connected to power, both political and economical claiming that there is a close relationship between both: political and economical power.⁷

Gabardo⁸ emphasizes, that corruption has been such a recurring subject in the world that meetings and normative conventions were delivered in the last decades, as an attempted of reducing or, in the best case scenario, stop corruption from happening in the state sphere. A real endemic series of corruptive acts has been occurring and been published by the media in the worldwide society in the last decades, especially after the 90's, due to the technology improvement on mass media.

The causes and consequences of corruption have to be analysed taking into consideration the social and political background of the society where it is occurring. Most of the time corruption practices are rooted in the political culture of a specific country, in its social history as well as in the bureaucratic traditions. According to Bezerra,⁹ corruption has a legal, historical and cultural dimension which has to be considered when it is intended to be studied. It is necessary to be aware of its complexity and of the different points of view that it can be addressed. It can represent the misuse of power, as well as one of the means to take personal undue advantages or even personal advantages that are not necessarily economicals. In recent years, more specifically in the last twenty five years, a worldwide corruption data and occurrence mapping was done.

Sila¹⁰ when refers to the difficulty to define corruption, observes that it can be addressed in a philosophical as well as economical perspective. When it is approached as a political-cultural matter, asks the author, why in some countries those behaviors so called "rank corruption" are punished by death penalty? While in other countries, such corruption practices are punished by

3 Pero, no nos engañemos, la corrupción no es un fenómeno de hoy. SÉNECA escribió hace muchos siglos que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos.

4 PÉREZ, Jesús González. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. 2. ed. España: Thomson Reuters, 2014, p. 35.

5 GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)*: atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 15.

6 Aunque el fenómeno es tan viejo como el hombre mismo, o, más exactamente, desde la aparición del poder, al que, como se ha dicho entre nosotros, la corrupción acompaña como la sombra al cuerpo, lo cierto es que ha sido en el último cuarto del siglo XX cuando ante la generalización y cotas alcanzadas se produjo una preocupación sobre él, en ciertos sectores. Tanto la esfera pública como en la privada. Porque la corrupción está estrechamente vinculada al poder, a todo poder, al político y al económico, entre los que existe una íntima relación.

7 PÉREZ, Jesús González. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. 2. ed. España: Thomson Reuters, 2014.

8 GABARDO, E.; REIS, L. E. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, R. D. da; CASTRO, R. A. P. de. (Org.). *Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 138-139.

9 BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre o poder público e as relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995, p. 12.

10 SILA, Jorge da. *Criminologia Crítica: Segurança Pública e Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 575-576.

lenient penalties, when they occur. It also refers to the fact that other countries see corruption as a violation of criminal provisions, and cultural, political or economical considerations of it are dismissed.

Gabardo¹¹ observes that although the word corruption is commonly used among people and speeches, generally when it comes to public officials it needs to have a wider concept. It is not possible to outline corruption politically or economically. It can be studied or viewed from many perspectives, such as the social, the political science, the economical and organizational theory, as well as under a civil, administrative or criminal law perspective.

When the question is what corruption is, it becomes difficult reaching to a conclusion and identify what behavior can be considered corruptive. To define it studies and analysis based on concepts seeked in Brazilian and foreign literature sources were made.

Simão Neto¹² defends that the word corruption has the meaning of being a distortion or degradation of a rule that is socially active. The corruption concept only exists because of its opposite concept which represents the term honesty. An honest human being is considered a decent human being that acts or omits itself according to the general rule. Though corruption is a matter as ancient as its studies about the public power service, its definition, as mentioned is also an issue. It can be covered under many scientific studies perspective due to its multiple possible meanings. In public organizations, according to Gomes¹³ corruption practice would consist in the economically or otherwise misuse of its duties for private benefits.

Looking for foreign bibliography basement, attests to the difficulty of reaching to a definition. According to the adopted corruption concept, the way of studying it will be determined and that concept will also determine the rates of its occurrence. Though it is not possible to reach an accurate definition, it is noticeable that there is a consensus that corruption refers to acts where the power of the public office is used for private benefits, where laws which were legally imposed are broken.¹⁴

Or according to Etzioni¹⁵, besides being considered a negative behavior, when occurs in the political system, it would be the use of a public office to obtain a private benefit. In other words it would be the abuse committed by a public official generally in a close private cooperation. The political corruption frequently occurs because of private interests which, seeking for public favors considered illegal, find in the elected officials the willing to commit those practices. Corruption acts in a government concern to at least one public and one private official.¹⁶

Corruption is addressed in studies in the political sphere when its occurrence and

11 GABARDO, E.; REIS, L. E. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, R. D. da; CASTRO, R. A. P. de. (Org.). *Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 139.

12 SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014, p. 37.

13 GÓMES, Santiago Roura. Alguns aspectos-chave do combate à corrupção na Administração Pública. In: MENDES, G.F.; BRANCO, P.G.G. *V Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública - Tendências da Administração Pública- Escola de Administração de Brasília – IDP*. Série IDP Eventos. Brasília, 2016, p. 163.

14 What is corruption? One of the difficulties of studying corruption lies in defining it. While it may appear to be a semantic issue, how corruption is defined actually ends up determining what gets modelled and measured. Although it is difficult to agree on a precise definition, there is consensus that corruption refers to acts in which the power of public office is used for personal gain in a manner that contravenes the rules of the game.

15 Corruption, the dictionary says, is evil or wicked behavior. To corrupt is to change a sound condition to an unsound one. However, the corruption that is my subject is not regular garden-variety corruption, but the special species rampant in Washington D.C. corruption of a political system. The unsound condition I deal with is the use of public office for private advantage. This statement may seem to imply that the abuse at hand is something public officials do. Indeed they do, but usually in close collaboration with private parties. Political corruption is typically perpetrated, we shall see, by private interests seeking illicit public favors and finding quite willing elected officials. The change of the government's condition from sound to unsound often involves at least one public and one private partner.

16 ETZIONI, Amitai. *Capital corruption: the new attack on American democracy*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1984, p. 04.

negative impacts connected to the political behavior such as fraud and malfeasance that happen in political relationship between public and private officials are analysed. In addition to it is studied when connected to economical aspects, analysing its negative impact on the economy of a country and also in the global economy. It is also considered regarding sociological aspects, as it occurs in a particular society, how its conceptualizations change throughout the ages, the public and private ethics influence in practices that are defined as corruptive. Therefore, it is addressed in a criminological aspect, when corruption is connected to organized crime, money laundering, as much in a local sphere of a country or even including illegal acts which involve more than one country, as in corruptive acts that subsidise terrorism.

The term corruption comprises a wide range of human actions. To understand its effects on the economy or the political system, it is necessary to connect the term with the particular types of activities or transactions which can be linked to it. Thus, The World Bank Group (1997) define it as the abuse of public office in the public administration, for private benefits, for example, when an employee accepts, requests, or extorts through bribery. The same way when private agents offer bribes to control public policies and processes, to obtain competitive advantage and profit.¹⁷

Currently, there are many legal approaches related to corruption in penal, civil and administrative esphere. In France, for example, by the document entitled: *La corruption: définition et sanctions da Lei-Finance*¹⁸, corruption is conceptualized even as being a criminal malfeasance, where the person who is the corrupt, requests, accepts or approves an advantage, or even an offering. The same when it offers or promises any other type of gifts or benefits, to accomplish, delay or even withhold acts, that might be linked to its functions.¹⁹

Likewise it is considered the action and effect of corrupt, in a sense of deviating, bribing somebody, perverting and causing damages. The concept in the dictionary of Real Academia Espanhola (RAE), presented in this study, is used to define the addiction or abuse of non material things. In this conceptualization, corruption, might be a moral or symbolic deprecation.²⁰

When corruption is accepted as a deviant behavior where there is a State agent participation, it is possible to analyse the definition of misappropriation of union assets by officials responsible for managing which is equally considered corruption. It occurs when company managers and officials in general spontaneously embezzle in large scale State assets. At the other end are the small embezzlements such as office supplies, vehicles and even fuel. They are generally low level employees who work where there is no assets control. When such controls exist, they are considered institutionally weak, unable to identify and punish the offenders.²¹

17 The term corruption covers a broad range of human actions. To understand its effect on an economy or a political system, it helps to unbundle the term by identifying specific types of activities or transactions that might fall within it. In considering its strategy the Bank sought a usable definition of corruption and then developed a taxonomy of the different forms corruption could take consistent with that definition. We settled on a straightforward definition—the abuse of public office for private gain. Public office is abused for private gain when an official accepts, solicits, or extorts a bribe. It is also abused when private agents actively offer bribes to circumvent public policies and processes for competitive advantage and profit.

18 DROIT – FINANCES (droit-finances.commentcamarche.net). *La corruption: définition et sanctions*. Março de 2016. Disponível em: <http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/1320-la-corruption-definition-et-sanctions>. Acesso em: 15 ago. 2016.

19 La corruption est un comportement pénalement répréhensible par lequel une personne (le corrompu) sollicite, agréé ou accepte un don, une offre ou une promesse, des présents ou des avantages quelconques en vue d'accomplir, de retarder ou d'omettre d'accomplir un acte entrant d'une façon directe ou indirecte dans le cadre de ses fonctions.

20 Corrupción es la acción y efecto de corromper (depravar, echar a perder, sobornar a alguien, pervertir, dañar). El concepto, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española (RAE), se utiliza para nombrar al vicio o abuso en un escrito o en las cosas no materiales. La corrupción, por lo tanto, puede tratarse de una deprecación moral o simbólica.

21 THE WORLD BANK GROUP. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*. Poverty Reduction and Economic Management The World Bank. September 1997. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

Regarding it, according to Gomes²², corruption would be an embezzlement mechanism of a group which harms the society through the reproduction of political and economical institutions.

Cunha²³ addresses corruption as the abusive use of public resources, power or position by a public or private official, in its duties, under any practice or omission that involves violation of its obligation. These abusive practices, have as an aim to expand, anticipate, obtain any advantage as well as prevent, reduce or differ a disadvantage for itself, any other person or a group of people connected by common interests.

Bobbio²⁴ defines corruption as the situation of public employee to act differently from the normative standards which are established by the system, occurring private benefits in Exchange of illegal reward, in this example it would be the illegal behavior of those who play a role in the state sphere.

Regarding the servant of the State, for Greco²⁵ what is unfair in corruption is that it consists in an abuse of power, through malfeasance. It would occur in private benefit, when, for example, the public employee do its job by connecting it to private benefits for him or a third party.

Once again foreign bibliography sources contribute to the preparation of the present article corruption includes any kind of advantage which is considered illegal, through an illicit or unethical practice which might benefit a person or an economical activity. It would be the abuse of power practice, means or acts to obtain economical advantages. Influence peddling, bribery, extortion, fraud would be some of the corruptive practices that illustrates this kind of action, for example, give Money to a State servant to win a bid or to bribe in order to escape from being arrested. It might be connected to other crimes, when, with its practice, illegal practices are allowed to happen. For example, a police officer is corrupted if he accepts Money to benefit a theft without interfering. In this case two illegal practices are linked: corruption and theft practice.²⁶

Several decrees were redacted with the aim of sanctioning the considered deviant behavior which affects the public property. According to Petrelluzzi²⁷ from the legal point of view, as well as the ethics and moral, there are several controversies about the extent and the definition of what is corruption. Therefore there is a consensus in the different types of concepts adopted, according to Lopes²⁸, that corruption is a social pathology.

They can even be considered as a corruption practice, deviant behavior, but that does

22 GÓMES, Santiago Roura. Alguns aspectos-chave do combate à corrupção na Administração Pública. In: MENDES, G.F.; BRANCO, PG.G. *V Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública - Tendências da Administração Pública - Escola de Administração de Brasília – IDP*. Série IDP Eventos. Brasília, 2016, p. 169-170.

23 CUNHA, Ary Ferreira da. Causas e consequências da corrupção: uma breve introdução jurídico-econômica. In: CUNHA, Ary Ferreira (Coord.). *IV Congresso de Direito Fiscal*. Porto: Quid Juris Sociedade, 2014, p. 45.

24 BOBBIO, N.; MATTEUCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 291.

25 GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)*: atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29-30.

26 En otro sentido, la corrupción es la práctica que consiste en hacer abuso de poder, de funciones o de medios para sacar un provecho económico o de otra índole. El tráfico de influencias, el soborno, la extorsión y el fraude son algunas de las prácticas de corrupción, que se ven reflejadas en acciones como entregar dinero a un funcionario público para ganar una licitación o pagar una dádiva o coima para evitar una clausura. A la corrupción se encadenan otros delitos, ya que el corrupto suele incurrir en la práctica para permitir o solicitar algo ilegal. Un policía resulta corrupto si recibe dinero de un hombre para que le permita robar en una casa sin intromisión policial. En este caso, se juntan dos delitos: el acto de corrupción y el robo. El tráfico de influencias, el soborno, la extorsión y el fraude son algunas de las prácticas de corrupción, que se ven reflejadas en acciones como entregar dinero a un funcionario público para ganar una licitación o pagar una dádiva o coima para evitar una clausura. A la corrupción se encadenan otros delitos, ya que el corrupto suele incurrir en la práctica para permitir o solicitar algo ilegal. Un policía resulta corrupto si recibe dinero de un hombre para que le permita robar en una casa sin intromisión policial. En este caso, se juntan dos delitos: el acto de corrupción y el robo.

27 PETRELLUZZI, M. V.; JUNIOR RIZEK, R. N. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

28 LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 28.

not necessarily aim at economic advantages. Greco Filho²⁹ argues in that sense, that although there isn't an economical aspect, corruption would also be an illegal behavior practice to gain a benefit to itself or a third party. In this wide concept and that highlights once more the difficulty of definitely and completely conceptualize corruption, for example, the employee who punches the clock for another employee or the employee who goes over the turnstile to evade the surveillance system which controls the office hours. This preliminary study that has been realized, illustrating the difficulty of defining what corruption is, addressing the countless approaches that can be made, as in the economical, philosophical, social or even criminal is reinforced by Leal's words when highlighting the absence in the western political thinking tradition, of a consensus about what corruption is. There is not a specific definition in this sense and it is not possible to nominate it a Political Theory of Corruption. Furthermore, there are different approaches about this subject, made by specific renowned philosophical theorists.

Gabardo³⁰ stresses that, although exist properly classified in exhaustive as corruptive practices that are possible to occur the ones stressed by the UM are considered more common practices such as bribery, fraud other illicit gains, collusion, power abuse and breach of trust, misappropriation of public funds and conflict of interests.

Although there are significant difficulties for its conceptualization, in an attempt, it is possible to say that corruption is an illicit means of influencing in public decisions with private or third party benefit. It leads to serious losses in the public interest, causes deep wear on one of the most significant factor of the public and social system organization, which is its legitimacy. Corruptive practices that occur in the public sphere will always have as the main consequence to cause losses to the collectivity.

3 PATRIMONIALISM AS A MEANS OF ADMINISTRATIVE ORGANIZATION OF THE BRAZILIAN STATE AND THE CORRUPTIVE PRACTICES

Brazil did not follow a rational model of public management and administration due to the fact of being adopted since the beginning a model which is known as patrimonialism. This model is characterized, mainly, by the confusion that occurs between the public and the private sphere. Therefore it is possible to stress that public corruption in Brazil is directly connected to it. Patrimonialism will be defined here also addressing its main characteristics, highlighting that the country slightly adopted a rational management, disregarding the separation which must exist between the public and the private.

In an attempt to define what is patrimonialism, it is stressed that, according to Max Weber³¹ lessons, there is a personal administrative framework. Tradition and not legal statutes prevail in this kind of framework. People considered "associated with the Mr" that must obey him and not the laws are benefited. The administrative framework is even military characterized by being ruled by this lord, which holds strong personal power, based on tradition and not in legal requirements. The political organization of patrimonialism does not consider the competence, authority or magistracy concept in a contemporary sense. The separation of what is a public and what is a private matter as well as public and private assets, and the public and private

29 GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)*: atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 16.

30 GABARDO, E.; REIS, L. E. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, R. D. da; CASTRO, R. A. P. de. (Org.). *Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 139.

31 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009 (reimpressão), p. 151-152

manorial employees allocations does not occur.

In Paim's³² lessons, in the patrimonial State exists a typical representation of a set of traditions considered unchangeable. Everything is based on tradition and in personal considerations. Rational rules which should regulate are replaced by different rules which are based on the tradition mentioned and the so called "prince justice" and his employees. Even privileges by the sovereign are temporary. Nascimento³³ emphasises that historically in our country the separation between what is public and what is private is not respected. Brazil is not an example of a Modern State, that is legitimized by impersonal and rational laws. Patrimonialism is considered an ordinary ailment, therefore separation between administration means, employees and governors is not promoted and favoring their privileged access to the public structure and wealth to exploit as their privileged rank and positions.

The absolutist tradition of the colonial era used to have this combination of the treasure of the Portuguese State, the king and the nobility, who were the main servants of the State. Reports Domingues³⁴ that the metropolis had a significant difficulty in controlling its employees in America. With the independencies, States that had formal modern structuring established with a clear separation between public and private. That did not implied the disappearance of the patrimonialism characteristics of those States, but, as a consequence, brought them a decisive transformation.

Such facts, unlike other countries from Europe which adopted public administration rational codes idealized by Max Weber did not happen in Brazil, those rational codes suggest rules that establish in rational terms the separation of what must be considered public and what is private. Brazil adopted very little of Max Weber's concept about separation, as mentioned in this article. Precisely according to Faoro³⁵, the patrimonialism's legitimacy is not based on management legal institutes, any kind of legal determination based on tradition which only determines that "So it is because it's the way it has always been". These statements related to adopting management codes based on rational models, are opposite to Weber's thoughts.

It is relevant to observe that in Brazil the patrimonialism adopted in public administration which is explained by our political organization, since colonial Brazil is also called social strata. This, according to Weber is characterized by the domain of a specific social class of people in power of giving orders. Such people, in the administrative framework, are part of a specific group which appropriates of economical opportunities. The appropriators might historically be part of a previews administrative framework with a non social strata character, or might not have been part of this framework before the appropriation.

In accordance with Paim³⁶, the historical development of Brazilian patrimonialism, structured and strengthened in the first centuries of the Portuguese History, consisted in a social strata formation. This bureaucratic character refers to the bureaucracy, not in the modern sense, as a rational political control over the State but as an extraordinary organization. The reality reported, hinders the rationality in the public administration and produces as a consequence a establishing effect on the economy. As a result of the bureaucratic stratum which causes discretion and consumption waste, it unables industrial capitalism to happen

32 PAIM, Antonio (Org.). *O patrimonialismo brasileiro em foco*. Campinas: VIDE, 2015, p. 21.

33 NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. *Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75-76.

34 DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo. In: AVRITZER, et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 159.

35 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 819-820.

36 PAIM, Antonio (Org.). *O patrimonialismo brasileiro em foco*. Campinas: VIDE, 2015, p. 27.

and flow, due to the fact that the bureaucratic stratum is inconsistent with capitalism rules in a sense of achieving economic growth.

Faoro³⁷ stresses that the historical Brazilian reality demonstrated the perseverance of the patrimonial structure, presenting as main characteristic an administrative framework based on the social stratum. And this group which has the power is becoming progressively more bureaucratized presenting as a consequence a reality where everything stays the same and the structural change needed does not occur. It is precisely in the State corpus that the bureaucratic stratum focus the clearing house mechanisms, with its financial manipulation, monopolist of public grant of activity, of credit control, consumption control, privileged production, with extensive activities which go from the direct managing to the material legislation of the economy. This management manner is inconsistent with the capitalism purposes, hinders it and even excludes the possibility of economical growth in a country administrador this way.

In this approach, it is highlighted that historically the public Brazilian administration was based on patrimonialism principles, specifically on the patrimonialism social stratum, where a group, in the public administration, practically appropriates of the administrative machinery, originating “a caste” which makes its public concession activities, in the activities of credit control, consumption control and even in the privileged production. Accommodation is based on a bureaucracy where there is not a structural change, difficulting any kind of amendment in this sense. The activities of this caste, which in a social strata appropriates of the public administration, end up having competence over quite a few activities, as previously exemplified, that goes from the direct management to the economic material regulation.

Another characteristic of the public administration which necessarily must be approached, is that in the country, since Colonial Brazil, there is not a meritocracy appreciation culture. Being replaced by different ways of rewarding: favors, political patronage, collusion because the public administration has Always been considered the king’s activity known as “*longa manus*”, rationally disorganized and in a personal way. In this part of the history, stresses Nucci³⁸, the meritocracy, which should exist, in the public administration was replaced by the mentioned quid pro quo and palatial collusions since public office belonged to the king and even the crown sold job titles.

From this fact it is possible to observe the losses that this behavior, which was the basis to corruptive practices, caused to Brazilian history. And currently, it is confirmed in practice the same system. It is stressed that many of the political appointments to important positions originated from quid pro quo, palatial collusions, cleverness in the relationships, and the already known two way street friendships.

A widespread “give and take”. It became a Brazilian tradition the offering of illegal advantages to public officials, being even marginalized the one who does not accept bribes. That actions have as the main consequence the commission of corruptive practices in the essence of the public administration.

Currently, the patrimonialism that exists in Brasil is nominated as contemporary, possessing in the State its basis, since it is constituted connected to other corporate agents, the State agents which connect to private interests. Exemplifies Domingues³⁹, that this spontaneous patrimonialism manner, is happening in the country giving the opportunity to corruptive practices,

37 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 819-824.

38 NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 09-10.

39 DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo. In: AVRITZER, et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 159-160.

occur the entailment to the personal interest of the single individual which bribes the traffic warden, as well as the big company which connects to parliamentarians and state agencies. In the same way, it goes through election campaigns funding and in the situations where the State positions and posts become private object possessions of their occupants.

Therefore in addressing corruptive practices which occur in this reality, it refers to the misuse of public resources as well as to the unethical practices. Based on the Weberian concept, previously studied, which explains what patrimonialism is, it becomes the analytical focus for the corruption issue. In other words, the troublesome situation of not adopting management rational codes, which is the main characteristic of the public administration considered modern, was not adopted by Brazil. Administrative framework based on tradition and personal frameworks were historically adopted.

According to Nascimento⁴⁰, in the State patrimonialism model, which is typical of the public scene development corruption becomes some kind of day to day practice. The patrimonialism tradition describes the corruption issue as a symptom of the same diagnosis: the promiscuity which exists between the private and the public sphere. In this sense, the public sphere is invaded by the private's viciousness while this one appropriates of the State to use and control it as a dominated entity for the interests of only a few.

The importance of a separation between the public service sphere and the personal advantage environment is highlighted because it originates the implementation of a general principle, constituting the Liberal State of Law, which is principle of the separation between public and private spheres, between State and society. Stressed Greco and Teixeira⁴¹ that the distinction is essential and cannot be a one way street. To the mentioned spheres it is considered troublesome the State intervention in private subjects and the same way the other way round: the interfering of the private in public duties.

By addressing corruption, as being practices in public administration, caused by the administration that does not follow impersonal and rational models, but is personal and of social strata, it is noticed that always among its negative consequences, there will be a social right unredeemed.

Gabardo⁴² reaffirms that corruption effects on the State activity and the society are felt by everyone. Generally new means of public resources control, legal proceedings, intended to fight against corruption, which are invasive, are discussed. At this point, the implications are not measured only in a financial or conduct penalty aspects to be supported by the State. It is also noticed that immeasurable abstract consequences come from corruption.

Garcia⁴³ also argues that although a public official which is corrupt, acts in an organizational institute intended for pursuing the common welfare, he deviates from its original purposes and acts in favor of a private interest. It is the one that provides an illegal advantage for itself and intends a benefit for the person which colluded with the corruptive practice.

What is really important to highlight and reinforces the present study, mentioning Cunha⁴⁴, in which this argument is based on, is that, especially in the cultures where there is

40 NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. *Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75-76.

41 GRECO, L.; TEIXEIRA, A. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, A.; TEIXEIRA, A. (Orgs.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 29.

42 GABARDO, E.; REIS, L. E. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, R. D. da; CASTRO, R. A. P. de. (Org.). *Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 139.

43 GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

44 CUNHA, Ary Ferreira da. Causas e consequências da corrupção: uma breve introdução jurídico-econômica. In: CUNHA, Ary Ferreira (Coord.). *IV Congresso de Direito Fiscal*. Porto: Quid Juris Sociedade, 2014, p. 68.

not a clear separation between public and private spheres, in regard to the public officials, or in the cultures where they see themselves as the owners of the power associated to them and not as holders of a delegated authority, there will be a tendency toward more corruption.

As presented, patrimonialism has its origins in the colonization period of our country. It reflected the State organization of Portugal according to its colonies. The separation between what is considered public or private was not respected. As well as the public management frameworks were formed by their lord proprietor patronage, they were personal and there was not meritocracy. The history of our public administration in its patrimonialism model, did not adopt, or disrespected if it was adopted, legal determinations, which with discipline and impersonal organization conceived by Max Weber, might have given a rational character to the public management.

It must be vanished the concept that the public sphere does not belong to anyone. This concept is a consequence of popular ignorance: ignorant people do not act against corrupt agents. According to Garcia⁴⁵, the corrupt agent deviates public resources and wards off them from its destiny, the welfare. People become more ignorant and dependent on those who undermined them, becoming unable to break the cycle – they can, at best, change the characters.

This is the reason why it is necessary to adopt ethical public codes, to avoid specifically this confusion between what is public and what is private, reflection of the patrimonialism culture, which was historically adopted by the public administration. This topic will be approached in the following.

4 ETHICAL PUBLIC CODES: THE NEED TO ADOPT THEM

One of the most important characteristics, in the Modern State creation, is the separation between public and private. This concept arose in Western Europe with the liberal thinking and had Max Weber as the greatest theorist of it. Such model is present in European, American countries and in other parts of the world. As highlights Leal⁴⁶, one of the essential elements in the constitution of the Modern and Contemporary State, according to Max Weber's vision, was specially the formation of a bureaucratic administration conceived in rational models.

Weber⁴⁷ idealized the format of and administrative framework which is bureaucratic. This framework must, first, become legal, based on ideas which have to be connected to each other, as it follows: every right must be legalized in a rational model, referring to purpose or values, or even both things, through an imposition pact. For him the law is an abstract set of rules, which normally are legalized with specific intentions. The administration is exactly this caution, which is rational, of foreseen interests within the limits of legal rules and according to the principles which are legally stated.

In this rational management model, the one who gives orders observe the impersonal arrangements which orients the guidelines, and who obeys, does it as a member of the association and at ends only the law. Therefore, in management the idea applied is that, when the association members obey they are not running personal dispositions of a lord, as it occur in patrimonialism, for example. But in obeying, in this rational model, planned by Weber, they are following those rules that are legal and impersonal. They are obliged to obey only in an

45 GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56-68.

46 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 48.

47 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009 (reimpressão), p. 142.

objective competence and which is rationally limited. They are abstract legal rules.

With these rational dispositions, about public administration, those concerned with the public administration must comply with the legal determination, since it is that which gives legitimacy in administration. Leal⁴⁸ observes that, in this model, the political power acquired a rational character, once the faith in the legality in the orders that are created and in the individuals' competence chosen to execute it, it has a different quality of what occurs in the tradition or charism faith. Therefore it is the rationality itself, inherent to the legal form that provides legitimacy to that political power which is legally executed.

Weber⁴⁹ also outlined what he called fundamental categories of rational domination. In his opinion, when duties are performed, they occur in an ongoing process, which is connected to specific rules, and within a specific competence. The organized exercise in this function is called institutional authority. The official hierarchical principle, which is the organization of fixed supervisory and controlling instances for each institutional authority, as well as the right to appeal or complain from the subordinates to their seniors are linked. The regulating rules are the technicals and the norms. And, for the implementation of these ideas, with the aim of reaching plain rationality, it is necessary, in both cases a professional qualification. Therefore, only the ones who provide evidence of a professional qualification can be accepted as employees.

In this administrative rationality conceived by the referred author, also applies to the Absolute Separation Principle between the administrative framework and the means of administration and production. It means that the officials, employees and workers of the administrative framework do not possess the material means of administration and production. They obtain it in cash or kind and possess accounting responsibility. In this purpose it is noticed the separation between what is considered public and what is considered private, applying the absolute separation principle between the property (or capital) of the institution (company) and the private property (of the patrimonial management), as well as between the professional activity's location (office) and the employees household. And, to reach the plain rationality, it must also be applied the documentation of the administrative procedures principle, even in situations where the practice is the oral hearing. It is equivalent to say that, at least, the preliminary considerations and requirements, as well as the decisions, dispositions and final orderings of all kinds, must be established in writing.

Finally, for Weber⁵⁰, the purest type of legal domination is the one which serves by a bureaucratic administrative framework. The set of the framework must be constituted by individual employees which are personally free, and that obey only to objective tasks of its position. This administrative framework will be nominated not elected. Will obey a strictly hierarchy of positions which have fixed functional competences, according to an agreement, following the free selection principle, based on professional qualification. In the most rational case the qualification is verified through examination and certified by a degree. They will be paid by fixed salaries in cash. Most of the times, with pension rights. They work in their positions as being their only job or main activity. They have perspective of reaching higher positions, by seniority or efficiency, or both. They work in absolute separation from administrative means

48 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 48-49.

