

THEMIS

REVISTA DA ESMEC

V.18, N. 2, Julho / Dezembro, 2020



TJCE

ISSN (IMPRESSO) 1808-6470
ISSN (ELETRÔNICO) 2525-5096



THEMIS

REVISTA DA ESMEC

Publicação Oficial da Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC



Themis | Fortaleza | V. 18 | N. 2 | jul./dez., 2020

Pede-se que acusem o recebimento deste volume.

Rogamus ut acceptionem nunties.

Se ruego acusar recibo dei presente numero.

Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero.

On prie de vouloir accuser reception de cette revue.

Please acknowledge receipt of this exemplar.

Bitte, den Empfang dieser Zeitschrift zu bescheinigen.

Oni peats konfirmi la ricevon.

Acesse a versão eletrônica:



THEMIS : Revista da Esmec / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. – v. 1, n. 1, (1997-) –. Fortaleza : Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2020.
v. 18, n. 2, 2020.

Semestral.

A partir do v. 15 com periodicidade semestral.

A partir de 2011 passou a ser publicada também em formato eletrônico.

Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/>.

ISSN (versão impressa): 1808-6470

ISSN (versão online): 2525-5096

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Jurisprudência. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

CDDir: 340.04

Permuta

Solicita-se permuta/exchange requested/on prie échange/we request
exchange/on demande l'échange/wir erbitten Austausch/se
solicita canje/si chiede lo scambio/se pide intercambio.

Endereço para permuta

Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria
CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone (85) 3218.6188 / 6171
E-mail: esmec@tjce.jus.br
Site: www.tjce.jus.br/esmec

Correspondência

Diretoria da ESMEC
Editor (a) da THEMIS – Periódico Científico da
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)
Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 - Água Fria
CEP 60.811.670 - Fortaleza - Ceará - Brasil
Telefone: (85) 3218.6169 / 6157
E-mail: revista.themis@tjce.jus.br
Site: revistathemis.tjce.jus.br

Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 200 exemplares. Distribuída gratuitamente aos autores, avaliadores, conselheiros editoriais, editores e às bibliotecas e instituições das escolas judiciais e institutos de pesquisa, em especial àqueles que nos solicitarem, pelo sistema de permuta.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) em: <http://revistathemis.tjce.jus.br>

Copyright © THEMIS
Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO CEARA.
A reprodução de qualquer parte desta publicação será permitida desde
que citada a obra. Reproduções para fins comerciais são proibidas.
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Maria Edna Martins
Dr. Emílio de Medeiros Viana
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação

Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Impressão e Produção

Coordenadoria de Apoio Operacional
do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Endereço

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima S/N
Cambéba - Fortaleza - CE - CEP: 60.822-325

Fone: (85) 3207.7000

www.tjce.jus.br

E-mail: editoratjce@tjce.jus.br / biblioteca@tjce.jus.br

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra
Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria
CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone (85) 3218.6188 / 6157
E-mail: esmec@tjce.jus.br
www.tjce.jus.br/esmec

DIREÇÃO

Desembargador Heráclito Vieira de Sousa Neto

COORDENAÇÃO

Juiz Ângelo Bianco Vettorazzi

EDITOR-CHEFE

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira

EDITORA-ADJUNTA

Mércia Cardoso de Souza

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Eric Rennan Tabosa dos Reis
Lívia Nunes de Melo
Marina Albuquerque de Andrade
Mércia Cardoso de Souza

NORMALIZAÇÃO

Bibliotecária: Hivana Evelly Serpa de Mesquita (CRB-3/1568)
Biblioteca da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Coutinho Pagliarini, Dr.
(Centro Universitário Internacional Uninter)

Alexandre Freitas Câmara, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)

Antônio Augusto Cançado Trindade, Dr.
(Corte Internacional de Justiça/
Academia de Direito Internacional da Haia, Holanda)

César Oliveira de Barros Leal, Dr.
(Instituto Brasileiro de Direitos Humanos)

Dimas Macedo, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Edilson Baltazar Barreira Júnior, Dr.
(Centro Universitário Fametro)

Fernando Luiz Ximenes Rocha, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Flávio José Moreira Gonçalves, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco de Assis Filgueira Mendes, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco Luciano Lima Rodrigues, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Fredie Didier Júnior, Dr.
(Universidade Federal da Bahia)

Gabriela Maciel Lamounier, Dra.
(Fundação Pedro Leopoldo)

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Hugo de Brito Machado, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Hugo de Brito Machado Segundo, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Ingo Wolfgang Sarlet, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, Dra.
(Universidade Federal de Goiás)

João Paulo Braga Cavalcante, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

José Augusto Lindgren Alves, Emb.
(Comitê Assessor do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas)

José Filomeno de Moraes Filho, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

José Luiz Quadros de Magalhães, Dr.
(Universidade Federal de Minas Gerais/
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Nemer Caldeira Brant, Dr.
(Universidade Federal de Minas Gerais/
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Pasquali, Dr.
(Facoltà di Giurisprudenza da Università di Pisa, Itália)

Lenio Luiz Streck, Dr.
(Universidade do Vale do Rio dos Sinos)

Leonel Gois Lima Oliveira, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Luiz Rodrigues Wambier, Dr.
(Instituto de Direito Público)

Marcelo Roseno de Oliveira, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Maria Glaucíria Mota Brasil, Dra.
(Universidade Estadual do Ceará)

Mário Lúcio Quintão Soares, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Mário Parente Teófilo Neto, Me.
(Universidade de Fortaleza)

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Mércia Cardoso de Souza, Dra.
(Faculdade Luciano Feijão)

Monica Teresa Costa Sousa, Dra.
(Universidade Federal do Maranhão)

Paulo Bonavides, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Tenile Mascolo Gil, Dra.
(Université de Strasbourg, França)

Theresa Rachel Couto Correia, Dra.
(Universidade Federal do Ceará)

Waldimeiry Corrêa da Silva, Dra.
(Universidad Loyola Andalucía, Espanha)

PARECERISTAS CONVIDADOS

Álison José Maia Melo, Doutor
(Centro Universitário Sete de Setembro)

Bruno Cunha Weyne, Doutor
(Centro Universitário Metropolitano da Amazônia)

Cláudio Tucci Júnior, Mestre
(Universidade Santa Cecília)

Cristiane Helena de Paula Lima Cabral, Doutora
(Faculdade Kennedy de Minas Gerais)

Ítalo Roberto Fuhrmann, Mestre
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, Doutora
(Universidade Federal de Goiás)

João Paulo Braga Cavalcante, Doutor
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Juliana Frei Cunha, Mestra
(Universidade Paulista)

Larissa Gabrielle Braga e Silva, Mestra
(Escola Superior Dom Helder Câmara)

Luciano Tonet, Doutor
(Universidade de Fortaleza)

Sônia Aparecida Carvalho, Doutora
(Universidade do Vale do Itajaí)

Valter Moura do Carmo, Doutor
(Universidade de Marília)

LINHA EDITORIAL

A revista publicará artigos selecionados pelo sistema duplo cego, dentro da principal linha de pesquisa “Justiça, Gestão Pública, Direitos Humanos, Educação e Políticas Públicas”, bem como artigos científicos, resenhas e/ou monografias oriundas de concursos realizados pela ESMEC ou de interesse desta Escola.

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

Vice-Presidente

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Corregedor Geral da Justiça

Des. Teodoro Silva Santos

TRIBUNAL PLENO

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo - Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

Desa. Vera Lúcia Correia Lima

Des. Emanuel Leite Albuquerque

Des. Jucid Peixoto do Amaral

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Desa. Francisca Adelineide Viana

Des. Durval Aires Filho

Des. Francisco Gladysson Pontes

Des. Francisco Darival Beserra Primo

Des. Francisco Bezerra Cavalcante

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Teodoro Silva Santos

Desa. Maria Iraneide Moura Silva

Des. Francisco Gomes de Moura

Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Ailton Albuquerque Filho
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Des. Francisco Carneiro Lima
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
Des. Antônio Pádua Silva
Des. Francisco Luciano Lima Rodrigues

RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)

Diretor Atual: Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto

Ex-Diretores

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte (2015 - 2016)
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2013 – 2014)
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva (2011-2012)
Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira (2009-2010)
Des. João Byron de Figueiredo Frota (2007 - 2008)
Des. Ademar Mendes Bezerra (2005-2006)
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)
Des. José Maria de Melo (1993-1994)
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

Coordenador Atual

Juiz Ângelo Bianco Vettorazzi

Ex-Coordenadores

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2016 – 2017)
Juiz César Belmino Barbosa Evangelista Júnior (2016)
Juiz Aluisio Gurgel do Amaral Júnior (2015 - 2016)
Juiz Antonio Carlos Pinheiro Klein Filho (2013 – 2014)
Juiz Emilio de Medeiros Viana (2011-2012)

Juiz Durval Aires Filho (2009-2010)
Juíza Sérgia Maria Mendonça Miranda (2009)
Juiz Washington Luís Bezerra de Araújo (2007-2008)
Juiz Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2007)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

LA NUEVA DIMENSIÓN DEL DERECHO DE FILIACIÓN EN EL ECUADOR: LA REALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

THE NEW DIMENSION OF THE RIGHT OF FILIATION IN ECUADOR: THE REALITY OF THE ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

Alba Guevara Bárcenes

Docente - Universidad Internacional del Ecuador.
Máster en Derecho Constitucional – Universidad de
Sevilla (España). Estudiante del Máster en Derecho
de Familia - Universidad Internacional de La Rioja
(Madrid, España).

E-mail: rguevara@uide.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-7594-8662>

Resumen

La consolidación de las familias homoparentales se ha dado progresivamente a través del acceso a instituciones familiares tales como la unión de hecho y el matrimonio, si a esto se suma el vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología, que ha puesto a disposición de las personas, diversas técnicas de reproducción asistida, nos encontramos con dobles maternidades o paternidades, lo cual ha generado que las formas de filiación existentes en el ordenamiento ecuatoriano resulten insuficientes para regular estas realidades, evidenciando que se requiere de cambios inmediatos en la normativa interna a efectos de que puedan garantizarse a los hijos e hijas de estas familias igual protección jurídica. En este artículo se hace especial énfasis en la importancia de la filiación como parte del derecho a la identidad del individuo, señala algunas falencias que tiene la institucionalidad actual y se sugieren algunos elementos acordes con el interés superior del menor y por tanto su interés primordial.

Palabras clave: Técnicas de Reproducción asistida. Filiación. Derecho a la Identidad. Interés superior del menor. Ecuador.

Abstract

The consolidation of same sex parenting families has progressively arisen through the access to family institutions such as common law couples and marriage, in addition to the dizzying advance of science and technology, which has made available to people with various assisted reproduction techniques, for this reason we find double maternity or paternity situations. These new situations have generated that the existing forms of filiation in the Ecuadorian legal system are insufficient to regulate these new realities, evidencing that immediate changes are required in the internal legal regulations of the country, therefore equal legal protection can be guaranteed to the sons and daughters of these families. In this article, special emphasis has been made to the importance of filiation figure, as part of the individual's right to identity, showing some deficiencies in the current institutional framework and suggests some elements in accordance to the best interests of the minor as well as its consideration as a primary interest.