49 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009 (reimpressão), p. 143.

50 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009 (reimpressão), p. 144.

and without position appropriation. They are conditioned by a system which is very strict and uniform of discipline and service control.

The Modern State is one of the main creations originally Western. In the European context that set up after the barbarian invasions, which caused the dissolution of the Roman empire. According to Paim⁵¹ one of the main characteristics of the Modern and Contemporary State is the presence of a bureaucratic administration, conceived in rational molds. This replacement occurred in Western, amending gradually, a non specialized operational mode by an officialdom politically guided and trained based on legal and rational regulations.

Starting from these ideas, which sustained the public administration, in the main European countries, based on legality, in rational and bureaucratic molds which exist today, Domingues⁵² notes that, in this idea, the State property, which now is public, is separated from its employees and governors. Idea that contrasts with a patrimonialism view of the State, where the positions and offices must be naturally explored by governors and employees, without distinction between private and public resources. Such resources are also originated from the exploration of those positions and offices in which the job did not require much effort, although it allowed to obtain several personal benefits.

It is observed that Brazil does not respect, or almost did not adopt, this rational administration form conceived by Weber. Historically, as mentioned, Brazilian public administration was based on patrimonialism, which is supported not by the administrative rationality but by the tradition. Living in a reality where a separation between public and private does not exist, this is the main reason, in this reality, why corruptive practices occur.

Stressed Leal⁵³ that, by the rational model of Max Weber, the State orders are political demonstrations, the reason why they hold national character. The power must be molded by a rational form, which is the law. The legality is what ensures the formal character of the administration of the power and the public administration, based on principles, aiming this way at the national security.

So arises the importance of the public ethics, precisely to follow the rational regulations, imposed to the Public Administration to be observed by its officials and in regard to the people related to it in the administrative context. If well established fulfilling the obligations, with strictly punishment of the offenders, they will be an efficient form to avoid and punish corruptive practices.

Based on foreign bibliography, Cortina⁵⁴ makes some notes about the “public ethics” expression, which is necessary to approach. Although the use of the term public ethics is common to refer exclusively to the behavior of institutions and people involved in political life and in public administration duties, for the author the use of that expression would be inappropriate and would even cause confusion. Any ethics in a pluralistic society will be aimed at publicity, to appear and express itself publicly, and also to serve the public. To Cortina, there would exist

51 PAIM, Antonio (Org.). *O patrimonialismo brasileiro em foco*. Campinas: VIDE, 2015, p. 17.

52 DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo. In: AVRITZER, et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 158.

53 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 48.

54 Aunque es cierto que en la vida corriente se hay introducido la expresión “Ética Pública” para referirse exclusivamente al comportamiento de las instituciones y personas relacionadas con la vida política y con el ejercicio de la Administración Pública, esa identificación es inadecuada y confusiva. En definitiva, cualquier ética que se presente en una sociedad pluralista tendrá pretensiones de publicidad, es decir, deseará presentarse en público, expresarse en público y servir para el público. Sólo que hay un tipo de ética específica de quienes ingresan en el mundo de la Administración Pública, a la cual convendría entonces denominar, para evitar confusiones, “Ética de la Administración Pública”, “de la Función Pública” o “del Servicio Público”.

only one specific type of ethics, which must be presented in the public administration, and to avoid confusion, should be called of one of the following ways: “Public administration Ethics”, “Public function Ethics” or “Public service Ethics”⁵⁵

There are disagreements in relation to the meaning and use of the term public ethics. It is observed that in the present study, it will be adopted the term Public Ethics, when referring to the principles and values which must be applied to the behavior of those who develop roles in the public service.

Public ethics would be the order considered fair and stable, in other words, the base of the social organization. It is the set of values, principles and also rights. It is the content of justice idea and the legal system that a society must have. Among the addressees of the public ethics are the authorities, law professionals, lawmakers, judges and officials, the same way, each person, considered a citizen.

In Cortina’s⁵⁶ words, ethics has a value in use, and not only personal, but also the organization ethics and the institutions of public life. To the author, it is correct to state that institutions and public organizations which work ethically acquire legitimacy and credibility to realize the tasks, which are obligations inherent in its mission, especially to the citizens, which are more and more conscious of public institutions roles.⁵⁷

To fight against corruption and reach the good public administration, it is necessary to establish in regulations, provisions of the behaviors which are considered ethical which must be adopted in the public sphere and also in the private sphere.

One of the formulas to fight against corruption in public administration, would be reinforcing public ethics and, as a consequence, recover the trust in institutions. Stressed Cortina⁵⁸ that the trust is acquired in our daily life, when trustworthy acts are realized. When the trust is present institutions are the ones benefiting from it, incorporating ethical habits, which form its character and that becomes part of its existence.⁵⁹

Ethics is considered an essential issue to Good Government and, on Mileski⁶⁰ words, it was from the end of the 90’s of the 20th century, that this matter started to indicate the necessity of implementing Ethical Codes in all governmental or administrative levels. Once again, the public ethics, in Cortina’s⁶¹ words is considered essential, a staple product in a public life. Without it the great institutions of the modern world and “post-modern”, which means, the State, the economy and the businesses, the professional and work activities, third sector or social sector, just do not work. It is a common sense that social relationships can be broken, although remain apparently working when the set of values is missing, such as credibility and

55 CORTINA, Adela. *Hasta um pueblo de demônios: ética pública y sociedade*. Madrid, España: Santillana/Taurus, 1998, p. 98.

56 Sin embargo, no es menos cierto que también la ética tiene un valor de uso, y no sólo la ética personal, sino también la ética de las organizaciones e instituciones de la vida pública, que es la que ahora nos importa. También es cierto que las instituciones y organizaciones públicas sólo si funcionan éticamente ganan la legitimidad a que deben hacerse acreedoras ante una ciudadanía cada vez más consciente de serlo y también la viabilidad, el permanecer realizando su tarea, que es la obligación a la que está ligada cualquier organización.

57 CORTINA, Adela. *Hasta um pueblo de demônios: ética pública y sociedade*. Madrid, España: Santillana/Taurus, 1998, p. 98.

58 El confianza no se confía, la confianza se gana a pulso en la vida cotidiana realizando actos dignos de ella, se la ganan las organizaciones e instituciones incorporando hábitos éticos, que van ya formando parte de su carácter, de su éthos.

59 CORTINA, Adela. *Hasta um pueblo de demônios: ética pública y sociedade*. Madrid, España: Santillana/Taurus, 1998, p. 101.

60 MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 145.

61 [...] la ética es un producto de primera necesidad en la vida pública, porque en ella las medidas jurídicas, con ser necesarias, resultan insuficientes. Lá ética es en la vida pública un producto de primera necesidad, en princípio, porque sin ella no funcionan las grandes instituciones del mundo moderno y “postmoderno”, es decir, el Estado, la economía y la empresa, las actividades profesionales y el “Tercer Sector” o “Sector Social”. Es público y notório que las relaciones sociales se quiebran, aunque em apariencia sigan funcionando, cuando faltan en ellas, prestándoles un soporte, los valores de credibilidad y confianza.

trust.⁶² Reinforces Gomes⁶³ that the ethical codes are documents that are supposed to meet requirements in the probity of the policy makers' behavior.

To Mileski⁶⁴, there must be a negative ethical, which contributes to eliminate abusive behaviors, fraudulents, prevaricators, which were previously standardized as administrative criminal offenses and violations. It must also be encouraged a positive ethical, in a sense of refreshing public service and its values, as well as the commitment with the tasks and functions of the public power.

Several countries have taken the initiative of developing their public ethical codes. The first reference is related to the Ethical Behavior Principles in the USA, since it is a country with a long experience in terms of ethical norms in public administration. By the decree number 12.731, of 1989, were established the Ethical Behavior Principles, in the following form: Legality, conflicting interests, honour, integrity, honesty responsibility, impersonality, impartiality, austerity, diligence, good Faith, objectivity and impartiality, exemplarity.

In Portugal⁶⁵ in the Portuguese Public Service Letter, are listed, as fundamental values of public employees: their actions performing in an exclusive interest of the service or the public interest; the neutrality in all the situations in which there are objectivity or impartiality; the responsibility; the competence related to the efficiency and integrity not to accept donations or any other type of present.

In the UK was published, in may 1995, Nolan Report⁶⁶, document considered essential for the discussion of the ethical behavior standards of the public officials, politicians, both parliamentarians and senior administration officials. Most of these recommendations were adopted and implemented in the UK, and currently are analysed and studied by universities around the world. The document approaches themes such as ethical responsibility, impartiality and public employees' corruption.

The seven principles of public life, recommended by the referred report are: public interest, integrity, objectivity, accountability (in a sense of accounting reports), transparency, honesty ad leadership. About each of them there are several references and situations presented by the text both related to the politicians and the public servants.

According to Perez⁶⁷ what is proposed against the lack of public ethics, as the seven famous principles of the Report which is called Mr. Nolan, is that, besides possible legal norms, mas be taken into account that any body creates its behavior code, in a clear way, and which must be precisely applied. So, it is necessary an effort of the public sphere in promoting the ethical formation of its employees and, finally, of implementing external oversight bodies.⁶⁸

Mileski⁶⁹ mentions that the Organization for the Cooperation and Economical Development (OCDE), by proposal of the public management Committee, in 1996, made

62 CORTINA, Adela. *Hasta um pueblo de demônios: ética pública y sociedade*. Madrid, España: Santillana/Taurus, 1998, p. 98-101.

63 GÓMES, Santiago Roura. Alguns aspectos-chave do combate à corrupção na Administração Pública. In: MENDES, G.F.; BRANCO, P.G.G. *V Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública - Tendências da Administração Pública - Escola de Administração de Brasília - IDP*. Série IDP Eventos. Brasília, 2016, p. 173.

64 MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 145-147.

65 PORTUGAL. *Diário da República - I - Série B*. Nº 64, 17-3-1993. Páginas: 1272- 1273. Disponível em: https://www.isa.ulisboa.pt/files/daf/nrh/pub/docs/enquadramento-legal/18_93.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.

66 NOLAN, Lord. Normas de Conduta para a vida pública. *Cadernos ENAP, nº 12*. Fundação Escola Nacional de Administração Pública. Normas de conduta para a vida pública. 1997. Disponível em: <http://antigo.enap.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=258>. Acesso em: 04 abr. 2019.

67 Ante esta situación, partiendo de los siete famosos principios del Informe que lleva su nombre, Lord Nolan proponía que, al margen de las posibles normas legales, se siguieran las siguientes vías: - Que todo organismo establezca su código de conductas, claras y precisas, que hay que hacer cumplir. -Que se esfuerzen en la formación ética de los funcionarios. - Y, por último, la implantación de unos órganos de control externo.

68 PÉREZ, Jesús Gonzáles. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. 2. ed. España: Thomson Reuters, 2014, p. 50.

69 MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 148-149.

a series of recommendations for the countries that integrate it, adopt measures to control the proper functioning of the institutions, seeking to foster a behavior in accordance with the public service ethic.

Within the European Union, as part of the overall reform of the administration, started in 1995 and accelerated in 1999, the following three behavior codes were edited: the Code of Commissioners, the Services Code and the Officials Code, which is the European Code of Good Administrative Behaviour.

Regarding the Code of Commissioners, it should be stressed that the European Commission is the executive body of the Union, composed of a Commissioner appointed by the EU Member State. It has a President who holds the place of the Commissioner of his country in the Commission, who submits the approval of the European Parliament to his policy. All Commissioners are questioned by Parliament before the European Commission is formally appointed.

The Code of Commissioners is a Code of Governors and is thought for its political performance. It provides the activities which are allowed, publishing rights and copyrights, gift rules, compensations, conflicts of interest, confidentiality and tasks rules. While the Code of Services seeks to regulate relationships between Commissioners and their offices, establishing loyalty and trust as principles and ensuring the full political responsibility of the Commissioners.

According to Mileski⁷⁰, the European Code of Good Administrative Behaviour, on the other hand, was endorsed by the European Parliament on 6th September 2001 to be applied by the institutions and bodies of the European Union, as well as their administrations and respective officials. The listed principles presented in it are: Legality; Equality; Proportionality; Equity; Absence of abuse of Power; Impartiality and Independence; Objectivity; Legitimate expectations, Coherence and advisory; Politeness; Reasonable time decisions adoption; Motivation of decisions; Indication of possibilities of appealing; Data protection; Conservation of appropriated records.

For Muñoz⁷¹ the UN is working to spread the access facility, implement policy investigations on how to foster ethics and fight against corruption in the public sphere. And in a document of hers, entitled the Millennium Declaration on Public Administration, were also presented provisions that refer to a Good Government, democracy, the improvement to provide basic social services, an administrative reform, integrated planning, citizen participation in decision-making, decentralisation, transparency, accountability and corruption.

The importance of seeking for public ethics lies in the sense that unethical behaviors end up corrupting the functioning of public bodies and also affect the image of the institution where corruption is practiced. This situation is considered common in governments and also in public administration. Reinforces Bautista⁷² that when ethics is present, corruption of values is disapproved by others, because they are badly seen practices, considered improper by those who adopt an ethical behavior, because there are people illegally benefiting.⁷³

Brazil has several documents dealing with the theme of Public Ethics, especially the Code of Professional Ethics of the Public Official of the Federal Executive Branch and the

70 MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 150-151.

71 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 123-125.

72 Cualquier actitud basada en antivalores corrompe el funcionamiento de los organismos públicos, situación común en distintos gobiernos y administraciones públicas. Con fundamento en la ética, la corrupción de los valores es mal vista, ya que se compone de una serie de actos indebidos por parte de personas que se benefician de manera ilegal e ilegítimo, con el añadido de afectar a la imagen de la institución donde ésta se practique.

73 BAUTISTA, Oscar Diego. *Ética pública y buen gobierno: fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público*. Toluca: Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2009, p. 139.

Code of Behavior of Federal High Administration. According to Leal⁷³ are considered the main aspects of regulation of these Codes of Ethics: a) Misuse of public office; b) Illicit enrichment in the exercise of the function – sponsorship of private interest regarding public administration (influence peddling); c) Violation of confidentiality; d) Use of privileged information; e) Provision of advice for private entities; f) Professional activity in parallel with the civil service; conflict of interests; g) Limitations for professional activities subsequent to the position held; h) Acceptance of gifts; i) Use of public resources and servers in private activities; j) Appropriation of funds or public material assets, among others. The basic norms for the protection of the rights of administrators, aiming at the best fulfilment of the public purposes, are provided in Law 9.784 of 29/01 of 1999, which regulates the administrative process within the Federal Public Administration.

Brazil has the assets declaration of the public servers in general. The law nº 3.164, from 01/07/ 1957, which is considered an important tool for the protection of public ethics. It instituted the mandatory public registration of values and property belonging to the private property of those who hold public positions in the Union, municipal entities, elective or not. Law 8.730, from 10/11/93, also establishes mandatory of all political agents and members of the judiciary and the Public Prosecutor's Office of the Union – that submit declaration of assets, indicating sources of income, at the time of possession and at the end of each financial year.

Leal⁷⁴ highlights the need to create institutional and social instances to give effectiveness to regulatory frameworks of Public Ethics, such as ethics committees, accounting offices, internal affairs office, among others. With these institutions, effective mechanisms of control and monitoring of Public Ethics were created, such as: audits, inspections, monitoring, performed by internal and external control agencies.

The idea of always attending to general interests is that it should govern the actions of anyone who performs a public function, both the authority, the civil servant or the politician. They serve the State and other public entities and not some kind of political or economic bias. In this line of argument, Pérez⁷⁵ stresses that programs of public ethics should be developed according to the concept of service performance, highlighting that the official is serving the collective.⁷⁶

And according to Cortina⁷⁷ the discredit that happens in institutions, due to the occurrence of corruption practices, is not only immoral or illegal, but demoralizes, and, what the author calls “take the mood”, in the medium and long term, of the society considered as a whole. In a discouraged and apathetic society, it is not possible to build anything solid.⁷⁸

In the words of Leal⁷⁹, corruption can reach any situation, phase or variable of the work processes, decision-making process and even executives of the institutions. Corruption can be present from the request to carry out the processes, to the conception and planning of them, as

73 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 65.

74 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 65-66.

75 La idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realice una función pública, autoridad el funcionario, político el empleado. Están al servicio del Estado y otras entidades públicas y en el de “parcialidad política o económica alguna”, en palabras de la Ley venezolana contra la corrupción. Consecuentemente, los programas de Ética pública se elaboran sobre la idea de servicio, tratando de inducir la idea de que el funcionario está al servicio de la colectividad.

76 PÉREZ, Jesús Gonzáles. *Corrupción, ética y moral em las administraciones públicas*. 2. ed. España: Thomson Reuters, 2014, p. 157.

77 Ciertamente que si el engañado es débil, en indignación o en desidia queda su desacuerdo, porque el derecho es eficaz sólo en manos de los poderosos. Pero no es menos cierto que este paulatino descrédito de las instituciones no sólo es inmoral, no sólo es ilegal, sino que desmoraliza, roba el ánimo al medio y largo plazo a la sociedad en su conjunto, y en una sociedad desanimada no puede emprenderse nada sólido.

78 CORTINA, Adela. *Hasta un pueblo de demônios: ética pública y sociedade*. Madrid, España: Santillana/Taurus, 1998, p. 99.

79 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 69.

well as in their preparatory phases, in the execution, and even, when the results are presented.

Therefore it is demonstrated how necessary it is to fight against corruption, through codes of public ethics, which establish what behavior should be adopted for those who work in public administration and also for those who, at some point, are related to it. Moreover, it is predominant that those who engage in deviant behaviour must have exemplary punishments, established in the referred codes, since impunity fosters corrupt behaviour and brings even more discredit and distrust to the institutions.

5 CONCLUSIVE NOTES

Corruption occurs since the beginning of national history, as it happened practically at all times, including during the years of military Dictatorship. It is observed that in this historical period, due to the imposition of censorship, there was no access to information about its occurrence, some situations only came to be publicized by a circumvention of the press.

The patrimonialism, which was the model of state organization, adopted in the country, certainly, can be considered one of the historical causes of corruption in the national Public Administration. As demonstrated in the present study, there is not in this model, the adoption of legal and rational codes in public management, because tradition prevails, where there is a lord and his companions (resembling the role of subjects) who owe him favors and obedience, who holds political and economic power. In this way, corruption presents itself as a behavior that degrades the public interest in favour of the private. Another aspect that characterizes negatively the Brazilian public administration is that culturally it did not stimulate meritocracy.

Brazil does not respect, or little adopted, a rational form of public management conceived by Max Weber. Historically, the Brazilian public management was based on patrimonialism, which is based not on management rationality, but on tradition. Living in a reality where “confusion” between the public and the private, is precisely this reality that enhances the occurrence of corruptive practices.

By Max Weber’s rational model, state orders are manifestations of political power, so they have a rational character. Power must be shaped by a form of rationality, which is the law. Legality is the one that ensures the formal quality of power administration and of the Public Administration, based on principles, aiming at social security. Here is the importance of public ethics, precisely of following the rational regulations, imposed for the Public Administration to be observed by its servers and in relation to the people who relate to it, in the administrative context. If well established with the fulfillment of their determinations, with strict punishment to their transgressors, they will be an efficient way of avoiding and punishing corruptive practices.

Public ethics constitutes itself as being the order considered fair and stable, which is, the basis of social organization. It is the set of values, principles and also rights. It is the content of the idea of justice that the legal order of a society must have. Among the addressees of public ethics are authorities, law professionals, legislators, judges and officials, and likewise, every person, considered as a citizen.

In order to fight against the evil of corruption and to achieve good public administration, it is necessary to establish, in regulations, provisions of ethical conduct that must be adopted in the public and private spheres. Countries that adopt codes of public ethics, some used even as a reference for other countries, were mentioned and pointed out in the present study, which now concludes, some of its main aspects. It is possible to stress that, all these codes of public ethics, adopted, mainly in European countries, have in common, as their main objective, to establish public ethics, for who works and relates with it, and also determine effective punishment for when corrupt practices occur.

REFERENCES

- BAUTISTA, Oscar Diego. *Ética pública y buen gobierno: fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público*. Toluca: Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2009.
- BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre o poder público e as relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.
- BOBBIO, N.; MATTEUCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.
- CORTINA, Adela. *Hasta um pueblo de demônios: ética pública y sociedade*. Madrid, España: Santillana/Taurus, 1998.
- CUNHA, Ary Ferreira da. Causas e consequências da corrupção: uma breve introdução jurídico-econômica. In: CUNHA, Ary Ferreira (Coord.). *IV Congresso de Direito Fiscal*. Porto: Quid Juris Sociedade, 2014.
- DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo. In: AVRITZER, et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- DROIT – FINANCES (droit-finances.commentcamarche.net). *La corruption: définition et sanctions*. Março de 2016. Disponível em: <http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/1320-la-corruption-definition-et-sanctions>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- ETZIONI, Amitai. *Capital corruption: the new attack on American democracy*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1984.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- GABARDO, E.; REIS, L. E. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, R. D. da; CASTRO, R. A. P. de. (Org.). *Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GÓMES, Santiago Roura. Alguns aspectos-chave do combate à corrupção na Administração Pública. In: MENDES, G.F.; BRANCO, P.G.G. *V Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública - Tendências da Administração Pública- Escola de Administração de Brasília – IDP*. Série IDP Eventos. Brasília, 2016.
- GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013): atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRECO, L.; TEIXEIRA, A. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, A.; TEIXEIRA, A. (Orgs.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.
- JAIN, Arvind K. *Corruption: a review*. Journal of Economic Surveys. Volume 15, Issue 1, February 2001. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-6419.00133/epdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.
- LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011.

- MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. *Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- NOLAN, Lord. Normas de Conduta para a vida pública. *Cadernos ENAP, nº 12*. Fundação Escola Nacional de Administração Pública. Normas de conduta para a vida pública. 1997. Disponível em: <http://antigo.enap.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=258>. Acesso em: 04 abr. 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PAIM, Antonio (Org.). *O patrimonialismo brasileiro em foco*. Campinas: VIDE, 2015.
- PÉREZ, Jesús Gonzáles. *Corrupción, ética y moral em las administraciones públicas*. 2. ed. España: Thomson Reuters, 2014.
- PETRELLUZZI, M. V.; JUNIOR RIZEK, R. N. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PORTO, J. P.; MERINO, M. 2014. *Definición de corrupción*. Disponível em: <http://definicion.de/corruptcion>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- PORTUGAL. *Diário da República – I – Série B*. Nº 64, 17-3-1993. Páginas: 1272- 1273. Disponível em: https://www.isa.ulisboa.pt/files/daf/nrh/pub/docs/enquadramento-legal/18_93.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.
- SILA, Jorge da. *Criminologia Crítica: Segurança Pública e Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.
- THE WORLD BANK GROUP. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*. Poverty Reduction and Economic Management The World Bank. September 1997. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009 (reimpressão).

Recebido em: 01.06.2020

Aprovado em: 12.11.2021

Como citar este artigo (ABNT):

RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. The patrimonialist model adopted in the organization and formation of the brazilian state, the consequential corruption and the need for adoption of public ethics codes. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.71-90, set./dez. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2022/01/DIR45-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

ESTRATÉGIAS JURÍDICO-CONSUMERISTAS E PERSPECTIVA COMPARADA NA APRECIÇÃO DAS OBSOLESCÊNCIAS PERCEPTIVA E PROGRAMADA

LEGAL/CONSUMERIST STRATEGIES AND COMPARED PERSPECTIVE IN THE PERCEPTIVE AND PLANNED OBSOLESCENCE ASSESSMENT

Rhuan Filipe Montenegro dos Reis ¹
André Pires Gontijo ²

RESUMO: Este trabalho analisa o fenômeno da obsolescência sob a óptica da justiça ambiental, bem como dos direitos e garantias consumeristas. Assim, busca-se compreender a historicidade das obsolescências no processo produtivo internacional sob um prisma geral. Analisa-se também os contrapontos e as possíveis soluções legísticas e (extra)judiciais entre o Direito de Empreender e percepção de riscos ecológicos e consumeristas, que serão discriminados. Na esteira dos princípios gerais de Direito, da interdisciplinaridade, da legislação pátria e do Direito Comparado, oferecem-se subsídios para compreensões desse fenômeno multifacetado em possíveis demandas judiciais e, ademais, analisar referenciais teóricos e princípios legais utilizados pela jurisprudência já erigida sobre esse tema. Verifica-se proeminente lacuna de pesquisa na doutrina, sobretudo na tratativa jurídica comparada desse fenômeno. Outrossim, fica eleito, enquanto método de pesquisa, uma revisão literária integrativa entre os principais diplomas mundo afora; princípios e comandos nacionais; e fundamentos metajurídicos, analisando-se, sempre que possível, as possibilidades de interação entre eles. Visa-se, enquanto problemática, compreender quais soluções já dispomos para judicializar tais questões e quais são as ferramentas percebidas ao redor do mundo que afiguram tutela desse tema, fincam-se hipóteses de que há compatibilidade interna com as disposições estrangeiras e de que dispomos de meios para, na ausência de diploma específico, judicializar, de forma substancial, a questão, hipótese cuja conclusão tende a corroborar.

Palavras-chave: direito ambiental; direito do consumidor; direito empresarial; gestão ambiental e sustentabilidade; obsolescência planejada e programada.

ABSTRACT: This work analyzes the phenomenon of obsolescence under the perspective of environmental justice as well as consumer rights. In this sense, this article pursues to understand the historicity of obsolescence in the international production process, as the counterparts and possible legislative and (extra)judicial solutions to harmonize the right to undertake and the tutelage of ecological and consumer risks discriminated. In the general principles of law, metajuridic elements, national legislation and comparative law, this research offers some theoretical subsidies for this phenomenon in judicial demands, theoretical references and legal principles already constructed in this theme. It is verified a research gap in the legal literature, especially in the comparative legal perspective to this phenomenon. Otherwise, it is elected an integrative literary review concerning international normative structure, principles and national commands, analyzing possible the possibility of interaction between them. As a problematic research, this paper seeks the resorts that Brazilian law have already taken to judicialize this kind of questions and what are the perceived tools around the world to sharpen tutelage of this theme, with the hypotheses that there is internal compatibility with foreign provisions and has a means of specific legal institutes that allow to treat judicially and substantially that issue, which is confirmed in the conclusion.

Keywords: environmental law; consumer law. comercial law; environmental management and sustainability; technical and programmed obsolescence.

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário do Distrito Federal. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

² Master in Law by the Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Professor of Criminal Procedure at the referred University. Coordinates the University Extension Project: coping with Domestic and Family Violence: Women's Rights, in Santa Cruz do Sul/RS. Prosecutor. E-mail: eduardoritt@mprs.mp.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o fenômeno da obsolescência planejada e perceptiva, assim como as suas possíveis respostas legais e jurisdicionais. Num primeiro momento, faz-se o exame da obsolescência, de seus lastros historiográficos, suas classificações e dos elementos metajurídicos oferecidos pela economia e pela gestão da inovação que possam auxiliar na sua conceituação, enlaçando também os impactos ambientais gerados pelas empresas que adotam esta postura comercial. Em sequência, será feita uma análise da legislação e dos precedentes consolidados pelos tribunais em nosso país, tal como o chamado direito ao reparo e seus desdobramentos nas relações interempresariais.

Ao final, procede-se a uma minudente apreciação de outros ordenamentos jurídicos, incorporando à metodologia do trabalho o Direito Comparado, que se presta também a investigar como diversos países vêm lidando com essa temática, de modo a buscar nessas experiências internacionais subsídios para compreensão jurídico-política da obsolescência e, sempre que possível, contrastando as diversas leis e políticas no âmbito global com a estrutura jurídica pátria, apurando também a viabilidade de internalização das soluções adotadas por outros estados soberanos. Como método de estudo, utiliza-se também uma ampla revisão bibliográfica integrativa, o que congloba textos técnicos-científicos e jornalísticos nacionais e estrangeiros para coligir e compreender soluções estrangeiras e que são endereçadas ou ensaiadas internamente.

2 OBSOLESCÊNCIA: CLASSIFICAÇÃO, LASTROS HISTORIOGRÁFICOS E OS IMPACTOS AMBIENTAIS

A obsolescência é um mecanismo amplamente difundido entre as grandes corporações mundiais e cada vez mais presente na sociedade contemporânea. À luz do vernáculo, define-se obsolescência como um fato ou processo que torna algo obsoleto, isto é, em desuso ou não mais servível, seja pela própria percepção do consumidor que vê determinado bem como anacrônico ou ultrapassado, seja por um empecilho físico planejado com antecedência pelo próprio produtor com vistas a comprometer, num dado tempo, parcial ou totalmente o funcionamento de um determinado bem. Verificar-se-á as várias estratégias comerciais de viabilização desse fenômeno.