Keywords: *Assisted reproductive techniques. Filiation. Right to identity. Best interest of the minor. Ecuador.*

1 INTRODUCCIÓN

El desarrollo científico y tecnológico ha significado una transformación global en distintos ámbitos, especialmente en el campo genético. Las técnicas de reproducción asistida han permitido que personas a quienes les estaba vedada la maternidad o paternidad puedan acceder a ella ya sea a través de inseminación artificial, fecundación in vitro o transferencia embrionaria en útero propio o ajeno con material homólogo o heterólogo. Estas nuevas realidades superan la construcción normativa actual y en aras de brindar seguridad jurídica a las y los niños nacidos a través de estas técnicas es necesaria la evolución de ciertas instituciones del Derecho de Familia.

Nuestro objetivo a través del presente artículo es evidenciar la problemática a la que están expuestos las y los hijos de familias homoparentales, a quienes - pese a existir normativa constitucional de aplicación directa e inmediata que les ampara -, se les impide el acceso a la filiación, configurándose con ello discriminación y vulneración al principio de interés superior del menor en todo su contexto.

En el desarrollo de la presente investigación utilizaremos un enfoque cuantitativo, para dicho efecto, se ha revisado fuentes documentales de información, jurisprudencia, doctrina, revistas científicas tanto físicas como electrónicas. Con esta metodología y a fin de alcanzar el propósito señalado, el presente artículo se ha dividido en cuatro apartados: en el primero se abordan los conceptos generales de filiación y derecho a la identidad; en el segundo, profundizamos en las consecuencias jurídicas que dimanen del derecho de filiación; en el tercero, se evidencia a través de un caso concreto las vicisitudes jurídicas a las que están expuestas las y los hijos de familias homoparentales; y, finalmente en el último apartado, proponemos como una respuesta jurídica idónea a fin de precautelar el interés de los menores la posibilidad de incluir normativamente la voluntad procreacional como una nueva forma de filiación.

2 LA FILIACIÓN y EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

La filiación, es una institución del Derecho de familia que tiene por objeto dotar de identidad a sus miembros, en este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española, define el término filiación como la *procedencia de los hijos respecto a los padres* (RAE 2020). En tanto, para Guzmán se trata de una relación jurídica que va más allá de lo biológico, toda vez que se centra en el establecimiento de un vínculo jurídico entre dos personas, padre o madre e hijo o hija (GUZMÁN, 2005, p. 1), del cual se derivan derechos y obligaciones.

Debe señalarse que la doctrina mayoritaria sostiene que la filiación puede originarse en un hecho natural que se produce con el nacimiento y busca proteger los lazos sanguíneos, a través de un acto civil de naturaleza voluntaria como es la adopción, originando relaciones de parentesco con el adoptante y produciendo los mismos efectos como si se tratara de una filiación natural, es decir, no existe distinción legal indistintamente del origen, pero permite formar ese núcleo primigenio al que denominamos familia.

En este punto, es imperioso recordar que la familia es un elemento activo, nunca permanece estacionaria, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto (ENGELS, 1993, p. 19). En este contexto, en relación con los tipos de familia que nos antecedieron - consanguínea, punalúa, sindiásmica- la certeza respecto de la filiación materna respondía a la máxima romana *mater certa semper est* – considerando que *pater semper incertus*; es decir, la paternidad siempre era incierta. No es hasta la familia monogámica que se genera la certeza de la paternidad (ENGELS, 1993, p. 60) y con ello ciertos derechos más que obligaciones.

Así las cosas, junto con las sociedades también han evolucionado las instituciones, incluso aquellas más ortodoxas, lo que ha permitido dejar atrás aquellas conceptualizaciones que hacían alusión a hijos mánceres, adulterinos, incestuosos y sacrílegos (DIPIERRI, 2004, p. 72), estas categorías discriminatorias que aludían a distintos tipos de hijos ilegítimos, en la actualidad han desaparecido, sosteniéndose el principio de igualdad para su equiparación, permitiendo de este modo concretar una protección más efectiva de los derechos de los niños y niñas.

Ahora bien, las transformaciones sociales, los avances genéticos entre los que se destacan las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA) y concretamente la gestación por sustitución, las nuevas formas de contextualizar el parentesco desde la perspectiva antropológica, generan un punto de inflexión en el concepto de filiación, alejándonos de aquella estructura binaria conocida -hombre - mujer- y mostrándonos escenarios distintos en los que es posible se produzcan supuestos de doble maternidad o paternidad.

Estas nuevas realidades sociales implican la imposibilidad de aplicar las mismas reglas de presunción de maternidad o paternidad hasta ahora conocidas, por cuanto los conceptos asociados a la filiación y sus consecuencias jurídicas también han mutado, exigiendo que el derecho de familia enfrente estas realidades y entienda que se necesita evolucionar a fin de dar respuestas a este nuevo fenómeno y evitar vulneraciones.

En este sentido, a efectos de brindar protección integral a un menor o garantizar su interés superior, es imprescindible partir de la determinación de la maternidad y paternidad, en otras palabras, atribuir la filiación jurídica. Este acto jurídico garantiza al niño o niña una serie de derechos y facultades que le permitirán individualizarse socialmente, lo que conlleva a la construcción de su identidad.

3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE SE DERIVAN DE LA FILIACIÓN

La trascendencia de determinar la filiación se incardina en la necesidad de materializar el derecho a la identidad de los niños y niñas, lo que permitirá garantizar el ejercicio pleno de otros derechos que dimanen de este. Por consiguiente, los efectos de filiar a un menor se traducen en el derecho de éste a que se le atribuya un nombre y apellido, a partir de esto la nacionalidad, alimentos, derechos sucesorios, así como el ejercicio de la patria potestad.

La asignación de los nombres y apellidos no debe entenderse como una prerrogativa, es un derecho del nacido, así lo determina el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño¹ (en adelante CDN), instrumento internacional que ha sido ratificado por 196 países, entre ellos Ecuador.

Ahora bien, en correspondencia con esta ratificación, el artículo 45 de la Constitución ecuatoriana reconoce que los niños y niñas tienen derecho “[...] a su identidad, nombre y ciudadanía [...]”, de igual forma en su artículo 66 numeral 28 se reconoce el derecho a la identidad personal, lo que incluye tener nombre y apellido, además de “[...] desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales [...]” relacionadas con este derecho, lo que viene a significar que

1 La Convención de los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ha alcanzado una vigencia casi universal al haber sido ratificada por 196 Estados. Estados Unidos de América no ha ratificado este instrumento.

se trata de un derecho de la personalidad de los hijos que le permiten no sólo individualizarse sino construirse conforme sus convicciones, se trata de un derecho subjetivo de la persona.

En la práctica, a fin de garantizar este derecho, tanto el Código Civil (C.C), Código de la Niñez y Adolescencia (CONA), la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (LOGIDC) y el Reglamento a esta Ley, establecen directrices claras respecto al procedimiento a seguir a fin de registrar a un menor que ha nacido, sin ser exhaustivos, porque no es el objeto de este análisis, revisaremos las principales disposiciones que se establecen.

En principio, la LOGIDC en su artículo 30², determina los requisitos mínimos que deberá contener el registro de inscripción, impone un plazo de tres días para la filiación del recién nacido que se contará a partir del nacimiento, pudiendo modificarse los nombres consignados hasta noventa días después, describe a las personas obligadas a celebrar dicho acto y establece plazos extraordinarios para hacerlo.

El C. C., en su artículo 233, establece la presunción de paternidad de aquellos hijos nacidos bajo la institución del matrimonio y la unión de hecho, se trata de una garantía de las instituciones en beneficio de los menores. De igual

2 “1. Lugar y fecha de inscripción. 2. Número único de identificación asignado. 3. Lugar donde ocurrió el nacimiento. 4. Fecha del nacimiento. 5. Nombres y apellidos de la nacida o nacido vivo. 6. Sexo. 7. Nombres, apellidos, nacionalidad y número de cédula de identidad del padre y de la madre o de solo uno de ellos según el caso. 8. Captura de los datos biométricos. 9. Apellidos, nombres, nacionalidad y número de cédula de identidad del solicitante. 10. Firma de la autoridad competente. 11. Firma del o los solicitantes de la inscripción. Los datos en mención pueden ser modificados mediante acto administrativo o resolución judicial. El sexo será registrado considerando la condición biológica del recién nacido, como hombre o mujer, de conformidad a lo determinado por el profesional de la salud o la persona que hubiere atendido el parto. El dato del sexo no podrá ser modificado del registro personal único excepto por sentencia judicial, justificada en el error en la inscripción en que se haya podido incurrir.” Es imperioso señalar que no se trata de un *numerus clausus*. Esta disposición desde nuestro criterio, si bien garantiza el derecho a la identidad al exigir la determinación de nombres, apellidos, nacionalidad, es invasiva a este mismo derecho toda vez que impone limitaciones a la construcción y desarrollo de ésta, concretamente nos referimos a aquellos niños intersexuales o con distinta identidad de género.

forma, esta norma prevé la posibilidad de realizar reconocimientos voluntarios (Art. 248) de los hijos nacidos por fuera del matrimonio, otorgándoles los mismos derechos respecto del padre o madre que los haya reconocido.

Del mismo modo, se regula la posibilidad de reconocimiento del *nasciturus* que podrá realizarse por escritura pública, declaración judicial, acto testamentario, instrumento privado reconocido judicialmente, consecuentemente, se podrá reconocer un hijo fallecido; en este caso, no se confieren derechos sucesorios sobre el reconocido.

Conforme las normas citadas, se colige que todos los hijos nacidos bajo la institución del matrimonio o de la unión de hecho, están cubiertos por una presunción *iuris tantum*, razón por la que tienen el derecho a recibir el apellido de sus progenitores.

En cuanto al reconocimiento, al tratarse de un acto libre del padre o madre que lo efectúa, lo único que se exige es la voluntariedad, determinándose la irrevocabilidad de dicho acto. Adicionalmente y en consideración a que este tipo de actos se los realiza en pleno uso de las facultades legales, se prohíbe la impugnación del reconocimiento cuando la causa que la motiva es la ausencia de vínculos biológicos. No obstante, se deja a salvo este derecho exclusivamente por vía de nulidad, en tanto y en cuanto se hayan producido vicios al consentimiento, hechos que deberán probarse (Art. 250 C.C.).

Otra de las formas de filiación previstas, es la adopción, institución a través de la cual la o los adoptantes adquieren derechos y obligaciones sobre un menor que no es biológicamente suyo, constituyéndose en los padres del adoptado. Este acto crea un vínculo jurídico idéntico a la filiación natural.

Debe señalarse que el CONA establece el procedimiento de adopción, así como de reconocimiento judicial frente a la negativa del progenitor. En este caso es necesario que se presente la demanda exigiendo el reconocimiento de paternidad - la maternidad según nuestro ordenamiento tiene certeza - y será con un examen de ADN que se determine o excluya la filiación.