Esse esforço produtivo em reduzir a vida útil ou a induzir o consumidor à troca de certos produtos – mesmo aqueles em bom estado de funcionamento – representou uma grande quebra de paradigma no setor empresarial – sobretudo na década de 1920, pois a intenção que predominava na atividade comercial como um todo tencionava-se para o aumento da durabilidade dos bens produzidos, tendo em vista a incrementar a qualidade dos produtos e assim agradar o consumidor final. No entanto, os grandes produtores começavam a formular uma percepção que atualmente é notória e cada vez mais intuitiva entre os profissionais dos ramos empresarial e econômico, qual seja o aumento na durabilidade dos produtos está atrelado a risco de diminuição da procura por novos bens.

Ao constatar os efeitos deletérios que a tendência em aumentar ou manter elevados índices de durabilidade de determinados produtos geravam, como diminuições substanciais no consumo, as empresas se viam estimuladas a formular estratégias que incrementassem a demanda por novos bens. Nesse ímpeto, inúmeros são os recursos para estimular o consumo. Mancía³ resume as estratégias identificadas por Packard⁴.

3 MANCIA, Karin Cristina Bório. *Proteção do consumidor e desenvolvimento sustentável: análise jurídica da extensão da durabilidade dos produtos e o atendimento à função socioambiental do contrato*. 2009. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 59.

4 PACKARD, Vance. *A estratégia do desperdício*. São Paulo: Ibrasa, 1965.

1) estimular a compra de vários itens de um mesmo produto (Há sempre lugar para mais); 2) incentivar a aquisição de um novo produto, desfazendo-se do velho (Progresso através do espírito de jogar fora); 3) incentivar a substituição de peças, ao invés de concertá-las, quando não conseguiram convencer o consumidor a jogar o produto fora; 4) dificultar os meios de o consumidor ter conhecimento sobre o valor real do produto, promovendo constantes liquidações (Progresso através do caos planejado); 5) facilitar a obtenção de empréstimos e financiamentos para a compra de bens de consumo (Vendendo no “nunca-nunca”); 6) incentivar o hedonismo, buscando eleger o prazer individual e imediato como o único bem possível (Hedonismo para as massas); 7) estimular o aumento da população, aumentando desse modo o número de consumidores em potencial (Progresso através da proliferação de gente); 8) utilizar alguns meios específicos para atingir a obsolescência programada (Progresso através da obsolescência planejada).

Entre as tantas possibilidades identificadas pelos grandes empresários, uma escolha bem-sucedida, atrelada à não contrariedade dos ordenamentos jurídicos pertinentes e à implementação de estratégias que estivessem ao alcance dos empresários, seria a da obsolescência, isto é, o ato de levar um produto ou modelo em desuso, que foi implementada naquilo que parecia ser mais exequível e que, como se confirmou, não trouxe grandes consequências jurídicas.

O primeiro acontecimento histórico de implementação da obsolescência foi a formação do cartel *Phoebus*, formado por grandes empresas como *Osram*, *Philips* e *General Electric*, que tinha como escopo a redução da vida útil das lâmpadas que fabricavam para 1000 horas, ocupando seus insumos e serviços de engenharia em projetar as mudanças que garantiriam tal meta⁵.

Porém, a expressão obsolescência planejada seria apresentada por Bernard London⁶ num forte relato sobre como a obsolescência poderia ser utilizada para aquecer a economia estadunidense após a Crise de 1929, como forma de reordenar a economia, até então caótica, criar empregos e estimular a entrada de tributos para o governo. Nesse mesmo afã de estimular o processo da obsolescência e impulsionar a economia, Victor Lebow⁷, no contexto do pós-segunda guerra, redigiu em 1955 o icônico texto *Price competition*, que descrevia o artifício da obsolescência nos seguintes termos:

Nossa enorme economia produtiva demanda que façamos do consumo nosso estilo de vida, que convertamos a compra e uso de bens em rituais, e que busquemos nossa satisfação espiritual, e a satisfação de nossos egos no consumo. Nós precisamos que as coisas sejam consumidas, queimadas, destruídas descartadas em um ritmo cada vez mais acelerado. Precisamos que pessoas tenham de comer, beber, se vestir, dirigir e viver de formas cada vez mais complexas e assim constantemente expandir o consumo.

Nesse ponto, a obsolescência não ficaria cingida a uma dimensão tecnológica que, por meio de mudanças na concepção do produto, limitaria sua vida útil, mas passa a contemplar fatores psicológicos que moldam o comportamento do consumidor no sentido de estimular a aquisição de novos produtos e o desfazimento dos antigos, seja por constantes mudanças

5 *COMPRAR, Tirar, Comprar: a História Secreta da Obsolescência Programada*. Direção: Cosima Dannoritzer. Coprodução: Media 3.14.e Article Z, 1 (75 min), color. Título original: *Comprar, tira, comprar*. 2011.

6 LONDON, B. *Ending the Depression Through Planned Obsolescence*. Universidade de Wisconsin - Madison, 1932.

7 LEBOW, V. *Price competition in 1955*. In: *Journal of Retailing*. XXXI(I), 1955.

no *design* e visual destes, na vinculação de publicidades que levam à crença de que certos equipamentos estão ultrapassados, ou inovações incrementais⁸ nos modelos que encorajam a compra do mesmo bens com diferenças mínimas, assim como conduzem ao inexorável descarte de produto menos recente. Vê-se, portanto, que há uma ampla gama de estratégias capazes de induzir os indivíduos à percepção de que determinado bem entrou em desuso.

Por sucedâneo, torna-se possível destacar algumas características da obsolescência, o que defendemos ser um modo de *desejo artificializado*, sobretudo quando se estimula a aquisição de outros produtos, mesmo quando esses estão em perfeito estado de funcionamento. Há também o que aqui nomeamos *evolução anunciada*, isto é, quando uma dada característica ou função desempenhada pelo produto é ligeiramente aprimorada por modelo ulterior. Nessa dimensão, por vezes, a própria companhia promove uma série de inovações de menor monta, para induzir sentimento atraso nos consumidores de aparelhos mais antigos, noutros termos, a estratégia comercial consiste em promover os aprimoramentos tecnológicos a conta-gotas, de forma a investir fortemente em estratégias de marketing com o fito de anunciar cada evolução. E, finalmente, realiza-se a diagnose *da fragilidade induzida*, quando a própria concepção do produto se direciona a um curto de tempo de funcionalidade ou inutilização progressiva.

Packard⁹, por exemplo, fala em *obsolescência de desejabilidade*, que se dá no âmbito psicológico, à diferença da *de função* e *de qualidade* que dizem respeito, respectivamente, ao aprimoramento dos novos modelos e à fragilização do produto já posto em circulação. Zalles-Reiber¹⁰ cria as categorias *Ästhetisch-kulturelle* (obsolescência estético-cultural) e *Soziale Obsoleszenz* (obsolescência social). O primeiro dos fenômenos está atrelado ao conceito de moda¹¹, quando o consumidor vê na aquisição de um dado produto uma possibilidade de evidenciar seu gosto individual perante determinado grupo social, quando se atribui, a dado objeto, um significado de extensão de sua personalidade. O segundo é impulsionado por um desejo de adesão a um agrupamento social por intermédio da aquisição de determinados bens. Conquanto o primeiro trata de um *efeito exógeno* – de uma expressão subjetiva projetada para o meio social –, no segundo, tem-se *efeito endógeno*, em que o consumidor se vê compelido a aderir a determinada tendência para assim associar-se ou ser aceito.

Nesse aspecto, as estratégias comerciais para a implementação da obsolescência se dividem em duas frentes: na obsolescência programada e na obsolescência perceptiva. Diante disso, deve o intérprete – no momento em que apreciar uma questão atinente à obsolescência – não tratar esse processo de forma estanque, dissociado das fontes materiais de direito e dos elementos metajurídicos, sem atentar para especificidades no caso concreto ou mesmo relevar tipo de obsolescência que se verifica. Nesse intento, aqui se destaca um concerto entre engenhos de teor tecnológico e psicológico-social, mormente quando as estratégias comerciais combinam: (i) soluções industriais para inovações incrementais sucessivas nas versões de um produto ou implementar métodos sub-reptício para redução do seu tempo útil; (ii) soluções publicitárias para dissuadir o consumidor a proceder atualizações constantes em seu patrimônio.

8 Inovações que não mudam substancialmente os produtos, tão pouco altera as funcionalidades básica, mas sim incorpora um novo elemento a um produto já pré-definido, consistem em alterações mínimas.

9 ZALLES-REIBER. *Manuel. Produktveralterung und Industrie-Design*. In: Schriftenreihe Produktentwicklung & Industriedesign. Akad. Verlag, 1996.

10 GEIER, Nina. *Geplante Obsoleszenz und ihre Auswirkungen auf Produkt- und Kommunikationsstrategien der Unternehmen*. Mittweida, Germany. Hochschule Mittweida. Bachelor Thesis, 2013, p. 9.

11 LIMA, Gabriela Eulalio de; ANDRADE, S. L. A logística reversa e o enfrentamento do fenômeno da obsolescência programada. *Direito da Cidade*, v. 10, p. 1236-1255, 2018.

Sabe-se que a repercussão da obsolescência não fica adstrita ao campo consumerista. Pode-se citar os impactos nos processos de reforma, reuso, reutilização ou recuperação de bens. A obsolescência gera importantes impactos ambientais, não só no que se refere ao descarte acelerado de resíduos sólidos, mas afetando todo ciclo da vida útil de um produto, de modo a desafiar soluções que ultrapassem empreitadas *legísticas* e judiciais, e.g. ferramentas complexas como logística reserva¹², mas também políticas de conscientização conhecidas como *nudges* para melhor gerenciamento dos resíduos em nível individual e domiciliar¹³, ou mesmo no contexto urbano. Instrumentos que podem se dar no seio da própria comunidade ou como manifestação da cultura organizacional em operações privadas, de modo a fincar noção dialógica com as medidas da Administração. Também a superaceleração no processo de desfazimento do bem provoca a propagação de substâncias tóxicas como o ascarel, bastante utilizado em componentes de refrigeração, pilhas e baterias, o chumbo presente em soldas, o mercúrio em termostatos, lâmpadas, chaves etc¹⁴.

Os danos à saúde causados pelos resíduos, sobretudo os eletrônicos, abarcam desde reações alérgicas até efeitos teratogênicos e carcinogênicos. Muitos desses elementos e substâncias contaminam também a fauna aquática, processo intensificado pela *biomagnificação* e *bioacumulação*, influem diretamente na composição florística através de fatores como absorção celular, a contaminação do solo. Por fim, a qualidade dos recursos hídricos fica prejudicada quando verificados fenômenos como a lixiviação. Em razão dos danos à saúde e ao meio ambiente, torna-se necessário buscar a superação dos modelos lineares de consumo, que restringem o fenômeno consumerista à relação consumidor e comerciante. Em homenagem ao princípio da ubiquidade e à solidariedade intergeracional, é preciso considerar com seriedade os efeitos do consumo na saúde coletiva e nas necessidades da geração futura. Direitos esses que ganharam *status* constitucional (Art. 225 e Art. 196). Nesse sentido, a Lei 13.819/2015, constitui importante diretriz educacional para difusão do consumo sustentável nos meios sociais.

3 FORMAS (IN)JUSTAS DE OBSOLESCÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA JUSTIÇA CONSUMERISTA

Além do contexto histórico, outro aspecto importante para a caracterização da obsolescência é a intencionalidade do agente produtor em tornar algo a curto prazo inservível ou obsoleto. É inevitável que haja uma depreciação natural que resulta ora do degaste e perda de desempenho (que progridem conforme o uso) ora da diminuição do valor econômico, não sendo sensato o empresário ser responsabilizado por toda e qualquer depreciação do produto.

A obsolescência não necessariamente decorre da intenção de se produzir algo de forma a reduzir sua vida útil ou no estímulo do consumo. Pode ser um processo natural imerso no ciclo das inovações tecnológicas. É o que ocorre com o aparecimento de um produto completamente novo e cuja funcionalidade supera a de produtos que eram projetados para o mesmo fim. Essa modalidade de obsolescência chamada de técnica (ou de função) seria um resultado natural da evolução tecnológica.

12 LIMA, Gabriela Eulálio de; ANDRADE, S. L. A logística reversa e o enfrentamento do fenômeno da obsolescência programada. *Direito da Cidade*, v. 10, p. 1236-1255, 2018.

13 MORAIS VILA-NOVA, Carlos.; RIBEIRO CARDOSO, Henrique; KNOERR, Fernando Gustavo. "Nudge" no manejo dos resíduos domiciliares como premissa para a responsabilidade socioambiental. *Percurso (CURITIBA)*, v. 4, p. 304-319, 2019.

14 NATUME, R. Y.; SANT' ANNA, F. S. P. Resíduos eletroeletrônicos: um desafio para o desenvolvimento sustentável e a nova lei da política nacional de resíduos sólidos. In: *International Workshop Advances in Cleaner Production. Cleaner production initiatives and challenges for a sustainable world*. São Paulo, 2011, p. 4.

Para David Harvey¹⁵, um dos principais atributos do sistema capitalista certamente é a dinamicidade tecnológica e organizacional, que ocasiona constantes inovações. Uma das funções do Estado é a de estimular as inovações nos diversos âmbitos públicos ou privados, até por força de disposição constitucional (Art. 219, §1º, CF), na medida em que estas integram o patrimônio nacional. O combate a certas práticas de obsolescência não deve se confundir como embaraço ao direito à inovação, nesse sentido caminham Gibson e Skarzynski¹⁶ :

Isso pode ser muito perigoso num mundo de mudanças hiperaceleradas, em que as estratégias e modelos empresariais tornam-se obsoletos da noite para o dia (...) o segredo disso tudo é encontrar uma forma de desatrelar e focar a inovação ao mesmo tempo. A diversidade é bem-vinda, mas ainda é preciso encontrar uma forma de evitar exageros (...) o equilíbrio entre essas duas facetas da inovação é uma arte delicada.

Ressalvadas a depreciação natural que possa ocorrer e a obsolescência técnica como uma consequência natural no ciclo das inovações, há de se destacar que estimular o consumo por meio de propagandas e peças publicitárias é uma prática *a priori* desnuda de antijuridicidade, em que pese a Constituição Federal reservar à União a competência para legislar acerca de propagandas comerciais (Art. 22, XXIV, CF). Naturalmente, há a possibilidade de limitar tal direito, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que prevê a defesa do cidadão contra propagandas enganosas e abusivas.

Técnicas como interpretação extensiva e analogia *in juris*, utilizadas pelos tribunais, só se fazem necessárias diante da letargia dos demais poderes em pautar a problemática da obsolescência perceptiva. Se, por um lado, a excessiva regulamentação legal é muitas vezes indesejada pelo setor empresarial, por outro, o Judiciário, que não pode se omitir em razão do princípio do *non liquet* (Art. 5º, XXXV, CF). A inafastabilidade do Poder Judiciário pode vir a render entendimentos volúveis, mesmo diante do princípio da uniformização da jurisprudência (Art. 926, CPC), pois se demanda tempo até que mecanismos processuais de uniformização (súmulas, embargos de divergência e incidentes de resolução de demandas repetitivas) possam estabilizar as decisões.

O Judiciário decide o que considera publicidade enganosa, incumbindo-se aos Tribunais Superiores darem a última palavra acerca dos dispositivos contidos no CDC. O STJ decidiu recentemente sobre propagandas enganosas afetas à modalidade de *obsolescência perceptiva*. Na decisão prolatada no Recurso Especial (REsp) 871.172/SE, a quarta turma pronunciou que enganosa é a propaganda que anuncia “o lançamento, em um mesmo ano, com pequeno intervalo de tempo, de dois modelos do mesmo automóvel, ambos divulgados como sendo o novo modelo do próximo ano”¹⁷.

Igualmente, outra decisão¹⁸ também resultou na indenização da empresa FIAT pelo lançamento de dois veículos – um “modelo 2007” e outro “2006” – praticamente no mesmo período (julho de 2006). Entendeu o tribunal que a fábrica automotiva “utilizou-se de uma técnica de estímulo ao consumo e, pouquíssimo tempo depois, feriu expectativas legítimas dos consumidores, lançando carro totalmente diverso, esse verdadeiramente modelo 2007”.

15 HARVEY, David. *Condição pós-moderna*: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Edições Loyola, 1979.

16 GIBSON, R.; SKARZYNSKI, P. *Inovação*: prioridade nº 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 130.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 871.172/SE*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 24/08/2016.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.342.899/RS*, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 09/09/2013.

Decisões como essa possuem como parte de sua fundamentação lastro na boa-fé objetiva, nos costumes e práticas de mercado e nas expectativas contratuais dos consumidores.

Do precedente em apreço, é possível identificar a obsolescência perceptiva: relevante quebra de expectativa consumerista, insuficiência no âmbito informacional e violação à boa-fé objetiva. Porém, outro precedente revela uma *decisum*¹⁹ contrária àquelas proferidas pelo STJ. No caso do lançamento de uma nova linha de *tablets* da marca *Apple* num curto espaço de tempo, afirmaram os desembargadores que o CDC não define obrigação de informar modelos tecnológicos futuramente lançados, entendendo que uma nova geração dos produtos nada mais é do que fruto das inovações empresárias.

Como denominador comum, os casos têm o binômio costumes mercadológicos e expectativas consumeristas. Todavia, oferecem interpretações dissidentes com relação à mesma postura comercial. É importante uma uniformização da jurisprudência com o estabelecimento de critérios mais claros.

A obsolescência perceptiva como fato social se alia a aspectos como coercibilidade e externalidade, conforme apresentados por Durkheim, pois foge à esfera individual, perfazendo os sinuosos caminhos das expectativas sociais. Nesse contexto, pode o Estado adotar duas posturas. A primeira delas contempla a educação dos consumidores para que tomem ciência do fenômeno e, munidos de tal noção, possam melhor valorar tal fato social, contribuindo, através de suas escolhas, para o sucesso/insucesso de empresas que pratiquem ou enjeitem tais estratégias mercadológicas. Outra atitude possível refere-se à regulação/repressão do fenômeno publicitário, que se resume na “noção de que alguém, com discernimento superior, pode nos tutelar com vistas (pretensamente) a nosso próprio bem”²⁰.

Mesmo se posicionando pela progressiva regulação da publicidade/propaganda há sempre que se primar pela clareza dos termos em que esta intervenção ocorrerá, não apenas onerando o setor empresarial, mas esclarecendo a ideia do que entende como probo ou justo dentro das práticas de estímulo ao consumo. Pormenorização que pode se efetivar pelo poder regulamentar da administração pública, pois, por mais que o consumidor seja parte hipossuficiente da relação contratual, decidir ou não pela compra de um novo produto, motivado por inovações (mesmo que mínimas), é um ato regular de disposição patrimonial.

A obsolescência programada, por sua vez, aparenta hastear maiores prejuízos ao consumidor na medida em que restringe, de forma gradativa, o desempenho de determinados produtos ou mesmo reduz sua vida útil por meio de uma variedade de subterfúgios. Tem por fim compelir o consumidor à troca de modelos antigos por novos, o que inclui dificultar a substituição de componentes – como ocorre com aparelhos telefônicos de bateria selada, fornecimento de peças para reposição a preços muito elevados, fabricação de componentes mais frágeis, imposição de constantes atualizações de software em instrumentos telemáticos, que comprometam o desempenho destes, ou o não fornecimento de *updates* de forma a impossibilitar acesso à determinadas funções, incompatibilidade de acessórios (v.g. carregadores e fones) em novas versões do aparelho.

Dentre essas questões, poucas foram conduzidas para a apreciação do Judiciário. Entre as analisadas, percebe-se maior enfoque na disposição de peças de reposição até pela própria disposição legal do CDC, que assevera:

19 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 5ª Turma. Apelação Cível. 2013011016885-2 APC - 0004876-72.2013.8.07.0001. Rel. Des. Angelo Passareli. Acórdão 1073857.

20 MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação de preferências. *Opinião Pública*, 2015, v. 21, n. 3, p. 601-625.

Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

Além disso, menciona-se no âmbito principiológico do CDC que é garantido ao consumidor os bons padrões de qualidade de um produto, inclusive aqueles referentes ao seu desempenho e durabilidade, como bem dispõe o artigo 4º (II, “d”). Uma solução legislativa interessante seria a exigência de informações precisas e detalhadas como a relação de estimativas da vida útil do produto e seus principais componentes. Isso inculcaria nos consumidores uma nova tendência de mercado, motivando a busca por empresas que invistam na durabilidade de seus produtos, revertendo, assim, o caminho traçado pela indústria desde o Cartel *Phoebus*.

Ao comprador, nas relações de consumo, deve ser reservado o direito de manter o seu bem em estado adequado de funcionamento e compatível com todas as funcionalidades ambicionadas e percebidas no momento da aquisição; e que o consumidor não tenha, acodadamente, que trocar de aparelho sempre que um componente falhar ou apresentar vícios. Nesse contexto, um dispositivo de proteção ao consumidor contra a fragilidade dos componentes certamente seria o dos vícios redibitórios (Art. 26, CDC), posto que a obsolescência, nesse caso, remete a um aspecto funcional oculto que dá azo para diminuição do valor do bem. Precisamente essa questão apareceu em decisão recente do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR): “Isso, porque entende-se que o vício oculto sempre existiu, ou seja, é oriundo de fabricação, mas demorou a se fazer aparente. [...] a circunstância mostra-se adequada com a atual política de mercado em que se verifica a redução artificial da durabilidade dos produtos”²¹.

4 DIREITO AO REPARO E RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS

A revista *The Economist*²² publicou recentemente uma matéria intitulada *If it's broken, you can't fix it – Se está quebrado, você pode consertar*, em tradução livre. O artigo aborda o chamado *right of repair* (direito ao reparo) destacando um crescimento de mercados alternativos, paralelos ao que se convencionou chamar de autorizadas, estabelecimentos das próprias fabricantes ou que tenham anuência para, em nome delas, executar reparos de equipamentos distribuídos e comercializados pelas empresas. O aumento de mercados secundários nesse setor comercial se deve aos altos preços praticados pelas autorizadas além de sua escassa disponibilidade, democratizando e ampliando o acesso ao reparo como alternativa economicamente mais viável. Essa é uma realidade cada vez mais presente no Brasil, em que se destaca a criação de toda uma atividade econômica organizada voltada para o aumento da vida útil de determinados bens. Isto resulta na adoção de um padrão ecologicamente mais viável, na medida em que protela o descarte constante dos aparelhos como um todo, demandando-se a reparação de poucos componentes ou simples assistência técnica.

21 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Turma Recursal. *Recurso 0011672-69.2015.8.16.0030/0* - Foz do Iguaçu. Rel. Aldemar Sternadt, julgado em 08/07/2016, p.2.

22 IF IT'S BROKEN, YOU CAN'T FIX IT – a “right to repair” movement tools up. *The Economist*. Business Section. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/business/2017/09/30/a-right-to-repair-movement-tools-up>. Acesso em: 12 nov. 2019.

Vê-se que o direito ao reparo é uma alternativa salutar e alinhada com a disposição dos Arts. 170 e 225 da Constituição. Contudo, é preciso estar atento para um possível lobby e influências legislativas contrárias a esse movimento, que coíbam o crescimento desse mercado, deslocando-o progressivamente para o âmbito da informalidade. O que configuraria uma conduta perniciosa a toda uma lógica de ativos tributáveis e de novas relações de trabalhos, além de potencializar o abuso por parte das chamadas autorizadas, que, longe de um estado concorrencial, praticam preços abusivos e diminuem a disponibilidade por reparos, justamente com fito de aumentar a procura por produtos novos ao invés de proceder ao conserto dos mais antigos. Ademais, prejudicam comércios que dependam de peças de reposição para execução de sua atividade-fim, como é o caso das oficinas mecânicas.

Vale ressaltar que é cada vez mais contestável a utilização dos direitos de propriedade industrial para limitar a democratização do reparo, pois o direito à propriedade intelectual (inclusos autorais e de propriedade industrial) tem como fundamento primeiro laurear os inventos e artífices humanos, garantindo proventos econômicos a quem os financia e/ou os concebe. Conforme bem lembra Ramos²³, a propriedade intelectual está calcada na lógica edificada por John Locke de que o homem tem direito natural aos frutos de seu próprio trabalho, lógica reproduzida no bojo dos direitos e garantias fundamentais individuais (incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º da Constituição).

Essa problemática encontra-se destacada nas recentes lides entre mercados secundários de peças de reposição automobilísticas e as grandes fabricantes do setor, que buscam arrimo nos desenhos industriais para limitar a distribuição de peças em mercados must match. Aqui vale lembrar a máxima de que o direito não serve a proteção de iniquidades. O princípio da função social também deve propalar a noção da propriedade intelectual, como evidencia a própria exposição de motivos da Lei 9.279: “a contrapartida da proteção assegurada pelo Estado ao inventor consiste no dever deste de explorar economicamente o objeto da patente, de forma a permear na estrutura social, em benefício da coletividade, ou efeitos da exploração.”

Além disso, exige-se uma interpretação sistêmica entre a Lei de Propriedade Industrial e a Lei Antitruste, uma vez que não há conflito permanente dos objetivos previstos por esses diplomas, desse modo, pode-se coligir a competição enquanto eficiência alocativa de curto prazo e a inovação eficiência dinâmica de longo prazo, o incremento de poder de mercado temporário para a inovação encontro na concorrência um freio²⁴. Deve-se assegurar a concorrência também nos mercados de reposição. Nesse sentido, Denis Barbosa²⁵, jurista reconhecido no campo, afirma ser incontroversa a necessidade de revisão proteção do desenho industrial das peças de reposição no setor automotivo, pois a norma vigente entra em franco desacordo com proteção da competição entabulada em nossa constituição. O autor comercialista propõe ainda mudança na legislação que garanta a amplidão dos mercados de peças de qualidade equivalente.

23 RAMOS, André Luiz S. Direito de Propriedade Intelectual. In: RAMOS, André Luiz S. C. *Direito Empresarial (e-book)*. 8. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 165.

24 OLIVEIRA, Gesner; PRADO, Lucas; SCAZUFCA, Pedro. *Aspectos concorrenciais do mercado de peças de reposição de automóveis*. Parecer jurídico. Migalhas, 9 de junho de 2009. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090928-03.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021, p. 41.

25 BARBOSA, Denis Borges. Da nossa proposta de mudança das normas brasileiras relativas aos desenhos industriais. Proposta legislativa. 2010. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/proposta_mudanca_normas_brasileiras_di.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

Em 2018, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) arquivou representação da Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças contra grandes empresas automotivas sinalizando resistência por parte do órgão com relação à garantia da concorrência nos mercados secundários. Isso evidencia que se faz mais do que necessária uma firme jurisprudência que vise congregar o direito à inovação e direito à concorrência nas relações interempresariais ou mesmo uma mudança legislativa nesse sentido, medidas que devem alocar o fator bem-estar dos consumidores na equação da proteção da atividade econômica organizada.

5 DIREITO COMPARADO DA OBSOLESCÊNCIA E POSSÍVEIS RESPOSTAS JURISDICIONAIS

5.1. Parlamento europeu e a progressiva sinalização do direito comunitário contra a obsolescência

O Direito Comunitário vem cada vez mais debatendo a temática da obsolescência, de maneira expressa. Pondera-se, todavia, que suas resoluções e diretivas são despidas de efeito vinculante, uma vez que este ramo, aliado ao Direito Internacional, atua seguindo a tônica da voluntariedade, cabendo a cada Estado soberano, em seus próprios termos, internalizar e acatar as tendências internacionais conforme a conveniência de suas estruturas sociopolíticas. Portanto, esse conjunto de atos do Direito Comunitário, como bem obtempera Ernesto Moreno²⁶, “*advierte una tendencia, en los círculos de discusión de políticas económicas a nivel europeo, a fomentar iniciativas de regulación*”.

Esse autor faz uma brilhante sistematização dessas diretivas, evidenciando a tendência contrária à obsolescência no campo de ação do parlamento europeu, podendo-se enumerar: 1. Diretiva 2005/29/CE, que sinaliza necessidade de impor aos empresários a obrigação de prestar informações como durabilidade do produto; 2. Diretiva 2006/66/CE, que traz regramentos específicos para aparelhos cujas pilhas e baterias sejam facilmente removíveis; 3. Diretiva 2008/98/CE, diretiva que traz expressamente regulamentação e definição da obsolescência planejada e gestão de resíduos e 4. Diretiva 2009/125/CE, que abarca o desenho ecológico de produtos comercializados na União Europeia que consomem energia.

5.2 França: da posição de vanguarda ao tratamento penal

A França encontra-se em uma posição de vanguarda com relação à tutela da obsolescência. Postura que tem sido elogiada posto que institui, por força de lei, *la croissance verte* [o crescimento verde]. Isso se vê nos Art. 213-4 da *Loi Hamon* ou *Code de La Consommation*, codificação legal equivalente ao CDC. Esse dispositivo prevê como conceito legal de obsolescência “um conjunto de atos pelos quais um profissional do mercado visa deliberadamente reduzir a vida útil de um determinado bem, objetivando o aumento da taxa de substituição [entenda-se deste bem por um outro].”²⁷

Esse artigo, a princípio, tem dois efeitos. Além de constituir uma definição legal do fenômeno da obsolescência, enquadrá-a como crime, vez que logo no inciso seguinte prevê pena de 2 anos e multa de trezentos mil euros para quem pratica obsolescência. Esse tipo só

26 MORENO, Ernesto Anabalón Moreno. *Obsolescencia programada: análisis desde el derecho comparado y proyecciones de su aplicación en materia civil y de derecho del consumo en Chile*. Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2016, p. 31.

27 L'obsolescence programmée se définit par l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement.

se configura na modalidade dolosa, estabelecendo ainda o dolo específico de visar aumento na taxa de substituição do produto. Trata-se de crime próprio pois exige qualificação especial do sujeito ativo, que é a de *metteur sur le marché* – profissional do mercado ou produtor. A leitura do tipo leva a crer tratar-se de tipo penal formal, o que é corroborado por Munier²⁸.

Sofie Geeroms²⁹ destaca que na França a regra é que pessoas jurídicas respondam pelas infrações penais, desde que se trate de condutas praticadas pelos representantes. O autor argumenta que as penas designadas pela Justiça podem abarcar até mesmo a interdição, o fechamento e a dissolução da empresa.

No Brasil, haveria que se tomar certo cuidado pois, se por acaso o Poder Legislativo tipificasse criminalmente a conduta de obsolescência no âmbito da Lei de Responsabilidade Ambiental (LRA) (9.605/96)³⁰, inevitável seria a responsabilização da pessoa jurídica (Art. 225, §3º CF c/c Art. 3º). Porém, hoje é questionável a responsabilização de pessoa jurídica por delitos ecológicos não previstos pela LRA, embora ala majoritária da doutrina aponte para a conclusão de que o tipo não deve estar necessariamente alistado pela LRA, pois não há essa exigência por parte da constituição e do Art. 3º da LRA³¹. Contudo, com a pretensão de minar quaisquer dúvidas nesse sentido, caso o legislador opte pela responsabilização da pessoa jurídica quando da prática de obsolescência melhor seria alistar tal crime na LRA ao invés de fazê-lo em lei própria, ou no CDC, como fizera a França³².

Na lógica das principais disposições legais possíveis de serem aplicadas ao fenômeno da obsolescência, tem-se o Art. 111-4, que é vital para o resguardo de danos causado por aquele. Conclama a referida norma:

Désormais, le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle ou de la date jusqu'à laquelle les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens sont disponibles sur le marché. Le vendeur doit ensuite transmettre cette information au consommateur lors de l'achat du produit. Cette indication doit être fournie de manière lisible avant la conclusion du contrat et être confirmée par écrit lors de l'achat du bien.³³

Tal artigo constitui a baliza inaugural do capítulo referente à Obligation générale d'information précontractuelle [Obrigação geral de informação pré-contratual] e cria para o fabricante e importador a obrigação de transmitir ao vendedor a informação referente ao período em que as peças de reposição ficarão disponíveis; e ao vendedor, conseqüentemente, a obrigação de informar o consumidor desse aspecto contratual, o que deverá fazer de maneira

28 MUNIER, Emile. *Reconnaissance du délit d'obsolescence programmée, quels impacts?* Halte Obsolescence, 2015.

29 GEEROMS, Sofie. La responsabilité pénale de la personne morale: une étude comparative. *Revue internationale de droit compare*, 1996, n. 48, v. 3, p. 533-579.

30 Em que pese ser conhecida como Lei de Crimes Ambientais, o rigor técnico demanda cada vez mais tratar a lei 9.605/96 como uma lei de responsabilidades (ênfase-se no plural) ambientais, pois esta não fica restrita a perspectiva criminal, dispondo amplamente sobre responsabilização administrativa e tocando o tema da responsabilidade civil.

31 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica por Crimes Ambientais Não Tipificados na Lei nº 9.605/98 – um Avanço Necessário. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, n. 25, Ano n. V, 2009.

32 FRANÇA, Code de la consommation. Version consolidée au 12 février 2020. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>. Acesso em: 27 abr. 2020.

33 Doravante, o fabricante ou o importador de bens móveis devem informar ao vendedor profissional sobre o período em que as peças de reposição, indispensáveis para utilização dos bens, ficarão disponíveis no mercado. O vendedor deverá em seguida transmitir tal informação ao consumidor quando da compra do produto. Tal indicação deverá ser fornecida de maneira legível e antes da conclusão do contrato e confirmada por escrito quando da aquisição do bem.

legível, a exemplo de nossa legislação que exige termos claros e fontes legíveis nos contratos de adesão (Art. 54, §3º, CDC). Segue a codificação francesa, em seu Artigo L111-4³⁴:

Le fabricant ou l'importateur doit obligatoirement fournir au vendeur ou au réparateur qui le demande les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens vendus, et ce dans un délai de deux.

A lei pátria não exige especificamente que seja informado o período de disponibilidade das peças, até porque requer a oferta desses componentes durante o período em que o produto se encontra em circulação, a mando do já reportado (Art. 32 do CDC). O diploma brasileiro também impõe a continuidade da oferta de itens de reposição por período razoável, mesmo após a retirada do bem principal do mercado, assinalando norma mais protecionista.

Diferente solução legal foi adotada pelo legislador francês que apenas compele o fabricante ou importador, nos termos consignados na oferta e com base nas informações transmitidas em virtude do Art. L111-4 da legislação francesa supracitada, a oferecer peças de reposição no período de dois meses a partir da requisição. Não existe imperativo legal semelhante ao do Art. 32 do CDC, mas tão-somente a efetivação do princípio da vinculação da oferta (Art. 37 do CDC) e da veracidade das informações prestadas.

5.3 Espanha: a geração de resíduos e a crise da obsolescência como oportunidade de criação de novos trabalhos

Ao acatar as sugestões das diretrizes comunitárias, alhures analisadas, a Espanha emitiu decreto real sobre o tema – por lá, grafado *real decreto* – que, no ordenamento jurídico espanhol, representa “ato normativo emanado pelo chefe de Estado, para formalizar que o ordenamento atribui ao governo, seu presidente e excepcionalmente a outro órgão constitucional ou ao próprio rei”^{35 36}.

O texto é amplamente influenciado pela *normativa comunitaria sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos* (Diretiva de 4 de julho de 2012). Discorrendo sobre gestão e geração de resíduos, o decreto reafirma a necessidade de entabular responsabilidade ampliada entre produtor, distribuidor e demais agentes na cadeia negocial. Isso equivale à responsabilidade compartilhada, assegurada pela Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS – Lei 12.305/2010), que difunde a responsabilidade pela geração de resíduos para todo o ciclo de vida do produto (Art. 3º, I).

Além disso, o decreto real espanhol amplia a responsabilidade estatal para o âmbito dos seus municípios. Recorde-se que no Brasil se faculta aos municípios a criação das próprias políticas de resíduos (a exemplo do que dispõe Art. 9º, § 2º, da PNRS), além da viabilidade de regimes de cooperação entre a União e demais entes federativos (Art 4º). Para evitar prejuízos em razão de eventual apatia do Poder Legislativo municipal, a lei federal condicionou o recebimento de verbas da União pelo Distrito Federal e pelos municípios à criação de um plano próprio.

34 FRANÇA. *Code de la consommation*. Version consolidée au 12 février 2020. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>. Acesso em: 27 abr. 2020.

35 CUADRADO. Antonio M García. *Derecho, Estado y Constitución: El estatuto científico y otros temas fundamentales de derecho constitucional*. San Vicente (Alicante): Club Universitario, D.L. 2010.

36 Texto original: Podemos definirlo como la disposición jurídica firmada por el Jefe del Estado, que habla en primera persona (“Dispongo”), para formalizar las decisiones que el ordenamiento atribuye al Gobierno, a su Presidente o excepcionalmente a otro órgano constitucional o al propio Rey.

Porém, a mera existência de um plano municipal de gestão de resíduos, mesmo ante a exigência de conteúdo mínimo, não é suficiente para confecção de planejamentos marcados pelo zelo ou que primem pela observância das realidades e problemas próprios de uma localidade e seus munícipes (em respeito ao que dispõe o Art. 30 da CF). Pode contribuir na criação de um problema semelhante ao que acontece com os planos diretores em que muitos municípios com mais de 20.000 habitantes criam os chamados planos fictos, simplesmente reproduzindo as disposições de outros planos a fim de apenas cumprir a exigência legal, mas procurando evitar sanções do que bem cumprir sua finalidade pública.

O *Codex* espanhol parece melhor atender a pretensão de descentralizar o controle de processos relativos à obsolescência e ao gerenciamento de resíduos sólidos, pois admite disposições pormenorizadas afetas a cada Cidade Autônoma, afastando um cenário em que a repartição de competências administrativas “não é tema trivial; ao contrário, a tônica tem sido a pouca clareza, a obscuridade e, não com pouca frequência, a surpresa”³⁷.

Quanto à obsolescência, o decreto cria para o estabelecimento de mais 400 m² a obrigação de aceitar e reservar locais em seu ponto comercial para a guarda de aparelhos pequenos de até 25 centímetros, no ato da compra de outro dispositivo. Mesmo não dispondo o aparelho no momento da aquisição, o consumidor terá até 30 dias para depositar o resíduo quando da compra de um similar, tendo de assinar um formulário em que informará sobre a possibilidade de reparo do aparelho, garantido esse direito também aos consumidores nos atos de compra *on-line*.³⁸

Se o Brasil decidisse internalizar tal medida haveria de observar a lei ordinária como espécie normativa indicada, em vista do princípio da legalidade, pois decretos não podem criar direito e obrigações, mas tão-somente garantir efetividade do que dispõe a legislação de referência cabendo ao congresso sustação de atos que exorbitem poder regulamentar (Art. 49, V, CF). Com respeito ao pacto federativo, a criação de obrigações para que os donos de comércio mantenham postos para recolhimento dos resíduos com determinadas características parece matéria inserta no âmbito da competência concorrente (Art. 24, V e VI, CF).

Questão controvertida se põe com relação à eventual não competência por parte dos municípios para edição de norma semelhante ante ausências legislativas por parte da União e dos Estados. Antunes³⁹ afirma que a “competência primária em matéria de resíduos sólidos é dos municípios, conforme o artigo 30 da Constituição Federal, haja vista que a matéria diz respeito ao uso e ocupação do solo, bem como ao predominante interesse local.” Contudo, no Tema 970, o STF reconheceu repercussão geral em um caso de lei municipal que obriga à substituição de sacos e sacolas de material plástico por outros biodegradáveis, sem legislação federal ou estadual de base. Gustavo Doble⁴⁰ analisa projeto municipal de lei com proposta semelhante:

Ocorre que não há lei federal ou estadual específica determinando,

37 ANTUNES, Paulo de Bessa. Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 20. ed. São Paulo: Atlas | Grupo GEN, 2019, p. 677.

38 Texto original: se impone la obligación a los grandes distribuidores con una zona de venta de AEE con un mínimo de 400 m² de recoger los RAEE muy pequeños, (ninguna dimensión exterior superior a 25 cm como pueden ser teléfonos móviles), de forma gratuita y sin la condición de que el usuario compre un aparato equivalente.

39 ANTUNES, Paulo de Bessa. Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 20. ed. São Paulo: Atlas | Grupo GEN, 2019, p. 678.

40 DOBLE, Gustavo. *Parecer Jurídico Nº 253/2018*. Emitido sobre o Projeto de Lei N.º 114/2018. Câmara de Vereadores de Guaíba/RS, 2018, p.1.

ao menos em tese, a substituição de canudos plásticos por comestíveis ou de material biodegradável. Portanto, a legislação local não poderia, a pretexto da competência suplementar do artigo 30, II, da CF/88, determinar a utilização, pelos estabelecimentos comerciais, de canudos sustentáveis em substituição aos tradicionais.

Tal lide pode elucidar melhor a competência suplementar dos municípios em caso de obrigações afetas aos resíduos sólidos, melhor discutindo se há ou não inconstitucionalidade nomodinâmica orgânica, o que também abrangeria possível norma brasileira espelhada na determinação espanhola aqui apreciada.

O decreto também reconhece nas atividades de reparo de aparelhos e no recolhimento de resíduos uma oportunidade para criação de *emplos verdes*, contribuindo para intersecção entre desenvolvimento sustentável e a busca pelo pleno emprego, ambos ditames da política econômica constitucional (Art. 170, VIII, CF). A criação de postos de trabalhos nas atividades econômicas organizadas que contornam as atividades sustentáveis, ademais, deve ser considerada como fator determinante a ser avaliado na implementação de políticas públicas de resíduos sólidos e nas motivações de um possível projeto de lei sobre os fenômenos aqui tratados.

5.4 Itália: garantia consumerista como resposta jurisdicional e a análise econômica desse direito

Se tantos são os ordenamentos, tantas serão as medidas premiais e sancionatórias mirando um mesmo fato social. A solução que o parlamento italiano tende a defender, considerado um de seus projetos de lei, que foca o tema da obsolescência, aparenta ter certa temeridade em termos econômicos, pois o Legislativo do país pretende impor aumento no prazo de garantia para 5 anos, tempo em que os empresários serão obrigados a ter em estoque peças de reposição e disponibilizar assistência técnica.

A iniciativa legislativa advém de uma comoção gerada por escândalos envolvendo marcas como *Apple* e *Samsung* que estão sendo processadas perante a justiça italiana por descasos contra o consumidor envolvendo principalmente a questão da obsolescência. Em declaração oficial, a própria Samsung analisa que a medida encareceria de forma significativa o preço final de sua linha de produtos.

Uma simplória e desidiosa análise da declaração poderia resumi-la a um *lobby* negativo sobre o projeto de lei. Porém, de acordo com a Teoria da Produção, as intervenções legais na gestão logística e o conseqüente incremento nos custos operacionais acabam por transferir esse ônus para o consumidor, cabendo aqui analisar se a iniciativa do parlamento italiano seria de fato um proteção consumerista, marcada pela eficiência, ou mero repasse de custos associado à limitação indevida na liberdade de contratar.

Ao assuntar a relação entre obsolescência e marcos regulatórios concernentes à garantia de produtos no domínio estadunidense, DiMatteo e Wrkba⁴¹ avaliam que a abordagem mais simples a se adotar para lidar com a manipulação da vida útil de um produto seria a extensão artificial da garantia oferecida. Porém, os autores entendem não ser essa a medida mais indicada. Para eles, consoante a análise de cenário da pesquisa que desenvolveram, a opção regulatória mais recomendável consistiria em assegurar amplamente aos consumidores informações sobre eficiência/desempenho do produto ao longo do tempo e de sua vida útil,

41 DIMATTEO, Larry. WRBKA, Stefan. *Planned Obsolescence and Consumer Protection: The Unregulated Extended Warranty and Service Contract Industry*. Cornell Journal of Law and Public Policy, 2019, p. 534.

podendo, assim, o agente estatal assumir uma ou outra abordagem ou mesmo ambas.

Todavia, DiMatteo e Wrkba⁴², amparados por minudente análise acerca da regulação estatal sobre a garantia, chegam à conclusão de que a lógica das garantias estendidas é marcada por injustiças, obscuridades, brechas legais e engodos⁴³ com relação à política de precificação.

O exemplo italiano pode ser considerado um grande alerta para o Brasil e para mundo em termos de regulamentação. No afã de dar aos problemas de interesse público respostas marcadas pelo imediatismo, deve-se evitar investimento em pseudopolíticas^{44 45}, que denotam real intenção de resolver o problema, mas que pela falta de conhecimento técnico e pela prevalência de “achismos” falham em estruturar soluções adequadas⁴⁶.

5.5 A obsolescência no Common Law: *stare decisis*, o enriquecimento sem causa e o direito à inovação

Ao lado da tradição romano-germânica, encontra-se a abordagem da questão pela *common law*. Inspirada no direito anglo-saxão, “esse sistema não exagera ou exacerba o elemento legislativo e se revela muito mais pelos usos e costumes (...) e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos”⁴⁷. Ainda não há um grande precedente que diga respeito diretamente ao fenômeno da obsolescência e que pelo aspecto da *stare decisis* criaria um novo direito vinculando demandas *a posteriori*.

O caso que mais se aproximou da formação de um precedente sólido foi a *class action*⁴⁸, *Westley vs Apple Computer, Inc.* A ação se deu por razões que foram bem sintetizadas por Chacón⁴⁹: os demandantes apontaram que a Apple, ao lançar seu produto *Ipod*, afirmara em peça publicitária que o aparelho poderia durar 27 anos, o que constituía, segundo os autores da ação, uma informação que induzia os consumidores a erro, já que a vida útil do aparelho não se aproximava de tal estimativa. O segundo motivo estava em uma cláusula que revogaria a garantia se fossem tentadas quaisquer formas de manipulação do *hardware*, situação que se agravava com o fato de o desenho do aparelho ser projetado para o manuseio exclusivo de profissionais da Apple⁵⁰.

Todo esse cenário fático recaía no princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, que, na acepção que lhe dá Maria Helena Diniz⁵¹, corresponde ao “princípio segundo o qual ninguém pode enriquecer-se à custa alheia, sem causa que o justifique”. Grande parte da

42 DIMATTEO, Larry. WRBKA, Stefan. *Planned Obsolescence and Consumer Protection: The Unregulated Extended Warranty and Service Contract Industry*. Cornell Journal of Law and Public Policy, 2019, p. 544.

43 Terminologia original: *price gouging*. O engano aqui consiste na falsa percepção do consumidor de que a empresa está arcando com ônus financeiro da garantia.

44 GUSTAFSSON, G. Symbolic and pseudo policies as responses to diffusion of power. *Policy sciences*, v. 15, n.3, p. 269-287, 1983.

45 Essa tipologia das políticas públicas baseada na intenção de efetivação das normas e no tipo de conhecimento utilizado para sua criação.

46 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

47 REALE, Miguel. Fontes do Direito. In: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12.

48 Espécie de ação que em muito se assemelha com as Ações Coletivas do CDC e Ações Cíveis Públicas da Lei 7.347/85, mas que não depende no ordenamento americano de iniciativa do *parquet* e não se restringe a um rol de legitimados específicos.

49 CHACÓN, Fuad, *La Travesía Obsoleta: La indefensión del consumidor*, tesis de grado para optar por el título de abogado, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá D.C. Colombia, 2014.

50 MORENO, Ernesto Anabalón Moreno. *Obsolescencia programada: análisis desde el derecho comparado y proyecciones de su aplicación en materia civil y de derecho del consumo en Chile*. Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2016.

51 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais v.3* (edição atualizada e ampliada). 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

doutrina assume a vedação do enriquecimento sem causa como princípio geral de direito, fonte de direito vital na aplicação de casos em que a lei é em alguma medida omissa, o que é expresso no Art. 4º de nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Atualmente, o princípio encontra-se positivado no art. 884 do Código Civil.

Como é de praxe na tradição jurídica estadunidense, o caso não foi a julgamento devido a um acordo entre as partes, impedindo a formação de um grande precedente nessa área, porém fica uma pertinente ponderação de que os negócios jurídicos processuais em geral – a transação, a cláusula compromissória e o instituto da arbitragem –, conforme estatuído pela Lei 9.307/96, poderiam ser sistemáticas convidativas para soluções destes tipos de conflitos consumeristas, vislumbrando-se uma resolução mais célere dos casos. Ressalvados os danos difusos causados ao meio ambiente, estes claramente não disponíveis, mas ainda assim alcançados por meio de Termos de Ajuste de Conduta, instrumento jurídico transacional com similar capacidade de conferir maior presteza na repressão desse fenômeno e seus impactos ambientais.

Outros precedentes que não tratam propriamente da manipulação da vida útil de um aparelho são também dignos de nota. Soto e Salmoral⁵² analisam o *lead case McDonald, Jensen y Hagfors Vs. Johnson & Johnson*. O caso trata da compra de uma patente revolucionária que colocaria uma série de soluções farmacêuticas como ultrapassadas em razão de inovação mais eficaz e barata. O combate à obsolescência não pode ser usado como pretexto para embaraçar o direito à inovação, sobretudo inovações disruptivas e radicais. Ao seguir tal lógica, esse precedente entendeu que a compra da patente causaria danos à coletividade, pois a empresa obteria a obsolescência dos produtos de sua própria linha por intermédio da descontinuação de uma solução mais simples, barata e relevante no acesso à saúde, tendo este Estado-Juiz concretizado o direito à inovação. O caso *Kodak* tratado por Hartlieb⁵³ pode aqui ser citado como importante marco para estabelecer nos Estados Unidos o direito à concorrência nos mercados secundários, discussão jurídica aqui contemplada de modo enfático.

5 CONCLUSÃO

Foi possível perceber que o fenômeno da obsolescência planejada é cada vez mais discutido no âmbito do direito e das políticas públicas e que há uma ampla matriz constitucional que o alcança, de que são exemplos o direito à inovação (Art. 219, CF) e à liberdade econômica (Art. 170, CF). Se de um lado, na apreciação da obsolescência perceptiva, tais normas tornam devida a análise de fatores como a espontânea ocorrência do ciclo das inovações, os efeitos adversos da intervenção judicial na economia e, por fim, a liberdade de empreender e de apresentar ao grande público novas feições de seu empreendimento, por outro, não se deve desprezar o direito à saúde (Art. 196, CF) e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, CF), sobretudo quando considerados os impactos multifacetados gerados pelo aumento exponencial de resíduos sólidos. Considere-se ainda que esses impactos, como aqui se abordou, englobam tanto os danos sinérgicos nas biotas e nos serviços ecossistêmicos quanto os mais imediatos na saúde e no bem-estar coletivos.

Verificou-se que a proteção consumerista no âmbito da obsolescência perceptiva se dá principalmente em razão da proibição de propaganda abusiva e enganosa, erigidas

52 SOTO Pineda, Jesús.; SALMORAL, Marra. *A Juridical 'Theory' of Planned Obsolescence*. SSRN Electronic Journal, 2017.

53 HARTLIEB. Johannes. *Über ein Recht auf Reparatur: Obsoleszenz und die Monopolisierung von Sekundärmärkten*. Hanslinger Nageler, 2018.

pelo CDC, pela diretriz contratual da boa-fé objetiva e a observância para com os costumes mercadológicos. E que demanda não só uma maior uniformização jurisprudencial como a necessidade de maiores esclarecimentos dos limites publicitários no campo normativo. Fazem-se relevantes também ações que eduquem os consumidores, como a expressa na Lei 13.186/2015. Opção política mais eficaz e que substitui a perspectiva paternalista da repressão publicitária.

Viu-se que a obsolescência programada pode ser judicialmente perquirida em razão do princípio do enriquecimento sem causa, da obrigação de disponibilização das peças de reposição e das consequências jurídicas advindas dos vícios redibitórios. E que é vital o estímulo dos mercados secundários com vistas à democratização do direito ao reparo e que a proteção à propriedade intelectual não pode mais ser subterfúgio em favor do monopólio, por exemplo, do setor de reparos automobilísticos.

Finalmente, a perspectiva comparada ofereceu importantes subsídios jurídicos e um manancial de opções político-legislativas. Nesse domínio, foram analisados o Direito Comunitário como mola propulsora para o engajamento dos estados-soberanos europeus: a França com a tutela penal da obsolescência e a necessidades de prestar informações na fase pré-contratual, a Espanha com a obrigação de estabelecimentos implementarem sistemas de recolhimento de resíduos e a geração de empregos verdes, a Itália que nos mostra a necessidade de uma análise econômica do direito para implementação de políticas que não apenas onerem os consumidores e a *common law* dos Estados Unidos que, mesmo ante ausências normativas, mostra ter o condão de debelar a obsolescência, fincar o direito à inovação e garantir a concorrência em mercados secundários, além de mostrar nas soluções extrajudiciais mecanismos mais simples e convidativos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 20. ed. São Paulo: Atlas | Grupo GEN, 2019.

BARBOSA, Denis Borges. *Da nossa proposta de mudança das normas brasileiras relativas aos desenhos industriais*. 2010. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/proposta_mudanca_normas_brasileiras_di.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

BRAGA, Júlia. Obsolescência programada: o consumo exacerbado e o esgotamento de fontes naturais. *Revista Goethe-Institut*, 2012. Disponível em: <http://www.goethe.de/ins/br/lp/kul/dub/umw/pt10282568.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Lei 9.279*, de de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL. *Lei nº. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. *Lei nº. 12.305*, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº. 13.186*, de 11 de novembro de 2015. Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável.

BRASIL. *Lei nº. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº. 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.342.899/RS*, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 09/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 871.172/SE*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 24/08/2016.

CHACÓN, Fuad, *La Travesía Obsoleta*: La indefensión del consumidor, tesis de grado para optar por el título de abogado, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá D.C. Colombia, 2014.

COMPRAR, Tirar, Comprar: *a História Secreta da Obsolescência Programada*. Direção: Cosima Dannoritzer. Coprodução: Media 3.14.e Article Z, 1 (75 min), color. Título original: Comprar, tira, comprar. 2011.

CUADRADO. Antonio M García. *Derecho, Estado y Constitución*: El estatuto científico y otros temas fundamentales de derecho constitucional. San Vicente (Alicante): Club Universitario, D.L. 2010.

DIMATTEO. Larry. WRBKA. Stefan. *Planned Obsolescence and Consumer Protection*: The Unregulated Extended Warranty and Service Contract Industry. *Cornell Journal of Law and Public Policy*. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais v.3* (edição atualizada e ampliada). 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 5ª Turma. *Apelação Cível. 2013011016885-2 APC - 0004876-72.2013.8.07.0001*. Rel. Des. Angelo Passareli. Acórdão 1073857.

DOBLE, Gustavo. *Parecer Jurídico Nº 253/2018*. Emitido sobre o Projeto de Lei N.º 114/2018. Câmara de Vereadores de Guaíba/RS, 2018.

ESPAÑA. *Real Decreto 110/2015* de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-1762-consolidado.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

FRANÇA, *Code de la consommation*. Version consolidée au 12 février 2020. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>. Acesso em: 27 abr. 2020.

GEEROMS, Sofie. La responsabilité pénale de la personne morale: une étude comparative. *Revue internationale de droit compare*, 1996, n. 48, v. 3, p. 533-579.

GEIER, Nina. *Geplante Obsoleszenz und ihre Auswirkungen auf Produkt- und Kommunikationsstrategien der Unternehmen*. Mittweida, Germany. Hochschule Mittweida. Bachelor Thesis, 2013.

GIBSON, R.; SKARZYNSKI, P. *Inovação: prioridade nº 1*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUSTAFSSON, G. Symbolic and pseudo policies as responses to diffusion of power. *Policy sciences*, v. 15, n. 3, p. 269-287, 1983.

HARTLIEB. Johannes. *Über ein Recht auf Reparatur, Obsoleszenz und die Monopolisierung von Sekundärmärkten*. Hanslinger Nageler. 2018.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Edições Loyola, 1979.

IF IT'S BROKEN, YOU CAN'T FIX IT – a “right to repair” movement tools up. *The Economist*. Business Section. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/business/2017/09/30/a-right-to-repair-movement-tools-up>. Acesso em: 12 nov. 2019.

LEBOW, V. *Price competition in 1955*. In: *Journal of Retailing*. XXXI(I), 1955.

LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LIMA, Gabriela Eulalio de; ANDRADE, S. L. A logística reversa e o enfrentamento do fenômeno da obsolescência programada. *Direito da Cidade*, v. 10, p. 1236-1255, 2018.

LONDON, B. *Ending the Depression Through Planned Obsolescence*. Universidade de Wisconsin - Madison, 1932.

MANCIA, Karin Cristina Borio. *Proteção do consumidor e desenvolvimento sustentável: análise jurídica da extensão da durabilidade dos produtos e o atendimento à função socioambiental do contrato*. 2009. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação de preferências. *Opinião Pública*, 2015, v. 21, n. 3, p. 601-625.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica por Crimes Ambientais Não Tipificados na Lei nº 9.605/98 – um Avanço Necessário. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, n. 25, Ano n. V, 2009.

MORAIS VILA-NOVA, Carlos.; RIBEIRO CARDOSO, Henrique; KNOERR, Fernando Gustavo. “Nudge” no manejo dos resíduos domiciliares como premissa para a responsabilidade socioambiental. *Percurso (CURITIBA)*, v. 4, p. 304-319, 2019.

MORENO, Ernesto Anabalón Moreno. *Obsolescencia programada: análisis desde el derecho comparado y proyecciones de su aplicación en materia civil y de derecho del consumo en Chile*. Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado. 2016.

MUNIER, Emile. Reconnaissance du délit d'obsolescence programmée, quels impacts ? *Halte Obsolescence*, 2015.

NATUME, R. Y.; SANT´ANNA, F. S. P. Resíduos eletroeletrônicos: um desafio para o desenvolvimento sustentável e a nova lei da política nacional de resíduos sólidos. In: *International Workshop Advances in Cleaner Production*. Cleaner production initiatives and challenges for a sustainable world. São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Gesner; PRADO, Lucas; SCAZUFCA, Pedro. Aspectos concorrenciais do mercado de peças de reposição de automóveis. *Migalhas*, 9 de junho de 2009. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090928-03.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

PACKARD, Vance. *A estratégia do desperdício*. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Turma Recursal. *Recurso 0011672-69.2015.8.16.0030/0* - Foz do Iguaçu. Rel. Aldemar Sternadt, julgado em 08/07/2016.