Indistintamente de la vía elegida, producida la filiación, se generan pluralidad de efectos jurídicos, entre ellos, la asignación de nacionalidad, la misma que según ha analizado la Corte Interamericana es de trascendental importancia para el ejercicio de la identidad, garantizando de este modo los derechos de la niñez. (GELMÁN VS. URUGUAY, párr. 122).

Según el ordenamiento ecuatoriano, la nacionalidad se ostenta por determinación del *ius solis* o *ius sanguinis*, en consecuencia, los nacidos en Ecuador como los nacidos en el extranjero cuyos padres sean ecuatorianos -incluso hasta los descendientes en el tercer grado de consanguinidad - tendrán derecho a la nacionalidad ecuatoriana. (CONSTITUCIÓN, Art.7).

Se debe resaltar que la importancia de la nacionalidad estriba, en la posibilidad de acceso a derechos básicos como salud, educación, asistencia social, es decir, dota al individuo de un mínimo de protección jurídica, ya que crea un vínculo entre la persona y el Estado, sin dejar de lado, que se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Es este orden de ideas, otro efecto jurídico de la filiación es la atribución de la patria potestad a los progenitores, entendida esta como el conjunto de derechos y obligaciones que hacen exigible el cuidado y la protección del menor en todas las esferas, de aquí subyace por ejemplo el derecho de alimentos³ que se debe satisfacer.

Asimismo, se garantizan los derechos sucesorios de los menores limitando, por ejemplo, la facultad de los padres de disponer de la totalidad de los bienes o, en su defecto, ante la ausencia temprana de uno de los dos progenitores, heredar conforme a las reglas que correspondan. En síntesis, podemos observar que la filiación determina obligaciones y derechos en favor del menor.

3 Entendido desde su contexto amplio este derecho abarca alimentación, vivienda, vestido, educación, medicina, recreación, entre otras necesidades que permitan vivir en condiciones dignas.

Según lo revisado y desde la perspectiva legal citada, parecería ser que no existe complejidad en cuanto a la declaración de filiación del hijo al amparo de una institución jurídica – matrimonio o unión de hecho - o cuyo reconocimiento voluntario se pretenda. Desafortunadamente en la práctica se produce un *apartheid* legal cuando se trata de hijos o hijas de parejas homosexuales.

A modo ilustrativo, nos permitiremos ejemplificar las distinciones legales o dicho de forma más clara, las discriminaciones de las que son objeto los hijos de parejas homosexuales, a quienes se les veda de la posibilidad de inscripción como hijos de sus progenitores, produciéndose vulneración a su derecho a la identidad y a todos los derechos conexos a los que nos hemos referido.

4 CASO SATYA AMANI. (Expediente 1692-12 –EP, sentencia 184-18-SEP-CC).

A modo de introducción debemos acotar que según establece el marco constitucional ecuatoriano, los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de aplicación directa e inmediata (Art. 11, núm. 3), por tanto, ninguna norma inferior podrá restringir el contenido de estos derechos.

Así las cosas, bajo esta Constitución garantista, el 08 de diciembre de 2011, nace Satya, hija de Nicola Rothon y Helen Bicknell, quienes conformaron un hogar de hecho en Reino Unido en el 2010 y en Ecuador en el 2011, bajo este escenario, las madres el 27 de diciembre, acuden a la Dirección General de Registro Civil (DGRC) a solicitar la inscripción de la menor, recibiendo una negativa como respuesta.

El argumento esgrimido para la negativa fue indicar que el ordenamiento no prevé la doble filiación materna, sugiriendo que se proceda con la inscripción de forma exclusiva con el apellido de la madre biológica. Es decir, la posición institucional pretendía que se proceda como si Nicola fuese soltera, desconociendo la realidad jurídica de las madres de Satya, cuya relación se encontraba debidamente formalizada.

A modo de reflexión, cabe señalar que si se hubiese tratado de una pareja heterosexual, la DGRC habría procedido con la inscripción sin ningún impedimento, incluso si quién habría pretendido el reconocimiento no hubiese si el padre biológico –se entiende reconocimiento voluntario–, por lo que los hijos llevan los apellidos de sus progenitores. En este contexto, los hijos que provienen de hogares diversos para efectos legales deberían gozar de las mismas presunciones, garantizando así su interés superior. Lamentablemente la sociedad y las instituciones tienen tratos diferenciados en función de la sexualidad de los progenitores.

Frente a esta vulneración, con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo, la pareja presentó una acción de protección, - garantía constitucional que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución-, en la que se alegó falta de igualdad formal y material y no discriminación, vulneración al interés superior de la menor y al derecho a la familia y su protección, acción constitucional que fue rechazada tanto en primera como segunda instancia.

Los argumentos centrales de los jueces de instancia se centraron: en sostener la legitimidad de la limitación del reconocimiento de los menores sólo a los padres o madres biológicos; que la protección a la familia no es absoluta, por tanto está sujeta a la ley; que no se ha negado el derecho de inscribir a la niña conforme establece la normativa infraconstitucional, sino la doble filiación materna, inexistente en el ordenamiento ecuatoriano.

Cabe poner de relieve, que los jueces *ad quem* con las puntualizaciones citadas contribuyeron a reforzar los sistemas de discriminación que privilegian la matriz heterosexual y profundizan los prejuicios y valores existentes, en palabras de Colás Bravo y Villaciervos Moreno, son mecanismos de transmisión socioculturales que naturalizan y perpetúan la desigualdad entre hombres y mujeres (2007, p. 38).