RAMOS, André Luiz S. Direito de Propriedade Intelectual. In: RAMOS, André Luiz S. C. *Direito Empresarial*. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

REALE, Miguel. Fontes do Direito. In: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTIAGO, R. *Obsolescência Programada no Mercado Imobiliário: o espaço como forma de entesouramento*. Belo Horizonte, Brazil: Escola de Arquitetura/UFMG, 2006.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SOTO Pineda, Jesús.; SALMORAL, Marra. *A Juridical 'Theory' of Planned Obsolescence*. SSRN Electronic Journal, 2017.

ZALLES-REIBER. Manuel. *Produktveralterung und Industrie-Design. In: Schriftenreihe Produktentwicklung & Industriedesign*. Akad. Verlag, 1996.

Recebido em: 13.06.2021

Aprovado em: 12.11.2021

Como citar este artigo (ABNT):

REIS, Rhuan Filipe Montenegro dos; GONTIJO, André Pires. Estratégias jurídico-consumeristas e perspectiva comparada na apreciação das obsolescências perceptiva e programada. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.91-110, set./dez. 2021. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

A DIFUSÃO DO HOME OFFICE NO MUNDO DO TRABALHO PÓS-COVID: REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA E A EXCLUSÃO DA JORNADA DE TRABALHO

THE DIFFUSION OF HOME OFFICE IN THE WORLD OF POST-COVIDED WORK: NORMATIVE REGULATIONS AND THE EXCLUSION OF WORK DAYS

Monique Ellen da Silva Chaves¹
Saulo Nunes de Carvalho Almeida²

RESUMO: A difusão de tecnologias emergentes sempre apresentou uma grande influência sobre o Direito do Trabalho. Mantendo esse espírito, a Reforma Trabalhista incluiu na CLT a normatização do teletrabalho, que consiste em uma modalidade de trabalho a distância, em que o empregado exerce o labor em local diverso do estabelecimento empresarial, sendo a tecnologia a principal ferramenta para a execução desse serviço. Considerando o exponencial aumento experimentado por essa modalidade laboral, em virtude da pandemia global da covid-19, o presente estudo buscou analisar as características do teletrabalho, bem como as implicações da ausência de jornada laboral desses teletrabalhadores, em face da inclusão do inciso III ao artigo 62 da CLT. A problemática encontra-se no questionamento acerca da constitucionalidade desse dispositivo, uma vez que a limitação da jornada de trabalho consiste em um direito social previsto na Carta Magna. A metodologia adotada para o desenvolvimento desse trabalho foi através da análise de doutrinas bibliográficas especializadas e relevantes entendimentos jurisprudenciais pátrios sobre o assunto. O presente estudo evidenciou a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 62 da CLT, em virtude da supressão de relevante direito social fundamental adquirido ao longo de anos de árdua caminhada de direitos trabalhistas.

Palavras-chave: artigo 62, III da CLT; ausência de jornada de trabalho; teletrabalhadores.

ABSTRACT: The diffusion of emerging technologies has always had a great influence on Labor Law. In keeping with this spirit, the Labor Reform included in the CLT the standardization of teleworking, which consists of a distance work modality, in which the employee performs work in a different place from the business establishment, with technology is the main tool for the execution of that service. Considering the exponential increase experienced by this type of work, due to the global pandemic of covid-19, the present study sought to analyze the characteristics of teleworking, as well as the implications of the absence of working hours for these teleworkers, in view of the inclusion of item III to the article 62 of the CLT. The problem is found in the questioning about the constitutionality of this device, since the limitation of working hours consists of a social right provided for in the Magna Carta. The methodology adopted for the development of this work was through the analysis of specialized bibliographic doctrines and relevant national jurisprudential understandings on the subject. The present study showed the unconstitutionality of item III of article 62 of the CLT, due to the suppression of a relevant fundamental social right acquired over years of arduous labor rights.

Keywords: Article 62, III of the CLT; absence of working hours; teleworkers.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Quixadá.

² Pós-doutor em Direito pela UNIFOR. Pós-doutorando em Direito pela UNICAP. Doutor e Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Universitário UniCatólica/Quixadá e UNIFANOR.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho se inova a cada dia e busca se aperfeiçoar frente às mudanças do mundo contemporâneo. Com a Lei 13.457/2017, surgiu Reforma Trabalhista, que modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Com a intenção de trazer uma nova modalidade de trabalho a distância, que permite que o empregado realize seu ofício em um ambiente diverso do estabelecimento empresarial, foi normatizada a figura do teletrabalho, através da inclusão do capítulo II-A, no título II, nos artigos 75-A a 75-E.

A regulamentação do teletrabalho na CLT apresenta algumas omissões que acabam por trazer conflitos, no que tange à aplicação dessa modalidade de trabalho a distância. Diante disso, o presente trabalho tem como justificativa analisar os pontos referentes à aplicação do teletrabalho, presente nos artigos incluídos com a Reforma Trabalhista, bem como trazer a problematização do inciso III do artigo 62 da CLT, no que se refere à análise da exclusão da jornada de trabalho dos empregados que se encontram em regime de teletrabalho, questionando a sua constitucionalidade, frente à ausência da jornada de trabalho dos teletrabalhadores e as implicações que isso pode acarretar.

O processo metodológico que será utilizado para o desenvolvimento do estudo proposto consistirá na análise de fontes bibliográficas, e também na análise da legislação e da jurisprudência, em que será realizado um estudo descritivo e analítico a respeito do entendimento doutrinário e do ordenamento jurídico pátrio sobre essa nova modalidade de serviço a distância, suas características, e os posicionamentos acerca da constitucionalidade do inciso III, do artigo 62 da CLT.

Em síntese, o presente estudo buscará analisar a natureza constitucional do artigo mencionado, uma vez que os empregados em regime de teletrabalho foram excluídos da jornada laboral. Com isso, será discutido se esse artigo é constitucional ou inconstitucional, bem como será analisado como se procederá a aferição da jornada de trabalho desses empregados, uma vez que segundo o artigo 6º da CLT, os teletrabalhadores são equiparados aos demais empregados. Diante disso, pugna-se inconstitucionalidade do inciso III do artigo 62 da CLT, pois todos os trabalhadores são iguais, e não é justa a exclusão dos teletrabalhadores da jornada de trabalho, em que, devido a isso, poderão exercer seu serviço além das 8 horas previstas na Constituição federal, ferindo diretamente um direito social garantido ao trabalhador.

2 O NASCIMENTO DO TELETRABALHO E SUA DEFINIÇÃO LEGAL

Ao analisarmos a história, a origem do trabalho a distância aconteceu em 1857, com a Companhia de Estrada de Ferro Penn, que, com o intuito de gerenciar o pessoal que trabalhava distante do escritório principal, se utilizavam do telégrafo como técnica de telecomunicação. Em meados dos anos 1970, Jack Mathias Nilles, no cargo de secretário do Comitê de Investigação da *Aerospace Corporation*, do sul da Califórnia, foi responsável por resolver o problema do trânsito na cidade, em virtude das viagens diárias realizadas ao trabalho, criou a ideia de não ir ao trabalho, uma vez que a tecnologia possibilita ao homem laborar em casa ou próximo desta, em tempo parcial ou integral.

O fruto dessa ideia, transformado em projeto, trouxe à tona os conceitos de *telecommuting* e *teleworking*. Segundo Nilles, o teletrabalho (*telework*) é levar o trabalho aos trabalhadores, em vez destes irem ao trabalho; é a atividade externa ao escritório central, em um ou mais dias da semana, realizado em casa ou em um centro de telesserviço. Já o *telecommuting* - telesserviço - é outro meio utilizado para substituir as viagens para o trabalho

por tecnologias de informação existentes.³

Jack Nilles ficou popularmente conhecido como o pai do teletrabalho. Quando perguntado como seria possível reduzir as viagens diárias ao trabalho, e, conseqüentemente, diminuir a poluição ambiental, pensou em como poderia se utilizar das novas tecnologias para melhorar esse problema. Foi aí que surgiu seu questionamento: “Por que precisamos ir ao trabalho, quando a tecnologia permite que a maioria trabalhe em casa, ou perto dela, pelo menos parte do tempo?”.⁴ (NILLES)

No final da década de 70 e início da década de 80 algumas empresas norte-americanas e europeias começaram a testar essa nova modalidade laboral. Apesar de seus esforços, os resultados não foram muito satisfatórios, visto que não havia um preparo suficiente para sua implantação.

No Brasil, o teletrabalho foi introduzido apenas em 1997, através de um seminário que tratava sobre o tema, e do lançamento do livro “*De Volta para Casa – Desmistificando o Telecommuting*”. No entanto, se tem notícias de que antes disso, mais precisamente em 1986, a empresa pública Serpro já havia implantado um projeto piloto sobre teletrabalho, com participação de quatro empregados desenvolvedores de *softwares*.

Com o passar do tempo, cada vez mais brasileiros foram migrando para essa nova modalidade de trabalho a distância, usualmente conhecida como *home-office*. Até que em 2011, finalmente foi regulamentado no nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro, através da Lei 12.551/11, que alterou o art. 6º da CLT, que ficou com a seguinte redação: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de trabalho. Parágrafo único: Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

Atualmente, essa forma de prestação de serviços a distância vem se expandindo em diversos setores do trabalho, principalmente com o desenvolvimento e crescimento da tecnologia e da informática. Diante da globalização no mundo, surgiu-se um cenário adequado para a criação desse tipo de serviço, que englobasse os trabalhos realizados fora do estabelecimento do empregador.

Conforme ensinado por Estrada, “etimologicamente ‘teletrabalho’ vem da união das palavras gregas e latinas *telou* e *tripaliare*, que querem dizer ‘longe’ e ‘trabalhar’, respectivamente”. O teletrabalho pode ser conceituado como o trabalho que é realizado pelo empregado, mas em um ambiente diferente da empresa, podendo ser na sua própria residência, em um escritório, ou qualquer outro local diverso do ambiente da empresa, podendo, inclusive, ser prestado até em outro país. Ou seja, pode ser caracterizado como uma forma de trabalho a distância, com base na internet, que tem importantes conseqüências espaciais.⁵

Em outras palavras, o teletrabalho é a modalidade de trabalho a distância, efetuado com o auxílio de meios de telecomunicações e/ou recursos computacionais. Segundo Garcia, o teletrabalho é um novo trabalho à distância, característico dos tempos modernos, uma vez

3 NILLES, Jack M. *Fazendo do Teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Futura, 1997, p.9.

4 NILLES, Jack M. *Fazendo do Teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Futura, 1997, p.9-10.

5 ESTRADA, Manuel Martín Pino. Panorama juslaboral do teletrabalho no Brasil, na OIT, Venezuela e Espanha. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 123, p.97-119, jul./set., 2006, p.101.

que a tecnologia permite a realização desse ofício fora do ambiente empregatício, mantendo o vínculo com o empregador, através dos recursos eletrônicos e da informática.⁶

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define o teletrabalho como sendo aquele que é executado com o uso das novas tecnologias da informação e comunicação, em um local distante do escritório central ou instalação de produção, onde o trabalhador não tem nenhum contato pessoal com os colegas, mas pode comunicar-se com eles por meio das novas tecnologias. Segundo Martinez, o teletrabalho não é só uma forma de trabalho em domicílio, mas é uma nova estruturação laboral, em que o empregador encontra-se ausente fisicamente do estabelecimento empresarial, mas presente de maneira virtual, através de meios telemáticos, buscando atender os anseios profissionais.⁷

Balsan, em sua tese de defesa de mestrado, assinalou que o teletrabalho consiste num método mais flexível para realizar as atividades laborais. Essa nova modalidade, ainda que a distância, permite que o empregado mantenha contato com o empregador através da internet e da telefonia, podendo realizar suas atividades que até então eram realizadas só no estabelecimento empresarial, em ambiente diverso sem perder o vínculo com a empresa e com o empregador.⁸

No direito brasileiro, a definição legal de teletrabalho se encontra no capítulo II-A da CLT (LGL\1943\5), introduzido pela Lei 13.467/2017 (LGL\2017\5978), em seu artigo 75-B, possui a seguinte redação “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.” Dentre os mais variados conceitos e definições da modalidade do teletrabalho, depreende-se que algumas características são comuns a todos, tais como: trabalho realizado por um empregado em local distinto do empregador, através de uma contraprestação pecuniária, utilizando-se de mecanismos de transmissão ou processamento de dados e com objetivo de elaborar um produto ou prestar um serviço conforme as especificações do empregador, independente de quem proporciona o equipamento, os materiais ou outros elementos utilizados para tanto.

É importante mencionar que, seguindo a linha de pensamento de Fincato, Guimarães e Matte, o teletrabalho não se resume basicamente na alteração do local ou ambiente escolhido para o desenvolvimento da atividade laboral, mas também, inclusive, para incluir o trabalhador, que ao utilizar a tecnologia a seu favor, se depara com uma nova proposta de execução de trabalho, mais livre e flexível, no entanto, individual, uma vez que devido à ausência do vínculo do trabalhador com a empresa empregadora, ocorre o afastamento do indivíduo teletrabalhador da rotina da empresa e dos demais funcionários.⁹

3 OS IMPACTOS DA COVID-19 E A EXPANSÃO DO TELETRABALHO

A COVID-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus, SARS-CoV-2, que foi identificado pela primeira vez em dezembro de 2019, em Wuhan, na China. A doença

6 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.253.

7 MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.252.

8 BALSAN, Jorge. *Perfil do Teletrabalhador*. 2001. 88f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção). Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, Florianópolis, 2001, p.8.

9 FINCATO, Denise; GUIMARÃES, Cíntia; MATTE, Maurício (Orgs.). *Direito e Tecnologia - Reflexões Sociojurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

pode ser transmitida de pessoa para pessoa, por meio de pequenas gotículas do nariz ou da boca, que se espalham quando uma pessoa com COVID-19 tosse ou espirra e outra pessoa saudável inspira essas gotículas de ar, contaminadas pelo vírus. A transmissão também pode acontecer por meio de objetos ou superfícies contaminadas, quando tocadas pelas pessoas e essas tocam seus olhos, nariz ou boca, fazendo com que o vírus entre em contato direto com seu organismo. Segundo as recomendações do Ministério da Saúde, é importante manter mais de 1 metro de distância de uma pessoa doente.

Os sintomas mais comuns da COVID-19 são: febre, cansaço e tosse seca. Alguns pacientes podem ter dores, congestão nasal, corrimento nasal, dor de garganta ou diarreia. Algumas pessoas são infectadas, mas não apresentam sintoma algum. A maioria das pessoas (cerca de 80%), se recupera da doença sem precisar de tratamento especial. Uma em cada seis pessoas que está com COVID-19 fica gravemente doente e desenvolve dificuldades respiratórias. As pessoas idosas e as que têm outras condições de saúde, como: hipertensão, problemas cardíacos ou diabetes, têm maior probabilidade de desenvolver o estado grave da doença.

Essa é a doença responsável por causar uma das maiores crises econômicas e, em síntese, mudar o mundo como o conhecíamos no ano de 2020.

Como se sabe, um dos efeitos da pandemia, nas organizações econômicas, foi a postura de empregadores buscarem novas alternativas para a manutenção de suas empresas e a continuidade dos trabalhos. O teletrabalho foi uma das melhores alternativas em meio a esse cenário de adaptações no âmbito trabalhista, uma vez que possibilitou a continuação das atividades, permitindo que as empresas e empregadores buscassem algum nível de produtividade (e lucros), mesmo em meio a essa situação que assolou o mundo inteiro.

Segundo o estudo “Tendências de Marketing e Tecnologia 2020: Humanidade redefinida e os novos negócios”, criado por André Miceli, Coordenador do MBA de Marketing Digital da Fundação Getúlio Vargas (FGV), calcula-se um crescimento de 30% da adoção do teletrabalho após a pandemia. Em muitas áreas observou-se uma efetiva admissão do teletrabalho, o que levou as empresas a refletirem sobre isso. André Miceli em seu estudo menciona que, na instabilidade provocada pela pandemia, é necessário ser flexível com estruturas e modelos para fazer a empresa prosperar. É importante observar e se atentar para os benefícios que esses tipos de trabalho trazem para o trabalhador, como aumento entre 15% e 30% na produtividade da empresa.

Essa modalidade de trabalho a distância tornou-se um diferencial para as empresas que o adotam. É fruto das novas tecnologias, que está modificando as relações de trabalho e da sociedade. Algumas empresas têm buscado o teletrabalho como uma política de bem-estar para seus colaboradores. Conforme a pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (SOBRATT), 70% visam a melhoria da qualidade de vida e 47% em concessão de benefícios os empregados e outros 47% em atração para novos talentos.

Diante dos riscos de contaminação e propagação da COVID-19 no Brasil e no mundo, estão sendo adotadas as mais diversas providências, com a finalidade de conter a disseminação dessa doença. Nesse sentido, foi editada a Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, que dispõe sobre as medidas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus (COVID-19), e dá outras providências.

A medida provisória versava, em seu capítulo II, sobre como se deve proceder a

utilização do teletrabalho nessa situação de estado de calamidade pública, diante da impossibilidade dos empregados continuarem a exercer suas profissões normalmente. Ou seja, os legisladores cuidaram de tratar sobre o teletrabalho como uma alternativa para dar continuidade à relação empregatícia, mediante as orientações de isolamento, determinadas pelo Ministério da Saúde para conter o coronavírus.

O artigo 4º da medida provisória declarava que:

Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

Conforme será visto, o legislador estabelece que o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial do empregado para o teletrabalho, o trabalho remoto ou qualquer outro trabalho a distância, bem como determinar o retorno ao trabalho presencial, independentemente da existência de acordos, sejam estes individuais ou coletivos, dispensando o registro no contrato individual de trabalho.

Ao contrário do que está previsto no artigo 75-C, §1º da CLT, a medida provisória, ao adotar uma nova hipótese para o uso do teletrabalho, ainda que em fase de relevância e urgência em decorrência da COVID-19, traz uma insegurança contratual, deixando a mercê do empregador a mudança para a alteração do contrato de trabalho, sem que haja a manifestação de vontade por parte do empregado, uma vez que ele se encontra habituado ao regime presencial.

4 A REFORMA TRABALHISTA E A NORMATIZAÇÃO DO TELETRABALHO NO BRASIL

Foi do Projeto de Lei nº 6.787/2016 que “nasceu” a Reforma Trabalhista, aprovada pelo governo Temer, em julho de 2017, que se converteu na Lei nº 13.467/2017. Essa Reforma provocou uma profunda alteração no ordenamento jurídico que regulava as relações trabalhistas, não ocorrida desde a instituição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943. Essa modificação aprovada por Temer, em sua essência, já tinha sido proposta anteriormente, no governo de Fernando Henrique Cardoso (1995/2001), porém, não foi votada. O Projeto que Fernando Henrique apresentou ficou conhecido como: “Projeto Sandro Mabel” (Deputado Federal entre 1995/1999). Revela Henrique Correa que o projeto de Lei nº 6.797 de 23/12/2016 tratava apenas de uma pequena reforma trabalhista, uma vez que a alteração proposta mudava poucos artigos da CLT, assim como aconteceu com a Lei nº 6.019/74, que tratava a respeito do trabalho temporário e a terceirização de serviços.¹⁰

A alteração provocada pela aprovação da Reforma Trabalhista, criada por meio de diversos pensamentos de entidades patronais e instituições financeiras, que tinha como objetivo, segundo Manzano e Caldeira descrevem, de contribuir para diminuir a rigidez do mercado de trabalho, diminuir os gastos com a atividade laboral, aumentar o crescimento da produção das empresas, e conseqüentemente, promover o crescimento do emprego, alterando a imagem degradada do mercado de trabalho, observada nos últimos anos.¹¹ Conforme o entendimento

10 CORREA, Henrique. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: JusPodvm, 2018, p.65.

11 MANZANO, Marcelo; CALDEIRA, Christian Duarte. Dinâmica recente do mercado de trabalho brasileiro ainda nos marcos da CLT. In: KREIN, José Dari Denis; GIMENEZ, Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos (Orgs.). *Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018, p.71.

do professor Graciliano Toni (2018), os objetivos da Reforma Trabalhista foram: diminuir as incertezas, ampliar e garantir o espaço da negociação, reduzindo os gastos com transação, e impedir a litigiosidade, racionalizando o processo do trabalho.

Alguns pontos merecem ser listados, pois referem-se à assuntos em que a Reforma Trabalhista criou ou modificou, alterando assim a CLT: a) Terceirização, contrato intermitente, parcial, autônomo, temporário, negociação da dispensa; b) Jornada *in itinere*, ampliação da compensação do banco de horas, redução do tempo computado como horas extras, extensão da jornada 12x36 para todos os setores de atividade, flexibilidade diária da jornada, redução do intervalo de almoço, parcelamento de férias, negociação individual do intervalo para amamentação; c) Pagamento por produtividade, gorjetas, pagamento em espécie, participação nos lucros ou resultados, abonos e gratificações, livre negociação dos salários; d) Insalubridade (gestante e lactante), restrições à fiscalização, teletrabalho; e) Fragmentação da classe, descentralização das negociações, regras para a representação no local de trabalho, formas de custeio da organização sindical; f) Ampliação do papel dos mecanismos privados de conciliação, eficácia liberatória dos acordos, quebra do princípio da gratuidade.

Com as inúmeras alterações realizadas pela Reforma Trabalhista, uma merece destaque para dar andamento e complementar o presente estudo, que consiste no artigo 62, inciso III da CLT, que versa sobre a exclusão dos empregados em regime de teletrabalho da jornada de trabalho, ou seja, o inciso III do artigo 62 da CLT exclui os empregados que trabalham a distância, através de instrumentos telemáticos ou informatizados, do capítulo “Da Duração do Trabalho”. Isso significa que esses trabalhadores, mesmo que sejam controlados, passam a não ter direito a horas extras, intervalo intrajornada, intervalo interjornada, hora noturna e adicional noturno.

Esse inciso que foi inserido com a Reforma Trabalhista, implicou diretamente na contabilização da jornada de trabalho dos empregados que se encontram nessa modalidade de regime a distância, gerando inúmeras consequências para os direitos dos teletrabalhadores. Todas as modificações da criação e as repercussões provocadas com a inclusão desse inciso, serão analisadas e estudadas com mais profundidade no capítulo seguinte.

4.1 modificações na CLT e a regulamentação do Teletrabalho

A Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, ao introduzir modificações na CLT, também criou um novo capítulo: o capítulo II-A, cuidando de tratar sobre o teletrabalho, com diversas regras dispendo sobre essa atividade, através dos artigos 75-A a 75-E. Como mencionado nos capítulos anteriores, o conceito de teletrabalho está presente no art. 75-B, e para ratificar a sua conceituação, nas palavras de Rocha e Muniz o teletrabalho consiste na prestação de serviços a qualquer título, desde que seja realizado a distância, ou externado, com a utilização de instrumentos de informática ou telemática, em favor de outrem.¹²

Para Carrion, o teletrabalho é o exercício da atividade laboral em subordinação ao empregador, realizado, de preferência, na casa do empregado, com o auxílio dos instrumentos da informática e da tecnologia. O teletrabalho é uma espécie do gênero trabalho a distância, que não pode ser confundido com o trabalho realizado em domicílio, no âmbito trabalhista.

12 ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karmen de Carvalho Bifano. O Teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pósmoderno. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 57, p. 101-115, jan./dez., 2013, p.102.

Diferencia-se do trabalho doméstico, pela característica específica da utilização dos recursos tecnológicos e da telemática. O trabalho em domicílio é um fenômeno bastante comum e é, há muito tempo, regulamentado no Direito brasileiro. Um exemplo de trabalho a distância é o caso das costureiras que levam peças da indústria para confeccionar em sua casa.¹³

Embora o artigo 6º inserido na CLT, através da Lei 12.551/2011, afirme que não há distinção entre trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o realizado a distância, a Lei nº 13.467/2017 alterou parte do entendimento adotado, quando a proteção do trabalhador transcende a simples caracterização do vínculo jurídico, devendo ser pensado, ademais, sobre as condições de trabalho, o meio ambiente de trabalho como um todo, e a proteção que o trabalhador deve receber, não importando qual o seu local de trabalho, fatores estes que, em parte, são negligenciados em detrimento da possibilidade do *home office*, visto como ideal para vantagens recíprocas.

Frederico Silveira e Silva atesta que o teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância. Um equívoco é compará-lo ao trabalho em domicílio, uma vez que o teletrabalho não se limita ao domicílio, podendo ser realizado dentro da própria empresa, abstraindo o contato direto com o empregador e o empregado, como também em outros centros descentralizados da empresa e dotados de instalações e equipamentos próprios para o desenvolvimento de tarefas, por meio do uso de avançadas tecnologias da informação e comunicação.¹⁴

O trabalho a domicílio difere do teletrabalho. Este, de acordo com Barros, trata da execução de atividades mais completas do que as atividades realizadas de maneira usual, mas devido a utilização e abrangência de diversos setores, como por exemplo, secretariado, assistência técnica, consultoria, vendas e operações mercantis, gestão de recursos, contabilidade, jornalismo, redação, desenho, utilizando-se dos recursos tecnológicos, como a informática.¹⁵

É válido ressaltar que a expressão “preponderantemente”, utilizada no caput do artigo 75-B, é detalhada no parágrafo único que lhe segue, segundo o qual, “o comparecimento às dependências do empregador, para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento, não descaracteriza o regime de teletrabalho”. Ou seja, a presença do empregado no estabelecimento empresarial não afasta a figura do teletrabalhador, embora ele frequente este ambiente para a realização de alguma atividade inerente a sua função. O teletrabalhador não precisa ficar permanentemente distante do espaço físico do empregador, basta que isso ocorra na maior parte do tempo.

Entre as possíveis estações de trabalho, pode-se enquadrar, inclusive, o domicílio do empregado para a realização de serviços laborais. Sobre a localização do empregado, acrescenta-se Stolz e Marques, ademais, que além da residência do trabalhador, o teletrabalho pode ocorrer também: nos centros satélites, que podem ser identificados como sendo os locais pertencentes à empresa, diversa da matriz ou filial; nos telecentros, denominados os locais mantidos de forma conjunta por vários teletrabalhadores; nos “*telecottages*”, que são os telecentros mantidos nas zonas rurais ou de menor escolaridade, que tem por objetivo fixar o trabalhador residente na zona rural; de forma móvel, eis que ausente local definido e determinado.¹⁶

13 CARRION, Valentin. *CLT: comentários à consolidação das leis do trabalho*. 40. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2015, p.45.

14 SILVA, Frederico Silveira e. O teletrabalho como novo meio de laborar e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, 2004, p.102-109.

15 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9.ed. São Paulo: Ltr, 2013, p.327.

16 STOLZ, Scheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Orgs.). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

No que diz respeito ao contrato de trabalho realizado pelo empregador e o empregado em regime de teletrabalho, a CLT, em seu artigo 75-C, determina que prestação de serviços de teletrabalho deve constar expressamente do contrato individual de trabalho, com a descrição de atividades realizadas pelo empregado:

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Corroborando com o entendimento de Spielmann “essa disposição atende à lógica de todo o sistema, pois o tradicional continua sendo atividade laboral realizada nas dependências da empresa. Dado que o teletrabalho escapa da regra geral dos contratos de trabalho, deverá constar expressamente no contrato.”¹⁷ Como o teletrabalho consiste basicamente numa exceção ao trabalho realizado dentro do ambiente laboral da empresa, é necessário especificar, no contrato individual de trabalho, a modalidade do teletrabalho e as tarefas que irão ser desempenhadas por esse empregado. Essa exigência certamente pode ser cumprida tanto por formalização de um instrumento contratual formal, ou o registro nas “anotações gerais” da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do teletrabalhador.

O parágrafo primeiro do artigo 75-E estabelece que poderá ocorrer a alteração de maneira facultativa entre regime presencial e de teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes e que seja realizada a mudança contratual. Ou seja, caso o contrato de trabalho tenha iniciado em regime presencial, poderá haver mudança para o regime de teletrabalho, mediante aditivo contratual e mútuo acordo das partes. É possível realizar o inverso, a mudança do regime de teletrabalho, para o regime presencial, mas deve ser realizado mediante determinação do empregador, com correspondente aditivo contratual e prazo de transição de quinze dias, conforme está presente no parágrafo 2º do artigo 75-C, anteriormente citado.

É importante considerar que o prazo de transição mínimo exigido pela lei, acontece somente na mudança do regime de teletrabalho para o regime presencial, e não o contrário. Observa-se que não se vê possibilidade de reversão da decisão do empregado, caso ele não se adapte ao regime de teletrabalho, apenas a alteração unilateral do empregador, caso decida realizar a mudança do regime de trabalho do seu empregado. Nota-se que nas duas hipóteses apresentadas nos parágrafos do artigo 75-C, é preciso realizar o aditivo contratual.