Las sentencias referidas fueron recurridas ante el máximo organismo constitucional a través de Acción Extraordinaria de Protección. Finalmente, después de siete años de espera, concretamente el 29 de mayo de 2018, la Corte

Constitucional con cinco votos a favor, tres en contra y una abstención resuelve la inscripción de la menor, reconociendo su filiación como hija de dos personas del mismo sexo.

Para dicho efecto, la sentencia de mayoría declara:

[...] la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva; al debido proceso en la garantía de motivación; a la identidad personal en relación con la obtención de la nacionalidad; a la igualdad y no discriminación; a la familia en sus diversos tipos; así como también al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes [...].

También dispone a la Asamblea Nacional que, en un plazo no mayor a un año contado desde la notificación de la sentencia, adopte las disposiciones legales a fin de regular las TRA conforme los preceptos constitucionales, observando el derecho constitucional al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.

Adicionalmente, a fin de precautelar el interés superior de niñas y niños y en sentido estricto el derecho a la identidad de éstos, el máximo organismo constitucional dispone al Registro Civil la inscripción de los menores cuyos padres o madres hayan realizado un proceso de procreación a través de las TRA, sea con material genético homólogo o heterólogo, para lo cual deberán presentar el certificado médico del centro de reproducción asistida que haya realizado el procedimiento.

Concomitantemente, emite la siguiente regla jurisprudencial:

Los servidores administrativos encargados del registro de nacimiento no podrán alegar falta de ley que reconozca expresamente la doble filiación paterna o materna, para desconocer los derechos a la identidad, la igualdad y no discriminación y al reconocimiento de los diversos tipos de familia, por medio de la negativa de inscripción.

Parecería que con esta sentencia que dispone el reconocimiento de la doble filiación materna o paterna y desde luego las TRA, como instrumentos para

la materialización de la diversidad familiar se habrían zanjado los problemas para los hijos de las familias homoparentales.

No obstante, y a pesar de reconocer su trascendencia e importancia por cuanto se trata de un hito jurídico que concreta por primera vez el reconocimiento constitucional a los diversos tipos de familia, ya que se refiere de forma expresa a las familias homoparentales del Ecuador, es relevante evidenciar que la referida sentencia deja un sinsabor en la población LGBTTI por cuanto no considera realidades distintas a la construcción de familia con apoyo médico.

El fallo constitucional refiere específicamente que para la inscripción de un menor, las madres o padres, deberán adjuntar el certificado médico del centro de reproducción asistida, lo que significa que exclusivamente aquellas personas que hayan acudido a una TRA, podrán calificar este requisito. Puntualmente en el caso de mujeres fertilización in vitro (VIF) y en el caso de los hombres a un procedimiento de gestación por sustitución (GS).

Así las cosas, nos encontramos ante un nuevo factor que profundiza las diferencias y por tanto refuerza los sistemas de discriminación. Es socialmente conocido que los procedimientos de reproducción asistida son costosos, en el país, una VIF más los cuidados que exige que el embrión se adhiera a las paredes del útero podría costar unos doce mil dólares-dependiendo de la complejidad del tratamiento - (Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana), en el caso de un GS el costo fácilmente se duplica.

Dicho de otro modo, se estarían reconociendo ciudadanías y filiaciones censitarias, dado que acceder a un procedimiento de esta naturaleza no es accesible para todos, lo que nos lleva a pensar en palabras de EICHLER en una posible estratificación de las familias. (2009, p. 486), igual de grave es el hecho ignorar realidades y técnicas a las que han acudido parejas lesbianas para construir sus familias.

En específico, nos referimos a las inseminaciones caseras o método Baster, procedimiento de auto inseminación, para lo cual lo único que se requiere

es el semen de un donante, o por qué no decirlo, la pareja lesbiana ha tomado la decisión de concebir por la vía tradicional, es decir a través de un acto sexual con un donante voluntario.

Producto de esta técnica o decisión de la pareja, tomada de forma libre y responsable, en una relación estable, que han decidido formar una familia nacen niñas y niños a quienes el Estado les niega su derecho a la identidad y por default su nacionalidad, pese a existir una Constitución e Instrumentos internacionales que determinan que no puede discriminarse y menos aún dejar en indefensión a un menor.

Así, nos encontramos con el caso de Daniela, nacida el 25 de octubre de 2019, quien fue concebida por inseminación casera, al intentar registrarla con el apellido de sus dos madres, el Registro Civil negó su doble filiación materna sosteniendo que:

[...] no es que de acuerdo al procedimiento del Registro Civil se podría entender que se niega o no el servicio, es en base a una sentencia de la Corte Constitucional que fue la número 184 del 18 de septiembre, el caso 1692-12-EP en la que se especifica cuáles son los requisitos y cómo se debería proceder en caso de que se presenten las inscripciones de hijos de padres del mismo sexo. Esta sentencia nos dice que se debe presentar un certificado médico emitido por el centro de salud en donde se realizó la reproducción asistida [...] (PINASCO, noviembre, 2019).

Pese a argumentar que se trata de una aplicación exhaustiva de la sentencia que hemos venido revisando, y haciendo caso omiso a la regla jurisprudencial emitida por la Corte Constitucional, el Registro Civil, en marzo de 2019 desarrolla el procedimiento de Inscripción o Registro de Nacimientos PRO-GRC-IRN-001, versión 7.0.

El referido procedimiento en el punto 3.3.1.4 señala lo que sigue: “Inscripción de nacimiento de hijos en caso de progenitoras del mismo sexo por reproducción asistida conforme sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 184-18-SEP-CC Caso N. 1692-

12-EP”; en el punto a, al referirse al contenido del certificado de reproducción asistida, específicamente señala “nombres y apellidos, número de cédula de identidad / pasaporte de las madres que optaron por el método de reproducción asistida”.

De la normativa citada se concluye que arbitrariamente, esta entidad ha procedido a limitar la inscripción exclusivamente a parejas constituidas por mujeres que hayan acudido a una TRA en un centro de reproducción humana, promoviendo una vez más un acto de discriminación en contra de las parejas masculinas que habiendo acudido a una GS en el país o en el exterior, deseen inscribir a su hijo o hija.

Consultados que fueron formalmente las autoridades del Registro Civil por la autora de este artículo, sostuvieron que la sentencia Satya no abarca a los hombres homosexuales, toda vez que las accionantes en ese caso fueron mujeres y en virtud de ello aplican el procedimiento de inscripción de nacimientos referido anteriormente, lo que a nuestro criterio, no se trata de una interpretación errónea de la sentencia, sino de un acto de invisibilización y por tanto de discriminación que atenta contra la dignidad humana, como bien sostiene Carbonell, en los estados democráticos no pueden imponerse criterios desde la moralidad pública o privada (2009, p. 395), por lo que debemos estar vigilantes de estas actuaciones.

En general, en un estado constitucional de derechos, en el que el principio de igualdad es la norma y no la excepción, no caben diferenciaciones, por ello no se explica este trato diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales. Lo que se pretende recalcar es que si se tratara de una pareja heterosexual que se hubiese sometido a una TRA, no existiría norma o autoridad alguna que ponga en duda el reconocimiento del niño o niña, es decir, a estos padres no se les exigiría el referido certificado.

En este marco, la legislación ecuatoriana cuenta con normativa que permite presumir como progenitores a quienes están amparados en la institución del matrimonio o la unión de hecho, inclusive hace referencia a reconocimientos voluntarios, generándose posterior al reconocimiento todos los derechos y

obligaciones que de la filiación devienen, entonces ¿qué justifica esa distinción o discriminación para parejas homosexuales amparadas en vínculo matrimonial o unión de hecho?

Si la respuesta fuese que se pretende resguardar la maternidad o paternidad biológica, esta jamás ha estado o estará en riesgo, recordemos que el ordenamiento ecuatoriano prevé la libre investigación de maternidad o paternidad (C.C. Art. 255). Por otro lado, conocer los orígenes biológicos es parte del derecho humano a la identidad y a la verdad biológica del individuo protegido por la CDN.

Para concluir este apartado, no queremos dejar de señalar que atribuirse la maternidad o paternidad, no es un acto aventurado carente de objetividad, por el contrario, es una decisión resultante de un serio análisis que implica la concreción de un proyecto de vida que puede traducirse en la definición de cuándo y cuántos hijos tener, lo que significa que esta decisión está amparada constitucionalmente.

El caso de Daniela aún no tiene solución, continúa siendo apátrida de un estado al que pertenece por haber nacido en su territorio y que además reconoce los diversos tipos de familia, entre ellas, la conformada por sus madres, quienes no quieren renunciar a la posibilidad de la doble filiación materna, considerando que con ello se garantizará y maximizará la protección a su hija.

Desafortunadamente esta historia no es la única ni será última, existen varios casos similares en donde los progenitores, a fin de evitar el escrutinio social y los procesos judiciales, han decidido buscar ficciones jurídicas y con ello renunciar a la posibilidad de la doble maternidad o paternidad, ocasionando un grave perjuicio para las y los hijos que provienen de familias homoparentales.

En función de estas realidades, si la inscripción la realiza de manera exclusiva el padre o madre biológica y perezca, el menor estaría en situación de orfandad a pesar de tener al otro progenitor, de igual forma, frente al divorcio o unión de hecho, el responsable legal sería el padre o madre biológica, pese a que la decisión de procreación fue de pareja.

En este sentido, la sentencia *in examine* afirma que en caso de conflictos deberá resolverse tomando como base el principio de interés superior del niño contenida en la Constitución y en el inciso primero del art. 3 de la CDN, que en lo esencial dispone que todas las medidas concernientes a los niños deberán tener una consideración primordial, razón por la que nos permitimos subrayar una vez más en la importancia de la filiación de los menores a fin de salvaguardar su interés superior y concomitantemente el derecho a la identidad y goce de sus derechos.

5 NUEVAS FORMAS DE FILIACIÓN.

En el trascurso de estas líneas ha sido nuestro interés evidenciar la evolución que ha tenido a lo largo de la historia el Derecho de Familia, transformando sus figuras jurídicas, y con ello, ciertos conceptos se han visto rebasados, desbordando las estructuras existentes, concretamente la filiación es un ejemplo claro de esta obsolescencia de los sistemas e instituciones.

En un ejercicio de igualdad material, en la actualidad, las familias homoparentales pueden acceder a instituciones como el matrimonio o la unión de hecho, lo que necesariamente exige cambios en la normativa vigente respecto a la filiación, a fin de evitar conflictos con los conceptos heteronormativos tradicionales de familia que han venido funcionando.

A la luz de estos avances, tenemos también los científicos y tecnológicos, que han permitido disociar lo genético de lo biológico, la reproducción sin sexo, maternidades sin paternidades y paternidades sin maternidades, (LAMN, 2012, p. 78). Las TRA entendidas como una especie de revolución reproductiva, nos demuestran la insuficiencia de nuestras legislaciones.