Dando prosseguimento à análise dos artigos que versam sobre o teletrabalho, o artigo 75-D aborda a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento do que é necessário para trabalhar em regime de teletrabalho:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da

17 SPIELMANN, Mônica Emília Gerke. *O teletrabalho nas relações laborais no Brasil*. 2017. 90f. Monografia (Especialização em Direito do Trabalho). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p.69.

infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Esse dispositivo menciona que as despesas necessárias para prestação do trabalho remoto serão previstas em um contrato escrito, sem definir de quem serão essas despesas, podendo-se inferir que será objeto de negociação entre empregado e empregador. O contrato de teletrabalho pode prever a responsabilidade pelos custos desse tipo de regime para quaisquer das partes, seja empregador ou empregado. Se o empregador custear essas despesas, elas não configurarão salário, como está previsto no parágrafo único do artigo supramencionado.

Cassar explica que, através da redação do artigo, os custos poderão ser repassados ao empregado. No entanto, realizando-se uma análise sistemática, é do empregador os riscos do empreendimento, em conformidade com o princípio da alteridade, que está previsto no artigo 2º da CLT, ratificando que: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”¹⁸ Francisco Ferreira e Jouberto de Quadros Pessoa ratificam essa mesma ideia, quando afirma que o risco causado pela atividade econômica é do empregador, em virtude do artigo 2º da CLT. Devido a isso, os gastos com a aquisição de equipamentos e as despesas com a manutenção é de responsabilidade do empregador. Embora a CLT exija a previsão contratual sobre a responsabilidade para tratar sobre essas despesas, a existência de cláusula escrita não deveria retirar o dever do empregador de arcar com os gastos decorrentes do teletrabalho, nem de transferi-lo para o empregado.¹⁹

Dessa forma, uma interpretação sistemática da CLT aparenta levar ao entendimento de que o empregado não poderia ter a obrigação de arcar com as eventuais despesas que surgirem em decorrência da atividade prestada, quando se encontrar em regime de teletrabalho, devendo o empregador assumir os riscos e obrigações comunicados previamente no contrato escrito, resguardando e protegendo o empregado de recair com tais prejuízos, conforme estiverem estabelecidos no contrato escrito. Conforme Leite, a existência do contrato escrito não pode implicar na transferência dos riscos da atividade laboral para o empregado, para não contrariar o artigo 2º da CLT, bem como empregador não pode transferir os gastos com a atividade laboral para o trabalhador usando como fundamento o artigo 75-D da CLT, indo de contra a princípios fundamentais de valorização do trabalho e da própria livre iniciativa.²⁰

A CLT, ao positivar o princípio da alteridade, retira a obrigação do empregado de arcar com todas as despesas advindas do exercício do teletrabalho, ficando, o contrato de trabalho, responsável pela previsão de todos os gastos que serão necessários para a execução adequada do seu serviço. Diante disso, Miziara, diz que o contrato deverá prever as regras no tocante à responsabilidade pelo fornecimento (quem vai na loja comprar), manutenção (o empregado fará mediante reembolso, empresa terceirizada, ou o próprio patrão) e toda a infraestrutura necessária para o desenvolvimento da atividade. Além da forma e prazo de

18 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.661.

19 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Pessoa. *Direito do trabalho*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.1187.

20 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.235.

reembolso, bem como as formalidades exigidas (tal como apresentação de nota fiscal), deverão ser dispostos no contrato.²¹

A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, no enunciado 70, também adota essa linha de pensamento sobre o custeio de equipamentos no teletrabalho:

O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT.

O último artigo do capítulo II-A (Do Teletrabalho) inserido com a Reforma Trabalhista, artigo 75-E, prevê que o empregador deverá instruir os empregados quanto às precauções para evitar acidentes de trabalho. Em contrapartida, o empregado deverá seguir essas instruções fornecidas pelo empregador, através da assinatura de um termo de responsabilidade, no qual assume o compromisso em seguir as orientações dada pelo empregador, como pode-se observar a legislação abaixo:

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

A própria Constituição federal em seu artigo 7º, incisos XXII e XXVIII, trata, em seus dispositivos, sobre a proteção ao meio ambiente de trabalho do empregado, como forma de evitar a ocorrência de acidentes na esfera trabalhista, que devem ser observados numa relação laboral, principalmente no que se refere à modalidade de serviço a distância, uma vez que a atividade laboral é prestada em outro ambiente diverso do local em que se encontra o empregador.

O legislador atribuiu ao empregador, no artigo 75-E da CLT, o cargo de orientar os empregados sobre os cuidados que devem tomar para evitar doenças e acidentes de trabalho, cabendo ao trabalhador assinar um termo de responsabilidade, assumindo o compromisso de seguir todas as instruções dadas pelo empregador. Aparentemente, esse artigo retira do empregador a responsabilidade de arcar com a prevenção e possíveis acidentes de trabalho, esquivando-se da competência de zelar pela saúde e segurança do teletrabalhador, pois deixa toda a responsabilidade atribuída no termo assinado por ambos.

5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ART. 62, INCISO III DA CLT

Pode-se conceituar jornada laboral como sendo a quantidade de tempo em que engloba o trabalho diário de um empregado, ou seja, é o tempo de trabalho exercido diariamente pelo trabalhador em prol do seu empregador, como forma de obrigação advinda de um contrato de trabalho. Corresponde tanto ao número de horas diárias de trabalho que o trabalhador

21 MIZIARA, Raphael. Teletrabalho: reforma trabalhista não autoriza que despesas com aquisição ou manutenção dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária ao trabalho sejam transferidas ao empregado. *LTr Suplemento Trabalhista*. São Paulo, v. 53, n. 65, p. 337-338, set. 2017, p.338.

presta à empresa, como o período em que o empregado fica à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. Para Delgado, a jornada de trabalho consiste no tempo que o trabalhador se encontra a disposição do empregador, em razão do contrato firmado.²²

Diante disso, é uma redundância falar em jornada diária, porque toda jornada é obviamente diária; constitui, por outro lado, uma incoerência chamar em jornada semanal ou mensal, porque jornada diz respeito somente ao dia.

A CLT traz, em seu artigo 58, o conceito da jornada regular de trabalho, pois refere-se à jornada cujos limites estão fixados em lei, conforme pode-se ver: “a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite. ” O próprio legislador cuidou de especificar, na CLT, a limitação da jornada de trabalho.

Observa-se que a jornada de trabalho está diretamente relacionada à rotina dos horários do trabalhador na empresa, seja quando estiver efetivamente trabalhando, esperando ou aguardando ordens do empregador. O período normal é de 8 (oito) horas por dia e de 44 (quarenta e quatro) horas semanais de trabalho realizado pelo empregado, que é definido de acordo com a legislação trabalhista brasileira, previsto no artigo 7º da Constituição federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

As normas sobre duração do trabalho têm por objetivo primordial tutelar a integridade física do empregado, evitando-lhe a fadiga, a renúncia pelo trabalhador, no âmbito da relação de emprego. Assim, o Direito laboral, dentre outros objetivos, visa estabelecer limites de jornadas diárias e semanais, determinando um máximo permissível, no interesse de proteção da saúde do trabalhador.²³ Ou seja, o ofício prestado dentro de um tempo adequado tem como finalidade preservar a saúde do empregado, uma vez que ele tem um papel fundamental na produtividade das empresas e comércio. Um trabalhador que se encontra descansado e gozando de saúde desenvolve melhor suas atividades, gerando mais lucros para o empregador.²⁴

Apesar de todo o zelo da Carta Magna em estabelecer condições mínimas que devem ser protegidas e respeitadas em favor do empregado, a CLT ainda apresenta falhas que acabam por prejudicar, seja direta ou indiretamente, o empregado. A Lei 13.467/2017 inseriu ao artigo 62, o inciso III, que exclui do capítulo da jornada de trabalho os empregados que se encontrem em regime de teletrabalho. Conforme se observa: “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: III - os empregados em regime de teletrabalho.”

O supracitado dispositivo aparenta confrontar diretamente com o que está descrito no artigo 7º, inciso XIII da Constituição federal, que limitou a jornada de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, mitigando um direito social fundamental, atribuído e garantido ao empregado, direito esse resultante de luta longa dos trabalhadores para se

22 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.782.

23 CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993.

24 SERAFINI, Lucas. A (in)constitucionalidade do inciso II do artigo 62 da consolidação das leis do trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista. *Revista Perspectiva*. Erechim, v.35, n.130, p. 161-176, jun., 2011, p.164.

obter uma jornada de trabalho digna, diante de muitos anos de trabalho precário, sem tempo para descanso, sem dignidade.

Uma das principais conquistas marcantes dos trabalhadores na história, consiste na limitação da jornada de trabalho. Foi por meio da Revolução Industrial, que teve início no século XVIII, que o trabalho ganhou uma nova repaginação, devido à introdução das máquinas na produção. No Brasil, por exemplo, a industrialização começou a despertar por volta do início do século XX. No entanto, ainda não havia uma regulamentação adequada sobre a jornada de trabalho, pois o que vigoravam eram as regras de cada fábrica, e, por isso, alguns empregados chegavam a trabalhar entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) horas por dia. Foi a partir disso que começaram a surgir as organizações sindicais e as primeiras greves, que tinham como principais objetivos e queixas a duração da jornada de trabalho. Mas, apesar das reivindicações, a limitação da jornada de trabalho levaria algum tempo para ser regulamentada pela Constituição federal do Brasil de 1934, que passaria a prever a duração do trabalho de 8 (oito) horas diárias, além do estabelecimento de outros direitos.

Lauro Henrique Guimarães Correia menciona em sua tese de mestrado que foi somente a partir do ano de 1932 que Getúlio Vargas, por meio de um decreto, instituiu a jornada de 8 (oito) horas diárias, ou 48 (quarenta e oito) horas semanais, a princípio, válidas apenas para o comércio. Era admitida, porém, a extensão até 9 (nove) horas diárias, ou 54 (cinquenta e quatro) semanais, por meio de acordo entre as partes, e pagamento de adicional sobre o pagamento normal. No mesmo período, adotava-se também o dia de 8 (oito) horas na indústria. A Constituição promulgada no ano de 1934 tornava-se a primeira legislação de caráter abrangente no Brasil a inserir, em seu texto, a regulamentação da limitação da jornada de trabalho para todos os trabalhadores do país, independentemente da categoria a que pertencessem ou do setor da economia ao qual estivessem ligados.²⁵

Cendron²⁶ pugna pela inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT, alegando a violação do direito de proteção ao trabalhador, afirmando que essa exclusão fere os princípios protetores do trabalhador brasileiro, no qual foram conquistados ao longo da história, a base de muito suor e sangue do proletariado. Esse dispositivo, portanto, merece ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro, pois este preza pela proteção do trabalhador, como pode-se observar pelo contexto da Constituição.

O artigo 6º da CLT mostra que não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de empregado. Sendo assim, se não há distinção entre esses trabalhadores, não há o que questionar a respeito da jornada de trabalho do teletrabalhador, já que o referido profissional é equiparado aos demais trabalhadores. Ou seja, é necessário que seja realizado o controle da jornada de trabalho desses teletrabalhadores, assim como é feito com os demais empregados que se encontram em outros regimes. Com isso, fica evidenciada uma falha do legislador em excluir esses empregados do controle da jornada de trabalho.

Em virtude disso, questiona-se a constitucionalidade do inciso III do artigo 62 da CLT, uma vez que a ausência do controle da jornada de trabalho cria para o teletrabalhador um ambiente de trabalho sem hora para iniciar e encerrar suas atividades, ocasionando horários

25 CORRÊA, Lauro Henrique Guimarães. *Produtividade e jornada de trabalho na indústria calçadista de Franca : quem fica com os ganhos?*. 2005. 217f. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2005, p.33.

26 CENDRON, Guilherme. *Inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT*. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em: 21 abr. 2020.

extraordinários de expediente, indo além do que se encontra previsto constitucionalmente, provocando a dificuldade em realizar a separação entre o momento para o labor e o momento para o lazer, trazendo prejuízos para o empregado, seja ele no âmbito familiar ou até mesmo em sua saúde.

Preconiza Goldschmidt que o artigo 62 da CLT é inconstitucional, visto que não recepcionado pela Constituição Federal, pois o artigo 7, XII, afirma que os empregados, todos, sem exceção, possuem uma jornada de trabalho limitada em 8 horas diárias e 44h semanais. Por isso, o artigo mencionado é inconstitucional. A ausência da jornada de trabalho provoca sérias implicações para o empregado, uma vez que o lapso temporal estabelecido constitucionalmente é o tempo necessário e adequado para o empregado prestar o seu serviço.²⁷

Além disso, apesar de haver mecanismos de comunicação para a fiscalização da jornada de trabalho, em razão do trabalho ser realizado em ambiente fora do estabelecimento do empregador, há uma certa dificuldade em manter um controle efetivo das horas trabalhadas pelo empregado, que passa a trabalhar além horário estabelecido, desrespeitando um direito fundamental garantido ao empregado, de trabalhar conforme fora previsto constitucionalmente, ou seja, 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais. Salientando que, em razão da carga horária excessiva, o empregador terá dificuldades em controlar as horas extras e horas noturnas, bem como os intervalos interjornada e intrajornada, havendo problemas para a efetivação do seu pagamento.

Realizar o controle da jornada de trabalho não é uma tarefa difícil, no entanto, não é fácil aplicar as normas existentes em razão das dificuldades apresentadas devido a distância do empregado do estabelecimento empresarial, afirma Rodrigues.²⁸ No trabalho realizado na residência do trabalhador, não existem as ferramentas adequadas para registrar o ponto do empregado, por exemplo, diferentemente de como acontece na empresa, e devido a isso, o empregador tem dificuldades em validar se o teletrabalhador está de fato, realizando as atividades designadas para ele.

A Constituição Federal, ao criar um limite de jornada de trabalho indiscriminada para todos os empregados, o fez com os olhos voltados ao supraprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com o intuito de favorecer a todos os empregados com o controle da duração do trabalho realizado. O empregado, seja qual for o regime de trabalho em que se encontre, deve ser beneficiado com uma jornada de trabalho digna, que lhe traga benefícios, e não que venha a lhe prejudicar.

Menciona Felipe em sua dissertação de mestrado que a jornada de trabalho em excesso acaba se tornando um inimigo para os empregados que vivem em teletrabalho, em razão não só da facilidade de exercer esse ofício no próprio domicílio, mas das cobranças em excessos para elevar a produtividade, o aumento das ordens ou cobranças devido a falta de restrição de horário.²⁹ Seguindo a linha de análise de Serafini, a limitação da jornada de trabalho é uma garantia que está prevista na Constituição, que surgiu para contemplar o trabalhador com o repouso, com o objetivo de mantê-lo com disposição e saúde suficiente

27 GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Apontamentos sobre a reforma trabalhista*. Criciúma: UNESC – Direito – Mestrado Acadêmico de Direito, 2017, p.11.

28 RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. *Teletrabalho: a tecnologia transformando as relações de trabalho*. 2011. 142f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p.36.

29 FELIPPE, Gabriela de Carvalho. *A internet e as novas tecnologias na relação de trabalho: teletrabalho/home office e a jornada de trabalho*. 2018. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p.77.

para continuar a produzir em benefício do empregador.³⁰ Além disso, o descanso serve para integrar socialmente o trabalhador, para que possa interagir com seus amigos e familiares, construindo uma sociedade justa e feliz.

Ainda na mesma esteira de pensamento, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), aprovou alguns enunciados durante 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizado em 23/11/2007, dentre os quais se encontra o enunciado de nº 17, que discorre sobre a inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT, proposta de autoria de Jorge Luiz Souto Maior. O enunciado prescreve que:

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

Segundo alguns doutrinadores, a alteração legal fere frontalmente os preceitos insculpidos na Constituição federal de 1988, em seu art. 7º, inc. XIII, um direito social conquistado, e eis que corroborando com o pensamento de Camino, sob o manto da tutela constitucional, todos os trabalhadores, sem exceção, estão sujeitos à jornada máxima de 8 (oito) horas.³¹

Inclusive, observa-se que a atividade realizada dentro de um lapso temporal adequado visa preservar a saúde do trabalhador, gerando uma maior produtividade nas atividades desenvolvidas, pois um empregado que tem uma rotina correta e justa, com um bem-estar físico, psíquico e emocional, tem um desempenho maior, produzindo de maneira mais eficaz. Assim, a limitação da jornada de trabalho também tem como finalidade proporcionar ao trabalhador um período de descanso, para que ele possa desenvolver atividades de lazer e se integrar socialmente, cumprindo, assim, o intuito da limitação da jornada de trabalho definida constitucionalmente.

Apesar de existirem estudos tratando a respeito da inconstitucionalidade do inciso III do artigo 62 da CLT, perante as consequências que a ausência de jornada de trabalho ocasiona para os teletrabalhadores, existem doutrinadores que pugnam pelo reconhecimento da constitucionalidade desse inciso, com o fundamento de que é possível realizar o controle da jornada de trabalho através dos meios tecnológicos existentes, bem como a efetivação do pagamento das horas extras devidas. Sobre esses mecanismos de controle de jornada no teletrabalho, Hoffman aponta que essa fiscalização pode se dar de forma “direta (por meio, por exemplo, da determinação de horários a serem observados para a conexão com o computador central da empresa”, ou de “forma indireta (por meio de ‘software’ confeccionado para registrar a atividade desempenhada junto ao computador) ”.³²

Entretanto, para Adalberto Martins, tal posicionamento da inconstitucionalidade do inciso III do artigo 62 da CLT, não parece refletir a melhor exegese do dispositivo consolidado,

30 SERAFINI, Lucas. A (in)constitucionalidade do inciso II do artigo 62 da consolidação das leis do trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista. *Revista Perspectiva*. Erechim, v.35, n.130, p. 161-176, jun., 2011, p. 173.

31 CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p.405.

32 HOFFMAN, Fernando. O teletrabalho e a nova competência da justiça do trabalho: um desafio aos direitos material e processual do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*. Curitiba, v. 3, n. 33, p. 85-122, set, 2014, p. 113-114.

pois não se está legitimando a obrigatoriedade de os empregados cumprirem jornadas superiores a 8 (oito) horas, e sim excepcionando a situação de alguns empregados, cujas jornadas de trabalho não são, efetivamente, controladas pelo empregador.³³

Ratificando o entendimento da constitucionalidade do inciso III, segue transcrição de trechos de Acórdãos da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em que as relatoras afirmam que a tecnologia atual permite que as empresas façam a devida fiscalização da jornada dos trabalhadores:

AGRAVOS DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE E DA PRIMEIRA RECLAMADA. [...] Nos dias atuais, tendo em vista os recursos de tecnologia de que as empresas dispõem ou aos quais têm acesso, é possível a fiscalização da jornada de trabalhadores nas mais diversas funções. Tanto é assim que, acompanhando a evolução da sociedade e da tecnologia, recentemente, o art. 6.º da CLT foi alterado pela Lei n.º 12551/2011 para contemplar o teletrabalho (também chamado de trabalho a distância), que é aquele desempenhado fora do estabelecimento do empregador. O tempo de trabalho pode ser mensurado inclusive por meio de cálculos estatísticos e matemáticos, considerando a produtividade e o tempo médio para o desenvolvimento dessa ou daquela atividade, sendo possível essa mensuração nos trabalhos braçais ou intelectuais [...]. (BRASIL.TST-AIRR-2089-19.2012.5.02.0026, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing). RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA [...] tanto a subordinação jurídica quanto o controle de horário, e jornada, podem perfeitamente se dar também a distância mediante a adoção de instrumentos tecnológicos de controle patronal quanto ao modo da prestação laborativa, entendimento de todo aplicável à interpretação da hipótese do art. 62,1, da CLT [...]. (BRASIL. TST-RR-37- 46.2014.5.04.0601, Relatora: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santo).

O fato do trabalhador exercer as suas funções a distância, por si só, não deve atrair a aplicação da exceção do art. 62, III, da norma consolidada. Pois, de acordo com Adalberto Martins e Felipe Marinho Amaral o teletrabalhador pode encontrar-se monitorado durante toda a prestação de serviços, por meio de sistemas, programas interativos, telefone, entre outros meios. Nesses casos em que o empregador controla o tempo em que o empregado está laborando, não se deve aplicar o art. 62, III, da Consolidação das Leis do Trabalho e, caso a jornada ultrapasse o limite normativo ou constitucional, o empregado deverá receber horas extraordinárias.³⁴

A necessidade do desenvolvimento de aplicativos ou programas destinados a mensurar o tempo de trabalho executado pelo trabalhador decorre, justamente, da necessidade de que o uso das tecnologias relacionado ao labor não deve destinar-se somente aos interesses do capital, mas também aos interesses do trabalho e de sua função social. Os empregadores podem não estar acostumados a isso, mas, para Barreto Junior e Silva as tecnologias viabilizam o controle de jornada a distância. Existem softwares que se destinam a registrar quantas teclas o usuário pressionou num determinado período de tempo, ou fiscalizar os movimentos virtuais do trabalhador, por exemplo.³⁵

33 MARTINS, Adalberto. Manual didático de direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.216.

34 MARTINS, Adalberto; AMARAL, Felipe Marinho. O direito à desconexão no teletrabalho. Revista de direito do trabalho. São Paulo, v. 45, n. 202, p. 201-221, jun., 2019, p.210.

35 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SILVA, Josiane Machado da. Teletrabalho e sociedade da informação: modalidades e jornada de trabalho. Revista Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, v.16, n. 2, p. 29-56, jul./dez., 2015, p.42.

Para Aranda e Segovia, o fato do teletrabalhador poder organizar sua jornada laboral como melhor lhe parece, não significa que ele não está sujeito à normativa sobre jornada de trabalho, até mesmo porque as novas tecnologias oferecem a possibilidade não só de estabelecer a jornada total do empregado, como também de verificar a realização das pausas para saúde e segurança, eventualmente necessárias.³⁶

A fundamentação dos doutrinadores e estudiosos para defenderem a constitucionalidade do inciso III do artigo 62 da CLT, se apoia no fato de que a tecnologia e os meios telemáticos são fortes aliados para auxiliar a controlar a jornada de trabalho dos empregados que se encontrem em regime de teletrabalho, não deixando o empregado ter seu direito violado, garantindo assim, a limitação da sua jornada de trabalho e o pagamento de eventuais direitos relacionados a horas extras que surgirem.

6 CONCLUSÃO

A influência da tecnologia no Direito do Trabalho e a necessidade de trazer inovações frente às mudanças ocorridas no mundo, permitiu que o Direito do Trabalho proporcionasse novas maneiras de tratar as relações trabalhistas. O crescimento tecnológico tem trazido vantagens significativas para o exercício de certas categorias de trabalho, da mesma forma que vem auxiliando o desenvolvimento do Direito do Trabalho em si. Tornar o ambiente laboral mais célere e eficaz é uma das vantagens resultantes do vínculo proporcionado entre tecnologia e trabalho. Com isso, observou-se como o Direito do Trabalho foi influenciado pela globalização e pela revolução tecnológica, e quais foram as consequências apresentadas dessa relação.

Além disso, foi abordada, nesse trabalho, a Reforma Trabalhista, publicada em julho de 2017, e que trouxe alterações significativas na estrutura da CLT, inaugurando assim, um novo período das relações de trabalho no Brasil, que impactou fortemente o empregador e o empregado. Dessas mudanças, um ponto bastante interessante que foi analisado, foi a tipificação de uma modalidade de trabalho a distância, o teletrabalho.

Restou evidenciado que uma nova forma de prestação de serviços a distância foi implantada na CLT, e que revolucionou o modo de exercer atividade laboral: o teletrabalho, no qual o empregador presta o seu serviço em um estabelecimento diverso do ambiente empresarial e utiliza-se da tecnologia e dos meios telemáticos como principais ferramentas de serviço.

Ficou demonstrado que, apesar da inovação da Reforma Trabalhista em criar uma nova forma de prestação de serviços a distância que buscou beneficiar o empregador e o empregado, notou-se uma brecha na legislação que prejudicou a aplicação do teletrabalho. Além da insegurança jurídica proporcionada pela liberdade contratual, seja no aspecto de alteração entre regime presencial para o teletrabalho e/ou vice-versa, ou na responsabilidade pela aquisição de equipamentos para o trabalho, ou no caso de riscos ou acidentes durante o teletrabalho, a Lei 13.467/2017 ainda excluiu os empregados em regime de teletrabalho da jornada de trabalho.

Como está previsto na Constituição federal de 1988, o artigo 170 estabelece que são fundamentos da ordem econômica: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Assim, não basta apenas um salário justo, é preciso condições suficientes para

36 ARANDA, Javier Thibault; SEGOVIA, Angel Jurado. Algunas consideraciones em torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. *Temas Laborales*, nº 72, 2003, p.59.

o empregado se sustentar e prover o sustento de sua família, e, além disso, o trabalhador merece ter sua integridade física e moral respeitada, além da sua dignidade. Com a exclusão da jornada de trabalho dos empregados em regime de teletrabalho, questionou-se a constitucionalidade do inciso III do artigo 62 da CLT, uma vez que a existência da limitação da jornada de trabalho proporciona condições adequadas para o exercício do trabalho, a qual protegerá a sua integridade e dignidade, inclusive, a saúde do trabalhador.

A limitação da jornada de trabalho consiste num direito social que foi adquirido ao longo da história da humanidade, após os trabalhadores terem passado bastante tempo em jornadas de trabalho extraordinárias. Com isso, o artigo 7º, inciso XIII da Carta Magna, a fim de complementar o artigo 170 do mesmo dispositivo, menciona que a jornada de trabalho é de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais. Foi um direito social garantido aos trabalhadores e que também foi estendido aos empregados em regime de teletrabalho. A limitação garante não só um trabalho justo e adequado para o empregado, como também garante a proteção de sua integridade, seja ela física, moral ou psicológica.

O empregado em regime de teletrabalho, ao realizar o seu trabalho em ambiente diverso do estabelecimento empresarial, por muitas vezes exercido em seu domicílio, poderá encontrar-se em situações de labor que vão além das 8 (oito) horas diárias estabelecidas, e como não há o controle da jornada de trabalho, acabam por não gozar de direitos como: horas extras, horas noturnas, intervalos interjornada e intrajornada. Além desses direitos que passam despercebidos por não haver a jornada de trabalho, foi demonstrado que essa jornada extraordinária exercida pelo empregado, acaba gerando problemas de saúde, causados pelo esgotamento mental e físico, além de possíveis problemas na família.

Por fim, restou evidenciada forte posicionamento doutrinário acerca da inconstitucionalidade do inciso III do artigo 62 da CLT, incluído com a Lei 13.467/2017, pela mitigação de um direito social atribuído aos trabalhadores, direito esse conquistado ao longo da história da humanidade, após anos de sofrimento e tratamento desumano em sociedades em que não havia previsão de direitos trabalhistas. Observa-se que a ausência da limitação da jornada de trabalho acarreta não só a falta do controle dessa jornada, mas acaba proporcionando jornadas de trabalho degradantes, que podem prejudicar o empregado não só fisicamente, mas também psicologicamente.

REFERÊNCIAS

ARANDA, Javier Thibault; SEGOVIA, Angel Jurado. *Algunas consideraciones em torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*. Temas Laborales, nº 72, 2003.

BALSAN, Jorge. *Perfil do Teletrabalhador*. 2001. 88f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção). Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, Florianópolis, 2001.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SILVA, Josiane Machado da. Teletrabalho e sociedade da informação: modalidades e jornada de trabalho. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 16, n. 2, p. 29-56, jul./dez., 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9.ed. São Paulo: Ltr, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020*, e dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 mar. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST-37-46.2014.5.04.0601. 4º Turma. Relatora: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santo. Julgado em 15 de março de 2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: publicação em 17/03/2017.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CARRION, Valentin. *CLT: comentários à consolidação das leis do trabalho*. 40. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2015.

CENDRON, Guilherme. *Inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT*. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993.

CORREA, Henrique. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CORRÊA, Lauro Henrique Guimarães. *Produtividade e jornada de trabalho na indústria calçadista de Franca : quem fica com os ganhos?*. 2005. 217f. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2005.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ENUNCIADOS Aprovados na 2ª Jornada. *Segunda jornada de direito material e processual do trabalho*. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 01 abr. 2020.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. Panorama juslaboral do teletrabalho no Brasil, na OIT, Venezuela e Espanha. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 123, p.97-119, jul./set., 2006.

FELIPPE, Gabriela de Carvalho. *A internet e as novas tecnologias na relação de trabalho: teletrabalho / home office e a jornada de trabalho*. 2018. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

FINCATO, Denise; GUIMARÃES, Cíntia; MATTE, Maurício (Orgs.). *Direito e Tecnologia - Reflexões Sociojurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FOLHA informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS/OMS. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 20 abr. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Apontamentos sobre a reforma trabalhista*. Criciúma: UNESC – Direito – Mestrado Acadêmico de Direito, 2017.

HOFFMAN, Fernando. O teletrabalho e a nova competência da justiça do trabalho: um desafio aos direitos material e processual do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*. Curitiba, v. 3, n. 33, p. 85-122, set., 2014.

Home office deve crescer 30% após pandemia, aponta estudo. *Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades*. 12/04/2020. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/index.php/12042020-home-office-deve-crescer-30-apos-pandemia-aponta-estudo/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Pessoa. *Direito do trabalho*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MANZANO, Marcelo; CALDEIRA; Christian Duarte. Dinâmica recente do mercado de trabalho brasileiro ainda nos marcos da CLT. In: KREIN, José Dari Denis; GIMENEZ, Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos (Orgs.). *Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018, p. 69-94.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MARTINS, Adalberto; AMARAL, Felipe Marinho. O direito à desconexão no teletrabalho. *Revista de direito do trabalho*. São Paulo, v. 45, n. 202, p. 201-221, jun., 2019.

MIZIARA, Raphael. Teletrabalho: reforma trabalhista não autoriza que despesas com aquisição ou manutenção dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária ao trabalho sejam transferidas ao empregado. *LTr Suplemento Trabalhista*. São Paulo, v. 53, n. 65, p. 337-338, set. 2017.

NILLES, Jack M. *Fazendo do Teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Futura, 1997.

Pesquisa aponta que teletrabalho pode aumentar 30% após pandemia. *Estado de Minas*. 26/05/2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/patrocinado/ortep/2020/05/26/noticia-patrocinado-ortep,1150798/pesquisa-aponta-que-teletrabalho-pode-aumentar-30-apos-pandemia.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karmen de Carvalho Bifano. O Teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pósmoderno. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 57, p. 101-115, jan./dez., 2013.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. *Teletrabalho: a tecnologia transformando as relações de trabalho*. 2011. 142f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SERAFINI, Lucas. A (in)constitucionalidade do inciso ii do artigo 62 da consolidação das leis do trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista. *Revista Perspectiva*. Erechim, v.35, n.130, p. 161-176, jun., 2011.

SILVA, Frederico Silveira e. O teletrabalho como novo meio de laborar e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. *Revista CEJ, Brasília*, n. 27, p. 102-110, 2004.

Sobre a doença. Ministério da Saúde. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SPIELMANN, Mônica Emília Gerke. *O teletrabalho nas relações laborais no Brasil*. 2017. 90f. Monografia (Especialização em Direito do Trabalho). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

STOLZ, Scheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Orgs.). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

TONI, Graciliano. Professor da USP analisa na FIESP impactos da reforma trabalhista. *Portal Fiesp*. 2018. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/noticias/professor-da-usp-%20analisa-na-fiesp-impactos-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 30 mar. 2020

Recebido em: 17.09.2020

Aprovado em: 12.11.2021

Como citar este artigo (ABNT):

CHAVES, Monique Ellen da Silva; ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. A difusão do *home office* no mundo do trabalho pós-covid: regulamentação normativa e a exclusão da jornada de trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.111-131, set./dez. 2021. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

PARIDADE DE PARTICIPAÇÃO E JUSTIÇA EPISTÊMICA: CAMINHOS PARA ESFERAS INSTITUCIONAIS DE DELIBERAÇÃO INCLUSIVAS E DIALÓGICAS

PARTICIPATION PARITY AND EPISTEMIC JUSTICE: PATHS FOR INCLUSIVE AND DIALOGICAL INSTITUTIONAL SPHERES OF DELIBERATION

Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro ¹

RESUMO: Em um estado democrático de direito, os espaços institucionais que produzem decisões com força de autoridade são destinatários inevitáveis dos desacordos morais sobre questões sociais que surgem de tempo em tempos. Tais espaços são responsáveis pelo traçado da linha que separa as reivindicações reconhecidas como legítimas e albergadas pelo Direito daquelas que não recebem tal reconhecimento. O presente artigo pretende refletir sobre as injustiças que atravessam esses espaços institucionais, as quais impedem, ou dificultam, a promoção da diversidade de falas e construção de escutas sensíveis. Para isso, faz uma análise entrecruzada entre a teoria de justiça de Nancy Fraser com a teoria da autora Miranda Fricker, que se dedica aos estudos das injustiças de ordem epistêmica que podem permear as trocas comunicativas e compreensões do mundo social. A metodologia empregada consiste, portanto, em ampla revisão bibliográfica, voltada a uma sistematização desses dois referenciais teóricos mobilizados. Com isso, o artigo objetiva compreender os diversos tipos de vantagens injustas que grupos privilegiados da sociedade possuem na circulação de suas perspectivas de mundo nos processos de formação de decisões vinculativas.

Palavras-Chave: justiça; democracia; injustiças epistêmicas; decisões vinculativas; esferas discursivas.

ABSTRACT: In a democratic state of law, the institutional spaces that produce authoritative decisions are inevitable recipients of moral disagreements about social issues that arise from time to time. These spaces are responsible for drawing the line that separates the claims recognized as legitimate and sheltered by law from those that do not receive such recognition. This article aims to reflect on the injustices that pervade these institutional spaces, which prevent, or hinder, the promotion of diversity of speeches and the construction of sensitive listening. For that, it makes an analysis intertwined between Nancy Fraser's theory of justice with the Miranda Fricker's theory, which is dedicated to the studies of epistemic injustices that can permeate the communicative exchanges and understandings of the social world. With this, the article aims to contribute to signaling paths that lead to the strengthening of the discursive dimension of institutional spaces, reducing the unfair advantage that privileged groups of society have in the circulation of their perspectives on the world in the processes of forming binding decisions.

Keywords: theories of justice; democracy; epistemic injustices; binding decisions; discursive spheres.

¹ Mestra e Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro na linha de teorias da decisão, interpretação e justiça. Integrante dos grupos de pesquisa "Justiça, Reconhecimento e Assimetrias do Direito" e "Epistemologia Aplicada aos Tribunais" do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da UFRJ. Convidada do programa *Women and Justice* promovido pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos. Defensora Pública Federal.

1 INTRODUÇÃO

Desacordos morais² sobre questões sociais podem ser considerados verdadeiros registros históricos. São capazes de capturarem o surgimento de novas configurações de mentalidade, que impactam diretamente a forma como as pessoas interpretam certos fatos e também o modo como refletem, sentem e julgam. Através da investigação das ideias por detrás de tais conflitos discursivos, é possível entrever, além da própria formação de novas ordens de pensamento, as dinâmicas sociais então vigentes, os tipos de esferas discursivas em atividade e seus ocupantes, bem como o funcionamento das estruturas institucionais que recebem as demandas controversas elegidas como prioridade pela opinião pública em certa ocasião.

Cada época é marcada, ou ao menos lembrada, por certo conjunto de desacordos morais discursivos. Além das controvérsias que habitam o debate público já há algum tempo, como por exemplo àquelas relacionadas ao tema do aborto, legalização das drogas e pena de morte, emergiram nos últimos anos embates complexos sobre certas práticas e formas de pensamento. O impulsionamento de tais discussões se deve em parte ao fenômeno de reconfiguração dos espaços discursivos, com a emergência de novos atores, e a própria construção de novos “palcos”, como por exemplo a emergência das redes sociais como amplificadores das mais diversas, e contraditórias, demandas. Além é claro, do surgimento de certos cenários contemporâneos, que inauguram a possibilidade de dilemas sociais antes imprevisíveis.

Assim, uma pluralidade de subjetividades ativamente participante do debate público atual debruça-se sobre questões do tipo: estátuas e monumentos históricos representativos de autoridades e símbolos reconhecidamente violadores de direitos humanos devem ser removidas dos espaços públicos? Deve ser considerado válido o processo seletivo organizado por uma empresa privada para a contratação apenas de candidatos negros? Uma rede social pode banir perfis de usuários em razão de discursos de ódio? Deve ser admitida a vacinação contra um vírus nocivo letal feita por clínicas particulares para aqueles com capacidade econômica para o pagamento da dose, ainda que não liderem a fila de prioridade estabelecida pelo governo?

Tais questões podem ser analisadas a partir de diversas perspectivas, sendo que uma das formas de abordagem é aquela que identifica uma intensa divergência sobre o ideal de justiça em tais conflitos argumentativos. O consenso naturalmente não é um desfecho que se espera nesse tipo de debate, sendo que a sua riqueza, inclusive, pode residir justamente na pluralidade irreconciliável de diferentes pontos de vista, forjados a partir das identidades e visões de mundo muito particulares. Entretanto, ainda que a heterogeneidade de ideias seja um valor por si só a ser celebrado na vida social, em algum momento o debate que se desenvolve nas esferas discursivas não estatais precisará ser transposto para instituições com capacidade de tomada de decisões com força vinculativa, seja o Parlamento, Judiciário ou instâncias deliberativas do Poder Executivo. É inevitável que assim o seja, pois, num Estado democrático de direito, o que se espera é que os conflitos sociais emergentes sejam

2 De acordo com professor de filosofia Folke Tersman, o desacordo moral é comumente definido como aquele tipo que não pode ser resolvido por meios racionais, porém, refutando essa definição, o autor propõe um novo conceito. Assim, em sua visão, “duas pessoas estão em um desacordo moral se, e somente, se, eles possuem convicções morais conflitivas” (TERSMAN, Folke. *Moral Disagreement*. New York: Cambridge University Press, 2006, p.22. No original: “Two persons are in moral disagreement if and only if they have conflicting moral convictions”). Apesar de especificidades próprias do desacordo moral em si não serem especificamente objeto do presente artigo, considerando suas incontáveis formas de abordagem e controvérsias, comunga-se da definição do referido professor para o desenvolvimento das ideias contidas nesse trabalho.

dirimidos por legítimas instâncias de poder imbuídas de autoridade.

Nesse sentido, se a justiça do conteúdo das reivindicações é matéria extremamente complexa, pois os próprios valores e objetivos em jogo são objeto de disputas discursivas, a estrutura institucional destinatária de tais reivindicações deve garantir a existência de procedimentos discursivos justos. Isso porque, onde não é possível a convergência sobre o conteúdo, a justiça do procedimento garante, ao menos, a legitimidade e validade da decisão tomada. A previsibilidade e transparência dos processos de tomada de decisão são requisitos imprescindíveis para tanto, no entanto, não garantem por si só espaços institucionais de deliberação mais inclusivos e dialógicos.

Considerando que a composição dos debates contemporâneos se caracteriza pela diversidade de atores com possibilidade de fala, não apenas a transposição, mas a recepção dessa pluralidade de vozes e experiências pelos espaços institucionais seria um indicativo de procedimentos mais democráticos e justos. Partindo dessa premissa, o presente trabalho tem interesse em investigar os tipos de injustiça que dificultam a concretização dessa diversidade, isto é, procura compreender quais são os obstáculos institucionais existentes que impedem o reconhecimento de sujeitos e de falas não representativos da perspectiva hegemônica sobre determinado tema. Os impactos, tanto sociais quanto individuais, advindos dessas injustiças também são objeto de reflexão do artigo.

Para o atingimento dos objetivos propostos, será empregada a metodologia da pesquisa bibliográfica, que, a partir de uma ampla revisão dos trabalhos de duas autoras contemporâneas, permitirá o desenvolvimento de uma análise teórica bidimensional desses espaços discursivos institucionais. Assim, entrecruza-se uma abordagem relacionada à participação democrática com uma perspectiva que enxerga as trocas comunicativas e processos de compreensões sociais como práticas epistêmicas socialmente localizadas, portanto, sujeitas às desigualdades das relações de poder. Em relação à primeira abordagem, o trabalho assenta-se nas ideias desenvolvidas pela teórica americana Nancy Fraser, que, ao pensar sobre as formas de participações democráticas contemporâneas, desenvolve uma abordagem tanto substancial quanto procedimental de justiça, apontando a inclusão como um ponto crucial para a tomada de decisões institucionais justas. Assim, para a autora, as normas produzidas pelas estruturas deliberativas devem ser consideradas legítimas se, e somente se, permitem a participação, direta ou indireta, de todos aqueles que são atingidos por essas normas, já que governam suas interações interpessoais³.

Além disso, por considerar que a diversidade de participantes e a implementação de uma lógica democrática de intervenção não garantem de forma absoluta a existência de um debate equânime e efetivo, o presente trabalho investiga, ainda, um tipo muito específico de injustiça, denominado “injustiça epistêmica”, baseando-se, nesse ponto, na obra da filósofa Miranda Fricker. A professora inglesa, referência nos estudos contemporâneos desse tema, propõe um olhar socialmente localizado da epistemologia, sinalizando que tanto o ato de troca comunicativa quanto o ato de compreensão dos fatos sociais estão ambos sujeitos a certos obstáculos que se manifestam em razão da identidade social da pessoa do comunicante ou do sujeito que estrutura a compreensão de mundo. Tais obstáculos, reflexos de um quadro de injustiça social mais amplo, são capazes de impedir, ou dificultar, a formulação de demandas e contestações inteligivelmente compreensíveis, contribuindo para o alijamento de certas

3 FRASER, Nancy. *Scales of Justice*. New York: Columbia University Press, 2010, p.65.

experiências e falas do debate público institucional⁴.

Como será visto, a paridade de participação nas esferas discursivas, concepção desenvolvida por Nancy Fraser, e a justiça epistêmica desses espaços, conforme visão de Miranda Fricker, são elementos cruciais para a efetiva inserção de falas plurais nos espaços institucionais de deliberação. A forma como tais elementos se inter-relacionam e as potencialidades daí advindas são contribuições que o presente trabalho pretende trazer aos estudos voltados às dinâmicas desenvolvidas nas arenas deliberativas institucionais. Além disso, a proposta de um diálogo entre a teoria democrática e a epistemologia de cunho social visa, sobretudo, fomentar uma análise que não se restrinja apenas às falas, mas que realce o papel das escutas nas esferas discursivas de poder.

2 OBSTÁCULOS À PARIDADE DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

Espaços institucionais de deliberação, com legítima atribuição para tomada de decisões vinculativas em relação a toda a sociedade, são concretizações de um modelo de democracia, mas não necessariamente são espaços de concretização de justiça. A obediência às previsões legais previstas antecipadamente, bem como a adequação à ordem jurídica então vigente, pode garantir a justiça das decisões institucionais sob certa ótica. Porém, uma perspectiva multidimensional dessa categoria “justiça” exige uma ampliação do olhar, para que os participantes dos processos de deliberação também sejam enxergados e a diversidade de vozes seja levada em consideração. É o que propõe Nancy Fraser, ao indicar a necessidade de expansão do foco das teorias da justiça tradicionais, para que não apenas o conteúdo das normas vinculativas, mas também o “quem” e o “como” dos processos de deliberação sejam objeto de análise e de propostas reformulativas⁵.

Possível dizer que essa necessidade de expansão das teorias tradicionais de justiça é um espelhamento, ou uma consequência, da reformulação que a autora propõe para o conceito de “esferas públicas discursivas”. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que realça o papel paradigmático que a categoria “esfera pública” formulada por Jürgen Habermas representa para as teorias democráticas, Fraser defende que essa categoria, tal como concebida pelo filósofo alemão, precisa passar por formulações críticas e reconstruções, caso a intenção seja produzir uma categoria de espaço público capaz de teorizar adequadamente os limites, e obstáculos, da democracia contemporânea⁶.

Para Fraser, o grande mérito da teoria de Habermas reside na identificação de um espaço na sociedade moderna em que a participação política é mediada por meio do discurso, mas que não se confunde com o Estado, nem com o mercado econômico ou com associações civis⁷. Ao mesmo tempo em que destaca a importância das ideias de Habermas, não apenas para a teoria crítica social como também para a prática democrática⁸, a autora não deixa de desenvolver críticas, considerando o quão excludente essa concepção de esfera pública discursiva pode se revelar em sociedades estratificadas e profundamente desiguais. Assim,

4 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of Inclusiveness*, v. 190, n. 07, 2013, p.1317-1332.

5 FRASER, Nancy. *Scales of Justice*. New York: Columbia University Press, 2010, p.59, p.57.

6 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.57.

7 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, 57.

8 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.57.

em sua visão, onde desigualdades sociais persistem, processos deliberativos desenvolvidos dentro das esferas públicas tendem a operar de forma vantajosa aos grupos dominantes e desvantajosa para os subordinados⁹, fato que não seria realçado de forma apropriada pela proposta habermasiana. Tal dicotomia tende a ser exacerbada quando há apenas um único espaço público compreendido enquanto tal, pois,

neste caso, membros de grupos subordinados não possuiriam arenas de deliberação entre eles, em que pudessem discutir suas necessidades, objetivos e estratégias. Tais grupos não teriam vias através das quais pudessem empreender processos comunicativos que não fossem desenvolvidos sob supervisão dos grupos dominantes. Nesta situação, eles estariam menos propensos de achar a voz correta ou as palavras para expressar seus pensamentos, e mais propensos a manter suas demandas inoculadas¹⁰.

Como forma de contornar essa configuração excludente, Fraser propõe uma “historiografia revisionista da esfera pública¹¹”. Nesse sentido, chama atenção para a existência de uma multiplicidade de arenas discursivas paralelas (papel atualmente desempenhado pelas mídias sociais, fóruns de internet, coletivos universitários, manifestações culturais, etc), onde circulam uma infinidade de “contradiscursos”, desenvolvidos por aqueles que são denominados por ela como “contra públicos subalternos” – isto é, grupos marginalizados da sociedade como mulheres, trabalhadores, negros, gays e lésbicas¹². Tais arenas discursivas paralelas permitem que esses públicos historicamente marginalizados formulem “interpretações concorrentes sobre suas identidades, interesses e necessidades”¹³.

Importante não perder de vista, que, ainda que possam introduzir novas reivindicações e pontos de vista ao debate público, os atores das esferas discursivas não estatais, seja o “contra público” ou a parcela mais privilegiada, não podem por eles mesmos assegurar certas reivindicações e nem tomar decisões vinculativas em relação aos demais membros da sociedade¹⁴. Isso porque, apenas instituições públicas detém tal legitimidade. Nesse sentido, a autora traça a diferenciação entre “público fraco”, que seria aquele meramente formador de opinião, e “público forte”, “cujo discurso abrigam tanto a formação de uma opinião quanto a tomada de uma decisão”¹⁵, como é o caso dos parlamentares.

Portanto, os processos de deliberação dos espaços institucionais são capazes de pôr fim a desacordos morais intensos que dividem os membros de uma comunidade, além de

9 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.66.

10 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.66. No original: “In that case, members of subordinate groups would have no arenas for deliberation among themselves about their needs, objectives and strategies. They would have no venues in which to undertake communicative processes that were not, as it were, under the supervision of dominant groups. In this situation, they would be less likely than otherwise to ‘find the right voice or words to express their thoughts’ and more likely than otherwise ‘to keep their wants inchoate’.”

11 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.67. No original: “revisionist historiography of the public sphere”.

12 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.67.

13 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.67. No original: “which in turn permit them to formulate oppositional interpretations of their identities interests and needs.”

14 FRASER, Nancy. *Abnormal Justice*. In: DIELEMAN, Susan; RONDEL, David; VOPARIL, Christopher J. (ed.). *Pragmatism and Justice*. New York: Oxford University Press, pp. 37-64, 2017, p.56.

15 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.75. No original: “sovereign parliaments are what i shall call strong publics, publics whose discourse encompasses both opinion-formation and decision-making”.

terem a legitimidade de traçarem a fronteira entre o que deve ser considerado ilegal daquilo que deve ser reconhecido como legítimo, por estar albergado pelo Direito. O impacto das decisões institucionais sobre a sociedade não é apenas materialmente profundo, mas também subjetivamente amplo, na medida em que as decisões vinculativas incidem sobre todos os membros, concordem ou não com o conteúdo delas.

Assim, ainda no desenvolvimento de críticas ao modelo habermasiano de esfera pública, Fraser entende que o reconhecimento de espaços discursivos não estatais não significa que instituições democráticas de tomada de decisão (os considerados “públicos fortes”) não devam prestar contas à sociedade civil formadora de opinião (“público fraco”), destinatária direta das decisões com força de autoridade. Isso porque, deve haver uma avaliação dos tipos de arranjos institucionais que melhor asseguram essa prestação de contas, para a garantia de justiça nos procedimentos de formação dessas decisões¹⁶.

Dentro de uma sociedade plural e heterogênea, em que valores e narrativas de mundo podem assumir posições diametralmente opostas, o que se espera é que as esferas institucionais discursivas, assim como aquelas não estatais, consigam capturar e dar conta de representar essa diversidade de subjetividades, de forma a evitar a perpetuação eterna de pontos de vista dominantes. Nesse sentido, Fraser concebe a paridade de participação como um princípio normativo, de acordo com o qual a “justiça exige arranjos sociais (e institucionais) que permitam a todos os participantes a atuarem como pares da vida social”¹⁷. Portanto, o “público forte” (com possibilidade de tomada de decisões vinculativas) deve garantir o máximo de representatividade do “público fraco” (sociedade civil) em seus processos de deliberação. Esse é o tipo de arranjo institucional que melhor asseguraria a justiça das decisões com força de autoridade.

Assim, a superação de um quadro de injustiça perpassaria pelo desmantelamento dos obstáculos institucionais que impedem algumas pessoas de agirem em pares com as outras, como parceiros plenos nas interações sociais¹⁸. Os obstáculos que impediriam a concretização da paridade de participação seriam de três ordens. As pessoas podem ser impedidas de participação plena por “estruturas econômicas que negam a eles os recursos de que precisam para interagir com outros como pares, nesse caso, eles sofrem de injustiça distributiva ou má-distribuição”¹⁹. Paralelamente, as pessoas podem ser impedidas de interagir de forma paritativa “por hierarquias de valor cultural que lhes negam a posição necessária; nesse caso, eles sofrem de desigualdade de *status* ou falta reconhecimento”²⁰. E por fim, as pessoas podem ser impedidas de participação plena “por regras de decisão que negam a eles igualdade de voz nas deliberações públicas e na tomada de decisão democrática, nesse caso, tais pessoas sofrem de injustiça política ou déficit de representação”²¹.

16 FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990, p.76.

17 FRASER, Nancy. *Abnormal Justice*. In DIELEMAN, Susan; RONDEL, David; VOPARIL, Christopher J. (ed.). *Pragmatism and Justice*. New York: Oxford University Press, pp. 37-64, 2017, p.48. No original: “According to this principle, justice requires social arrangements that permit all to participate as peers in social life”.

18 FRASER, Nancy. *Scales of Justice*. New York: Columbia University Press, 2010, p.16.

19 FRASER, Miranda. *Abnormal Justice*. In DIELEMAN, Susan; RONDEL, David; VOPARIL, Christopher J. (ed.). *Pragmatism and Justice*. New York: Oxford University Press, pp. 37-64, 2017, p.48. No original: “people can be impeded from full participation by economic structures that deny them the resources they need in order to interact with others as peers; in that case they suffer from distributive injustice or maldistribution”.

20 FRASER, Miranda. *Abnormal Justice*. In DIELEMAN, Susan; RONDEL, David; VOPARIL, Christopher J. (ed.). *Pragmatism and Justice*. New York: Oxford University Press, pp. 37-64, 2017, p.48. No original: “people can be prevented from interacting on terms of parity by institutionalized hierarchies of cultural value that deny them the requisite standing; in that case they suffer from status inequality or misrecognition”.

21 FRASER, Miranda. *Abnormal Justice*. In DIELEMAN, Susan; RONDEL, David; VOPARIL, Christopher J. (ed.). *Pragmatism and Justice*. New York: Oxford University Press, pp. 37-64, 2017, p.49. No original: “people can be impeded from full participation by decision rules that deny them equal voice in public deliberations and democratic decision-making; in that case they suffer from political injustice or misrepresentation.”

Portanto, a implementação da paridade de participação perpassa por um conjunto de injustiças presentes não apenas na dimensão política, mas também em um plano metapolítico, já que relacionadas também a demandas por redistribuição e reconhecimento, além da demanda por representação nas deliberações públicas. A superação desse quadro não é possível com o enfretamento de apenas uma das dimensões, na medida em que elas operam de forma entrecruzada, exigindo-se análises e estratégias amplificadas. Nesse sentido, a justiça das normas produzidas pelos espaços institucionais deve ser analisada sob duas perspectivas. Devem ser consideradas justas se contribuem para a derrubada dos obstáculos de ordem econômica, cultural e política que impedem a paridade de participação. E são justas se provenientes de processos de deliberação efetivamente abertos à participação plural, ou seja, que contem com a paridade de participação. Assim, o princípio da paridade participativa assumiria, na concepção de Fraser, duas noções: consequencial e processual²².

A implementação da paridade de participação é, portanto, o primeiro passo para que os espaços institucionais ecoem as vozes plurais, dissonantes e muitas vezes conflitantes que circulam pela sociedade, garantindo a justiça das decisões com força de autoridade. Entretanto, a inclusão de novas vozes, sobretudo aquelas que confrontam as narrativas mantenedoras das relações de poder, não significa necessariamente que serão ouvidas. Obstáculos de ordem epistêmica podem prejudicar tanto a inteligibilidade das falas, quanto a credibilidade que lhes são conferidas. Por tal motivo, revela-se imprescindível a análise não apenas sobre o acesso democrático, mas também sobre a justiça epistêmica dos procedimentos institucionais que produzem decisões vinculativas com força de autoridade.

3 OBSTÁCULOS À JUSTIÇA EPISTÊMICA NAS TROCAS COMUNICATIVAS

Além das injustiças de ordem econômica, cultural e política, configurações sociais estratificadas e desiguais produzem outras espécies de opressão que não são facilmente detectadas e raramente são mencionadas nas análises teóricas sobre as instituições democráticas e seus procedimentos. Esse é o caso das injustiças epistêmicas. Tais injustiças indicam que, além da facilidade de acesso a bens sociais de maneira geral, tanto materiais quanto simbólicos, os grupos privilegiados da sociedade possuiriam outro tipo de vantagem que perpassa pela estruturação hegemônica de “nossas compreensões do mundo social”²³ e também pela credibilidade que seus atos de comunicação recebem²⁴.

Os estudos que Miranda Fricker empreende nessa área tornaram-se paradigmáticos ao situar as práticas epistêmicas cotidianas de interpretação do mundo social, bem como a comunicação de experiências e impressões pessoais, como atividades sujeitas às relações sociais de poder²⁵. O desenvolvimento de uma teoria que se assenta no “mal funcionamento” de um sistema é justificado metodologicamente por Fricker, por considerar que há algumas áreas temáticas que não são compreendidas corretamente, “a menos que você olhe para o que está acontecendo no caso disfuncional, e especialmente o caso disfuncional do ponto de vista daqueles que estão no fim da linha”²⁶. Assim, a autora defende uma metodologia

22 FRASER, Nancy. *Scales of Justice*. New York: Columbia University Press, 2010, p.28.

23 FRICKER, Miranda. Epistemic Opression and Epistemic Privilege. *Canadian Journal Philosophy*, v. 29, p.191-210, 1998, p.191.

24 FRICKER, Mirada. Evolving concepts of epistemic Injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA José; POHLHAUS Jr., Gaile (Orgs.). *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. New York: Routlegde, 2017, p.53.

25 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.148.

26 DIELEMAN, Susan. An Interview with Miranda Fricker. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, v. 26, n. 2, p.253-261, 2012, p.256. No original: “I think there are some subject areas that do not come to light properly unless you look at what is going on in the dysfunctional case, and especially the dysfunctional case from the point of view of those who are at the losing end”.

que deva levar em consideração a experiência do vulnerável sempre em primeiro lugar, para a partir daí estruturar questões teóricas pertinentes²⁷, que, no caso de Fricker, desdobram-se para o campo da ciência política, teoria da justiça e filosofia moral.

A categoria “injustiça epistêmica” pode ser considerada um conceito guarda-chuva, que abarca dois tipos de injustiça: distributivas e discriminatórias²⁸. O primeiro tipo estaria relacionado à desigual distribuição de bens epistêmicos, como educação e informação, sendo um tema de certa forma presente nas concepções liberais de justiça social, “talvez não como uma questão explicitamente articulada na teoria, mas certamente presente nos discursos de política pública sobre a importância do acesso à educação, por exemplo”²⁹. O segundo tipo é muito menos familiar, sendo tratado por Fricker como uma classe distinta de injustiça em que “alguém é rebaixado e/ou prejudicado em relação a sua condição de sujeito epistêmico”³⁰, isto é, a pessoa que sofre esse tipo de injustiça acaba sendo prejudicialmente afetada ou quando está elaborando a compreensão de um fato social ou no momento em que está compartilhando alguma informação que considera relevante.

Não há dúvida de que tanto a injustiça distributiva quanto a discriminatória são obstáculos que impedem a participação igualitária nas esferas discursivas da sociedade, podendo, inclusive, atuarem de forma conjunta e potencializada. No entanto, considerando que o enfoque do capítulo anterior, sobre a teoria de justiça tridimensional de Fraser, de certa forma abarca a desigual distribuição de bens em geral (o que inclui, ainda que não expressamente, aqueles de natureza epistêmica), o foco do presente capítulo recairá especificamente sobre as injustiças discriminatórias e seus impactos nas esferas institucionais discursivas.

Cumpre pontuar que Fricker propõe uma subdivisão da injustiça epistêmica discriminatória em duas subespécies: testemunhal e hermenêutica. A injustiça testemunhal “ocorre quando o falante recebe uma credibilidade deficitária devido a um julgamento discriminatório operado pela pessoa do ouvinte”³¹. Portanto, a injustiça testemunhal é caracterizada por dois elementos-chaves, de acordo com Fricker: o preconceito identitário e o déficit de credibilidade³². Assim, o falante é menosprezado em sua capacidade de conhecedor, por conta do preconceito que o ouvinte guarda em relação à sua identidade social³³, ainda que haja evidências presentes de que o ouvinte deva acreditar na informação que está recebendo. Dessa forma, há um mal ajustamento da credibilidade com as evidências objetivamente existentes³⁴. Pode ser citado como exemplo a situação em que um interlocutor do sexo masculino menospreza as informações sobre endividamento público proferidas por uma mulher economista com sólida

27 FRICKER, Miranda. Evolving concepts of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA José; POHLHAUS Jr., Gaile (Orgs.). *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. New York: Routledge, 2017.

28 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of Inclusiveness*, v. 190, n. 07, p.1317-1332, 2013, p.1318.

29 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of Inclusiveness*, v. 190, n. 07, p.1317-1332, 2013, p.1318. No original: “The importance of access to such goods, however, has long been an accepted feature of liberal conceptions of social justice (perhaps not so much as a matter of explicit theoretical articulation, but certainly in public political discourse about the importance of access to education, or the internet, for instance).”

30 FRICKER, Miranda. Evolving concepts of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA José; POHLHAUS Jr., Gaile (Orgs.). *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. New York: Routledge, 2017, p.53. No original: “My chief purpose in invoking the label was to delineate a distinctive class of wrongs, namely those in which someone is ingenuously downgraded and/or disadvantaged in respect of their status as an epistemic subject.”

31 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of Inclusiveness*, v. 190, n. 07, p.1317-1332, 2013, p.1319. No original: “Testimonial injustice happens when a speaker receives a deficit of credibility owing to the operation of prejudice in the hearer’s judgement”.

32 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.28.

33 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.16.

34 FRICKER, Miranda. Fault and no fault responsibility for implicit prejudice. A space for epistemic ‘agent regret’. In: BRADY, Michael S.; FRICKER, Miranda (ed.). *The epistemic life of groups. Essays in the epistemology of collectives*, Oxford University Press, 2016, p.38.

formação em sua área, unicamente por considerar que pessoas do sexo feminino não seriam capazes de dominar o tema, atribuindo baixa credibilidade à fala da comunicante.

Por sua vez, a injustiça hermenêutica ocorre em um estágio anterior à comunicação ativa, embora somente vá se manifestar “em um certo tipo de tentativa fracassada ou semifrassada de traduzir uma experiência inteligível, seja para si mesmo ou comunicativamente para o outro”³⁵. Esse tipo de injustiça ocorre quando alguém tem alguma área significativa de sua experiência social obscurecida do entendimento coletivo devido à lacuna hermenêutica que essa pessoa se encontra³⁶, ou seja, a situação vivenciada não pode ser adequadamente expressa em nenhum termo linguístico ou conceitual corrente. Cabe esclarecer que a noção de lacuna, ou marginalização hermenêutica, indica, portanto, a subordinação e exclusão de alguém das práticas coletivas de geração de significados sociais³⁵.

O principal exemplo de uma situação concreta de injustiça hermenêutica que Fricker fornece é o caso real de Carmita Wood, uma mulher de cerca de quarenta anos pertencente à classe média norte-americana, que passou a ser sistematicamente assediada sexualmente por seu chefe no ambiente de trabalho na década de 70. Por mais esforço que empreendesse, sua experiência traumática não era então compreendida por seus interlocutores (como superiores hierárquicos e membros da família) como uma situação diferente de uma paquera não retribuída ou brincadeira inconveniente, gerando consequências devastadoras para sua vida pessoal³⁶. A lacuna hermenêutica para descrever inteligivelmente essa experiência estava diretamente relacionada à marginalização que as mulheres historicamente foram submetidas na construção de significados sociais de uma forma geral, e, especificamente, sobre aqueles relacionados às relações interpessoais de cunho sexual.

Diferentes grupos podem estar em desvantagem hermenêutica por todos os tipos de razões, pois as mudanças sociais cada vez mais repentinas frequentemente geram novos tipos de experiência, sendo que a compreensão coletiva a respeito delas pode surgir apenas gradualmente; porém, apenas algumas dessas desvantagens cognitivas podem ser consideradas injustas³⁷. Assim, para ser uma injustiça, a desvantagem hermenêutica deve ser não apenas prejudicial, mas também discriminatória ou injusta⁴⁰. No exemplo citado, tanto o assediador quanto a assediada encontram-se numa situação de lacuna hermenêutica, mas apenas para a assediada tal situação revela-se extremamente desvantajosa, sendo que seu gênero contribui para isso.

A injustiça hermenêutica difere de uma mera falha de compreensão. Isso porque, é mais profunda e de difícil transponibilidade, não se resolvendo num mero ajustes de palavras, sendo que pode haver casos em que a própria pessoa é incapaz de compreender sua própria experiência. Em outras situações, a pessoa até pode compreender a situação vivenciada, mas não está apta a comunicá-la a agências sociais significativas, notadamente, órgãos institucionais relevantes, como tribunais e polícia, impedindo, inclusive, eventual protesto ou reivindicação em relação à experiência⁴¹.

35 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of inclusiveness*, v. 190, n. 07, p.1317-1332, 2013, p.1319. No original: “Hermeneutical injustice occurs at a stage prior to communicative activity, though it will only surface in a certain kind of failed or semi-failed attempt to render an experience intelligible, either to oneself or communicatively to another.”

36 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.158.

37 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of inclusiveness*, v. 190, n. 07, p.1317-1332, 2013, p.1319.

38 FRICKER, Miranda. Powerlessness and social interpretation. *Episteme*, v. 3, pp. 96-108, 2006, p. 96.

39 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.151.

40 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.151.

41 Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of inclusiveness*, v. 190, n.07, p.1317-1332, 2013, p.1319.

Tanto a injustiça testemunhal quanto a hermenêutica podem ser representativas de um quadro social mais amplo. Isso ocorre quanto tais injustiças são sistemáticas, e não apenas incidentais ou localizadas. A injustiça testemunhal sistemática seria aquela produzida, não apenas por um mero preconceito, mas por tipos de preconceito que “seguem” o sujeito em diferentes dimensões da atividade social, como econômica, educacional, profissional, sexual, legal, política, religiosa, dentre outros⁴². Portanto, estar sujeito a um tipo de preconceito desse tipo torna a pessoa suscetível não apenas à injustiça testemunhal, mas a uma gama de diferentes injustiças⁴³, como é o caso de uma mulher negra que, além do déficit de credibilidade, está sujeita a uma série de opressões de outras ordens em sua vida cotidiana. O mesmo valeria para a injustiça hermenêutica, pois o que distingue os casos sistemáticos não é a gravidade do dano simbólico produzido pela lacuna hermenêutica, mas algo mais geral: eles ajudam a revelar o lugar dessa injustiça no complexo das diversas outras injustiças que já atravessam a vida do sujeito⁴⁴.

O interesse de Fricker sobre as injustiças epistêmicas que se manifestam de forma sistemática se justifica, considerando a inserção de sua teoria num espectro mais amplo de justiça social⁴⁵. Nesse sentido, a teoria da autora aproxima-se das concepções desenvolvidas por Fraser, uma vez que ambas partem da premissa de que um determinado quadro de injustiça, seja epistêmica ou de participação democrática, é sempre reflexo de um conjunto maior de opressões de diversas ordens. Portanto, a visão multifacetada da sociedade e as consequências provocadas pelas desigualdades sociais profundas são marcas essenciais nos trabalhos das duas teóricas.

Tanto a teoria de Fricker quanto de Fraser assinalam caminhos para a superação desse quadro de injustiça multidimensional. Porém, enquanto Fraser aponta o princípio da paridade de participação como um princípio normativo da justiça, Fricker indica a superação do déficit de credibilidade e da marginalização hermenêutica como requisitos para o reconhecimento de reivindicações discursivas inteligíveis e dignas de credibilidade. Apesar das especificidades de cada um dos enfoques, uma análise interrelacionada de ambos contribui para que falas antes invisibilizadas submerjam e passem a formular contestações, reivindicações específicas e intervenções nos debates públicos de forma geral, contrapondo-se às perspectivas de mundo dos grupos dominantes.

4 ESTRATÉGIAS PARA A CONSTRUÇÃO DE ESFERAS DISCURSIVAS DIALÓGICAS E INCLUSIVAS

Na introdução do presente trabalho, foi dito que desacordos morais sobre questões sociais são registros históricos, na medida em que capazes de capturarem a formação de novas ordens de pensamento que impactam diretamente a realidade. Mas além dessa propriedade, uma importante função é desempenhada, ainda que involuntariamente, por tais desacordos, uma vez que, ao evidenciarem as visões de mundo antagônicas, são capazes de descortinarem as dinâmicas sociais então vigentes e as pretensões dos diversos grupos que compõem uma sociedade. Assim, no seio de cada um dos desacordos que marcam as esferas discursivas contemporâneas, alguns dos quais citados introdução, é possível entrever uma tensão entre forças opostas que lutam ou pela manutenção ou pela transformação das relações de poder.

42 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.27.

43 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.27.

44 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.159.

45 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.29.

Utilizando-se a teoria crítica como um filtro de análise sobre os desacordos morais, é possível identificar mais facilmente aquelas visões comprometidas com transformações de ordem estrutural, que privilegiam a redução de desigualdades e ampliação de participação democrática na sociedade. Isso porque, de acordo com Fraser, o papel a ser desempenhado pela teoria crítica é o de “enquadrar o seu programa de pesquisa e a sua moldura conceitual com os olhos voltados aos objetivos e atividades dos movimentos sociais de oposição”⁴⁶, com os quais a teoria mantém uma relação de proximidade, mas não de identificação acrítica. Assim, a teoria crítica teria o papel, na visão da autora, de empregar categorias e modelos explicativos, entre outras coisas, que revelem, ao invés de ocultarem, relações de poder. Deve “desmistificar abordagens ideológicas rivais que ofusquem ou racionalizem essas relações”⁴⁷.

A teoria da justiça desenvolvida por Fraser pode ser considerada crítica justamente por seguir segue tais premissas, na medida em que identifica e realça os três eixos de opressão que marcam as relações sociais, situando qualquer discussão sobre a justiça e democracia a partir da necessidade de superação desse quadro. Tal proposta acaba por ampliar os horizontes das teorias de justiça tradicionais, indicando caminhos para a transformação inclusiva das esferas discursivas tanto civis quanto institucionais. Por sua vez, a perspectiva epistêmica de Fricker sobre as relações de construção e compartilhamento de conhecimento contribui para uma maior ampliação dessa concepção já crítica de justiça. Isso porque, a identificação de formas de poder social capazes de operar unicamente no plano abstrato das trocas comunicativas, ainda que provocando danos concretos, realça um eixo de opressão que marca as relações de poder e que é determinante para a construção de esferas discursivas efetivamente mais dialógicas.

Portanto, enquanto uma dimensão dos desacordos morais sobre questões sociais carrega, em geral, reivindicações e pontos de vista de grupos sociais subalternizados, as teorias críticas, como de Fraser e Fricker, aponta para os obstáculos que as reivindicações de tais grupos precisam transpor para transmudarem-se em normas vinculativas legitimamente reconhecidas enquanto tal. Cada uma das autoras irá propor estratégias específicas de superação das injustiças identificadas. A depender da ótica adotada, pode ser vislumbrado tanto um afastamento quanto uma relação de complementariedade entre ambas as teorias. A perspectiva que consegue enxergá-las de forma suplementar acaba por potencializá-las, pois as limitações e deficiências de cada uma podem ser transpostas com mais facilidade.

Em relação aos obstáculos que se materializam sob a forma de injustiças epistêmicas discriminatórias, as propostas de superação podem assumir dois tipos de abordagem, uma individual e outra institucional. O foco individual irá empreender esforços na formação de ouvintes virtuosos, o qual deve desenvolver certa sensibilidade para identificar os preconceitos dirigidos à pessoa do falante em razão de atributos relacionados à sua identidade social. A partir daí, um ouvinte realmente virtuoso deve ter a capacidade de compensar eventual déficit de credibilidade decorrente de tais preconceitos⁴⁷. A mesma virtuosidade é esperada nos casos de marginalização hermenêutica, devendo haver uma sensibilidade do ouvinte em reconhecer que o fato de certa fala não fazer muito sentido não se deve à alguma deficiência

46 FRASER, Nancy. What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender. *New German Critique*, Special Issue on Jurgen Habermas, n. 35, p.97-131, 1985, p.97. No original: “A. critical social theory frames its research program and its conceptual framework with an eye to the aims and activities of those of oppositional social movements with which it has a partisan though not uncritical identification.”

47 FRASER, Nancy. What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender. *New German Critique*, Special Issue on Jurgen Habermas, n. 35, p.97-131, 1985, p.97. No original: “it would demystify ideological rival approaches which obfuscated or rationalized those relations.”

48 FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p.91.

do falante, mas sim devido a algo objetivo - uma deficiência no armazenamento coletivo de recursos comunicativos – devendo o ouvinte empreender esforços para tentar compreender o que está sendo falado, abrindo-se, por exemplo, o uso de neologismos e analogias⁴⁹.

Num primeiro momento, essa foi a abordagem desenvolvida por Miranda Fricker. Porém, ainda que tenha realçado a dimensão ética da postura do ouvinte privilegiadamente posicionado nas trocas discursivas, o potencial transformador dessa proposta revela-se extremante limitado. Críticas formuladas nesse sentido apontam que “a virtude epistêmica individual desempenha um papel comparável à prática da caridade individual no contexto de pobreza estrutural massiva”⁵⁰. Portanto, da mesma forma que a pobreza em massa seria melhor evitada, em primeiro lugar, com o redesenho das instituições econômicas, “seria melhor reconfigurar as instituições epistêmicas para evitar o surgimento da injustiça epistêmica”⁵¹.

Em trabalhos mais recentes a própria Fricker aponta para a conclusão de que mais do que sujeitos virtuosos, a superação do quadro de injustiças epistêmicas depende de instituições virtuosas. Essa virada de perspectiva ocorre a partir do momento em que a dimensão política desse tipo de injustiça passa a ser realçada em seu trabalho. Nesse ponto, Fricker constata que um dos requisitos para o exercício da liberdade política (em seu sentido liberal), seria a possibilidade de os cidadãos contestarem qualquer tipo de interferência estatal indevida. No entanto, para que o exercício contestatório possa ser efetivamente concretizado, nem o cidadão, e nem o seu eventual representante, podem sofrer de justiça hermenêutica, ou testemunhal, a respeito do que precisa ser comunicado⁵². Portanto, além de um canal de comunicação aberto, através do qual as decisões com força vinculativa possam ser contestadas e um “fórum” adequado para ouvir as contestações⁵³, os órgãos institucionais devem perseguir a justiça epistêmica em tais espaços, sob pena de facilitarem a perpetuação das relações de dominação.

Além disso, a partir da constatação de que injustiças epistêmicas produzem danos não apenas individuais, mas também sociais, com fortes implicações políticas, propostas de superação do quadro inevitavelmente assumem uma dimensão institucional. Assim, Fricker passa a defender a adoção de incentivos para fomentar performances institucionais epistemicamente comprometidas. Isso pode ocorrer de diversas maneiras, como por exemplo por “meio de supervisão próxima, monitoramento de desempenho, esquemas de bônus e promoção”⁵⁴. No entanto, considerando que tais mecanismos nem sempre são possíveis de serem implementados e nem sempre garantem a virtuosidade das condutas, seria necessário, ainda, a construção de um “ethos” impulsionador, isto é, “um sentimento entre os membros do órgão institucional de que eles devem defender valores de um certo tipo e devem se

49 DIELEMAN, Susan. An Interview with Miranda Fricker. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, v. 26, n. 2, p.253-261, 2012, p.259.

50 ANDERSON, Elizabeth. Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, v. 26, n. 2, p.163-173, 2012, p.171. No original: “individual epistemic virtue plays a comparable role to the practice of individual charity in the context of massive structural poverty.”

51 ANDERSON, Elizabeth. Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, v. 26, n. 2, p.163-173, 2012, p.171. No original: “would be better to reconfigure epistemic institutions so as to prevent epistemic injustice from arising.”

52 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of inclusiveness*, v. 190, n. 07, p. 1317-1332, 2013, p.1324.

53 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of inclusiveness*, v. 190, n. 07, p. 1317-1332, 2013, p.1323.

54 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of inclusiveness*, v. 190, n. 07, p. 1317-1332, 2013, p.1326. No original: “One kind of stable mechanism might be to incentivize good institutional performance through close supervision, performance monitoring, bonus and promotion schemes, and so on. Such incentives can work well in some areas.”

orgulhar quando seu trabalho esteja de acordo com tais valores”⁵⁵. Portanto, as estratégias da autora são marcadas por uma forte dimensão ética que permeia tanto os comportamentos individuais quanto institucionais.

Quanto aos três eixos de injustiça identificados por Fraser como obstáculos que impedem a concretização da paridade de participação democrática, a autora, em trabalhos mais recentes, continua ressaltando a forma entrecruzada com que esses eixos atuam. Entretanto, a partir da identificação de um quadro contemporâneo de exploração hiper potencializada pelo sistema capitalista globalizado e massificado, a autora passa assinalar a necessidade de as estratégias de atuação focarem, mais do que tudo, a dimensão econômica por detrás dos processos de opressão⁵⁶.

Fraser situa diversos episódios recentes, como a escalada de governos autoritários (alguns qualificados como profascistas) nos Estados Unidos, no Brasil, em países europeus e da Ásia; o *Brexit*; a diminuição da legitimidade da União Europeia; bem como a desintegração dos partidos social-democratas e de centro-direita que a defendiam, como representações de um “enfraquecimento, senão um simples colapso, da autoridade das classes política estabelecidas e dos partidos políticos”⁵⁷. De acordo com sua visão, essa crise de dimensão global, apesar de ter uma faceta política aparente, se estruturaria a partir de um modelo capitalista que permite ao mesmo tempo uma extrema concentração de renda para a elite e aumento da precarização da vida da população em geral, sobretudo da classe trabalhadora⁵⁸.

Nesse cenário, Fraser destaca que a partir do momento em que as pautas de reconhecimento, como o feminismo, são capturadas por processos capitalistas de manutenção das estruturas de opressão, que se baseiam na lógica meritocrática de recompensa, a consequência é a subordinação das lutas sociais às lutas culturais, a política de redistribuição à política do reconhecimento⁵⁹. Com isso, de forma alguma a autora está sugerindo algum tipo de silenciamento, ou negligenciamento, sobre as preocupações urgentes sobre racismo, sexismo, homofobia, islamofobia e transfobia⁶⁰. Entretanto, é salientado que a implementação de agendas relacionadas às pautas identitárias, descoladas de efetivas medidas que visem melhor distribuição de renda ou redução das desigualdades, apenas acabam por legitimar o cenário de injustiça. Assim, a previsão de cotas para negros e mulheres em grandes empresas, por exemplo, não seria capaz de provocar mudanças estruturais nas opressões que sujeitam esses grupos historicamente subordinados. Isso porque, a base estrutural sobre a qual tanto o racismo quanto o sexismo se assentam teria muito mais relação com política econômica do que com status social e falta de reconhecimento⁶¹, na visão da autora.

A partir de tais considerações, Fraser indica que somente com a junção de uma “política de distribuição fortemente igualitária a políticas substancialmente inclusivas e sensíveis de reconhecimento é que será possível a construção de um bloco contra hegemônico capaz de

55 FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of inclusiveness*, v. 190, n. 07, p.1317-1332, 2013, p.1326. No original: “sense among the members of the institutional body that they stand for values of a certain kind and take pride in ensuring their work lives up to those values.”

56 FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond. *American Affairs I*, v. 4, pp. 46-64, 2017.

57 FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond. *American Affairs I*, v. 4, p. 46-64, 2017, p.46-47. No original: “All involve a dramatic weakening, if not a simple breakdown, of the authority of the established political classes and political parties.”

58 FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond. *American Affairs I*, v. 4, p. 46-64, 2017, p.47.

59 FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 291-308, 2007, p.297.

60 FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond. *American Affairs I*, v. 4, p. 46-64, 2017, p.61.

ir além da crise atual para um mundo melhor”⁶¹. Portanto, um verdadeiro movimento político de oposição deveria renunciar a ênfase neoliberal sobre as atitudes pessoais, para concentrar seus esforços nas bases estruturais da sociedade contemporânea⁶².

Possível observar que as estratégias de Fricker e Fraser assumem diferentes traçados. Entretanto, ainda que à primeira vista, os pontos de partida sejam diversos, o ponto de chegada é o mesmo, pois ambas as autoras almejam a construção de sociedades e instituições inclusivas, o que implica a existência de esferas discursivas equânimes, e, conseqüentemente, decisões vinculativas mais justas. Portanto, a partir dessa chave de leitura, as estratégias podem ser lidas como complementares.

Como visto, a perspectiva teórica de Fricker indica certos caminhos para a construção de instituições e indivíduos epistemicamente virtuosos, entretanto, as ponderações desenvolvidas por Nancy Fraser são capazes de realçar a fragilidade das propostas eleitas por Miranda Fricker. Isso porque, a concretização de justiça epistêmica em cenários políticos discursivos perpassa necessariamente pela possibilidade de participação da pessoa como par pleno das interações sociais. Nesse ponto, cabe dizer que as mesmas injustiças que impedem a paridade de participação também fomentam tanto déficit de credibilidade quanto marginalização hermenêutica, pois preconceitos relacionados a certas identidades sociais são a chave motora das injustiças epistêmicas, sendo que essas mesmas identidades são aquelas privadas de ocuparem os espaços institucionais de poder.

Portanto, a luta pela paridade de participação, com a superação de injustiças sobretudo de ordem econômica, mas também cultural e política, transfigura-se em luta por justiça epistêmica. E o inverso também é verdade, pois a superação das injustiças epistêmicas discriminatórias contribui para maior paridade de participação. A formulação de falas inteligíveis, que compartilhem de uma mesma base de pré-compreensão social, e a credibilidade atribuída a tais falas são fatores essenciais para que grupos e pessoas subalternizadas possam fazer circular seus discursos, contribuindo para a inserção política delas nos espaços de tomada de decisão com força de autoridade.

Dessa forma, é possível falar não apenas em três eixos de opressão, mas em quatro eixos que fomentam conjuntamente processos de subalternização contra certos sujeitos. Assim, da mesma forma que acontece com todas as outras dimensões, seja econômica, cultural ou política, a justiça epistêmica pode ser considerada, a um só tempo, requisito para a implementação da paridade de participação e também uma das conseqüências trazidas por tal paridade. E nesse sentido, sem negligenciar a importância do aprimoramento de sujeitos e instituições, apenas transformações sociais estruturais nos três eixos de injustiça que operam de forma interligada (com especial realce à dimensão econômica) podem contribuir, a um só tempo, para a concretização da paridade de participação e para a implementação de justiça epistêmica.

61 FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond. *American Affairs I*, v. 4, p. 46-64, 2017, p.62.

62 FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond. *American Affairs I*, v. 4, p. 46-64, 2017, p.64. No original: “Only by joining a robustly egalitarian politics of distribution to a substantively inclusive, class-sensitive politics can we build a counterhegemonic bloc that could lead us beyond the current crisis to a better world.” of recognition can we build a counterhegemonic bloc that could lead us beyond the current crisis to a better world.

63 FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond. *American Affairs I*, v. 4, p. 46-64, 2017, p.62.

A parti do que foi visto, conclui-se que a transposição das reivindicações e lutas que se localizam no âmago dos desacordo morais travados em esferas discursivas civis para espaços institucionais de deliberação não é, portanto, um processo simples, pois tais reivindicações estão sujeitas à captura pelos discursos hegemônicos que pregam, ainda que subliminarmente, a manutenção das relações de poder e toda a rede de vantagens daí advindas. Uma análise correlacionada de uma teoria crítica da justiça e uma teoria sobre injustiças epistêmicas permite que os obstáculos a essa transposição sejam identificados e realçados. Ainda que longe de configurar uma solução, a análise intercruzada contribui para indicar que não existe apenas um, mas vários caminhos a serem percorridos de forma paralela.

5 CONCLUSÃO

Teorias da justiça, de forma geral, dedicam-se ao estudo das formas de participações democráticas e mecanismos de distribuição de bens sociais. O foco das teorias epistemológicas de cunho social, por sua vez, invariavelmente relaciona-se com a estruturação do conhecimento e suas formas de compartilhamento. Uma perspectiva crítica, tanto da teoria da justiça quanto da epistemologia, que passa a assumir um cunho social, acaba por subverter a abordagem padrão desses dois campos, promovendo análises que evidenciam os modos disfuncionais que tanto a democracia quanto os processos de construção de conhecimento operam de fato em sociedades marcadamente desiguais.

Assim, partindo do entrecruzamento de uma teoria crítica da justiça, desenvolvida por Nancy Fraser, com uma teoria sobre as injustiças epistêmicas que dificultam os processos de construção e compartilhamento de conhecimento, elaborada por Miranda Fricker, o presente artigo buscou analisar os tipos de injustiça que permeiam as esferas discursivas institucionais. Considerando que os espaços para tomada de decisão com força de autoridade são inevitavelmente os destinatários finais das demandas e reivindicações oriundas de desacordos entre grupos sociais, a livre circulação de falas, representativas de diferentes pontos de vista, em tais espaços é um requisito para a justiça das próprias decisões. Entretanto, tanto a inserção quanto a escuta de narrativas subalternizadas estão sujeitas a diversas dimensões de injustiça.

Nesse sentido, injustiças de ordem econômica, cultural e política impedem que haja uma efetiva participação de todos os membros da sociedade nas interações da vida civil e institucional de forma plena. Além dessas três dimensões, foi possível concluir que injustiças epistêmicas discriminatórias, subdivididas em injustiça testemunhal e hermenêutica, formam um quarto eixo de opressão, operando de forma intercruzada com as outras três, impedindo a formação de espaços institucionais efetivamente inclusivos e participativos.

Portanto, o que se procurou evidenciar é que nos espaços institucionais de deliberação uma distância enorme pode separar o “falar” e o “ser escutado”, pois a inserção de novas falas não significa que elas serão compreendidas, ou que serão dignas de credibilidade. As reflexões levantadas no decorrer do presente artigo apontam para o fato de que o encurtamento dessa distância perpassa pela busca conjunta tanto por paridade de participação, que exige a inclusão de todos os cidadãos potencialmente afetados nos processos deliberativos de normas vinculativas, quanto por justiça epistêmica, que visa superar o déficit de credibilidade e marginalização hermenêutica nas trocas comunicativas. Essa relação de complementariedade contribui para o fortalecimento da dimensão discursiva das esferas institucionais de deliberação, promovendo-se diálogos mais plurais que acomodem visões contra hegemônicas de mundo.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Elizabeth. Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, v. 26, n. 2, p.163-173, 2012.
- DIELEMAN, Susan. An Interview with Miranda Fricker. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, v. 26, n. 2, p.253-261, 2012.
- FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. London/New York: Verso, 2003.
- FRASER, Nancy. What´s Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender. *New German Critique*, Special Issue on Jurgen Habermas, n. 35, p. 97-131, 1985.
- FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p.56-80, 1990.
- FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 291-308, 2007.
- FRASER, Nancy. *Scales of Justice*. New York: Columbia University Press, 2010.
- FRASER, Nancy. *Abnormal Justice*. In DIELEMAN, Susan; RONDEL, David; VOPARIL, Christopher J. (ed.). *Pragmatism and Justice*. New York: Oxford University Press, p. 37-64, 2017.
- FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond. *American Affairs I*, v. 4, p. 46-64, 2017.
- FRICKER, Miranda. Epistemic Opression and Epistemic Privilege. *Canadian Journal Philosophy*, v. 29, p. 191-210, 1998.
- FRICKER, Miranda. Powerlessness and social interpretation. *Episteme*, v. 3, p. 96-108, 2006.
- FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice. Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.
- FRICKER, Miranda. Epistemic justice as a condition of political freedom? *Synthese, The Epistemology of inclusiveness*, v. 190, n. 07, p.1317-1332, 2013.
- FRICKER, Miranda. Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance. In: PEELS, R; BLAAUW, M. (Orgs.). *The Epistemic Dimensions of Ignorance*. New York: Cambridge University Press, p.144-159, 2016.
- FRICKER, Miranda. Fault and no fault responsibility for implicit prejudice. A space for epistemic 'agent regret'. In: BRADY, Michael S.; FRICKER, Miranda (ed.). *The epistemic life of groups. Essays in the epistemology of collectives*, Oxford University Press, 2016.

FRICKER, Miranda. Evolving concepts of epistemic Injustice. *In*: KIDD, Ian James; MEDINA José; POHLHAUS Jr., Gaile (Orgs.). *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. New York: Routledge, 2017.

TERSMAN, Folke. *Moral Disagreement*. New York: Cambridge University Press, 2006.

Recebido em: 25.03.2021

Aprovado em: 12.11.2021

Como citar este artigo (ABNT):

CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de. Paridade de participação e justiça epistêmica: caminhos para esferas institucionais de deliberação inclusivas e dialógicas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.45, p.132-148, set./dez. 2021. Disponível em: <http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>. Acesso em: dia mês. ano.



Newton

ISSN 1678-8729