Lo dicho, encierra la parte sustancial de este apartado, los nacimientos a través de una TRA, no son excepcionales por lo que es necesario determinar con claridad el procedimiento de filiación, no podemos circunscribirnos al contenido de la sentencia analizada, toda vez que, conforme se evidenció, su interpretación parece depender de la autoridad administrativa.

Conforme se ha revisado, el ordenamiento ecuatoriano prevé la filiación por naturaleza, por adopción, así como la voluntaria siempre y cuando no exista filiación previa, sin embargo, y contrariando a la norma, esta última, vista el androcentrismo que permea nuestras instituciones adolece de discrecionalidad del órgano administrativo, pudiendo en la práctica ejercerla de forma exclusiva el hombre heterosexual. Así las cosas, estas filiaciones resultan ser insuficientes dado las realidades sociales existentes.

Si bien el desarrollo del derecho no se produce a la par de la evolución social, este hecho no debe ser un justificativo para dejar en la indefensión a cientos de niñas y niños que nacen como resultado de un proyecto de vida individual, común o familiar. Las TRA no se encuentran reguladas en Ecuador, pero tampoco están prohibidas, lo que ha permitido que muchas familias, incluso personas solteras, acudan a ellas, como vía idónea de reproducción.

Es por ello, que el derecho de familia frente a estas nuevas formas de reproducción factibles por las TRA, requiere de un cambio normativo que incorpore formas distintas de filiación, recordemos que ya no existe más la dualidad de biología y genética. Anteriormente se distinguía entre filiación biológica y voluntaria, en la actualidad podemos diferenciar tres criterios lo genético, lo biológico y lo voluntario (FARNÓS, 2011, p. 156).

Es en este punto en donde resulta de trascendental interés hablar del elemento volitivo, es decir, de la voluntad de procrear y por tanto de convertirse en padre o madre y asumir las responsabilidades que de esta calidad devienen. Las TRA pueden realizarse con material homólogo o heterólogo, en otras palabras, con material genético propio o externo, es por esta razón que no se pueden aplicar las reglas de filiación tradicionales.

En las TRA el vínculo se crea por aquella decisión de la persona o la pareja, es decir es una manifestación de la voluntad individual, que requiere de consentimiento expreso, característica indispensable en estos procedimientos, en consecuencia, el niño o niña que nace, lo hace producto de esa voluntad y decisión.

Finalmente, huelga decir, que los hijos nacidos como consecuencia de estas técnicas requieren el mismo nivel de protección y por tanto una vía idónea de filiación. En palabras de LAMM las TRA modifican el concepto de familia y continuarán afectándolas (LAMM, 2012, p. 88), por ello es necesario, según nuestro criterio que se desarrolle de manera amplia el concepto de voluntad procreacional o parentalidad voluntaria, y por tanto una filiación acorde a las nuevas realidades familiares.

6 CONCLUSIÓN

A dos años de la sentencia SATYA en la que se dispuso a la Asamblea Nacional regule lo concerniente a las TRA, nada se ha legislado al respecto, no obstante, las familias siguen creciendo, unas acudiendo a ficciones jurídicas a fin de no soslayar el derecho de sus hijas e hijos, otras, litigando en los tribunales defendiendo el derecho de sus hijos e hijas a tener dos madres o dos padres, el objetivo es buscar una sentencia que les permita proteger ampliamente a sus hijos lo que se traduce en injusto y discriminatorio.

Este caso evidencia claramente la desidia estatal en la generación de políticas públicas y normas jurídicas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando se trata de la población LGBTTI. Este artículo se traduce en una crítica al Estado ecuatoriano toda vez que las sociedades, las familias, las niñas y los niños, no merecemos vivir al filo de la navaja, por indeterminación del legislativo, necesitamos certeza y estabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AVILA, Ramiro. **Los derechos y sus garantías:** ensayos críticos. Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011.

CARBONELL, Miguel. *Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. El género en el derecho:* ensayos críticos. Ecuador: V\$M Gráficas, 2009. pp. 383-395.

COLAS BRAVO, Pilar; VILLACIERVOS MORENO, Patricio. *La interiorización de los estereotipos de género en jóvenes y adolescentes*. **Revista de Investigación Educativa**, v. 25, n. 1, pp. 35-58, Sevilla, 2007.

DIPIERRI, José. **Filiación e Historia Cultural**: confluencias y divergencias temáticas. Universidad Nacional de Jujuy, Argentina, 2004.

EICHLER, Margrit. *Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de Ecuador*. **El género en el derecho**: ensayos críticos. Ecuador: V\$M Gráficas, 2009. pp. 465-513.

ENGELS, Friedrich. **El origen de la Familia, La propiedad privada y el Estado**. Colombia: Panamericana Editorial Ltda., 1993.

FARNOS, Esther. *Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión propuestas y retos*. **Revista de Derecho de Familia**, España, 2011. pp. 153-181.

GUZMÁN, Anibal. **La filiación en los albores del siglo XXI**. México: Porrúa, 2005.

LAMN, Eleonora. *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. **Revista de Bioética y Derecho**, pp. 76-91, Barcelona, 2012.

PINASCO, Gabriela. *La bebé nacida por inseminación casera que el Estado no reconoce*, Vistazo, 27 de noviembre de 2019, consultado el 12 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.vistazo.com/seccion/pais/actualidad-nacional/la-bebe-nacida-por-inseminacion-casera-que-el-estado-no-reconoce>.

NORMATIVA.

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005, modificación: 08-jul.-2019.

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, Registro Oficial
Suplemento 684 de 04 de febrero de 2016, modificación: 14 de marzo de 2018.

SENTENCIAS.

Corte IDH (2011) Caso *Gelman Vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero.

Ecuador, Corte Constitucional, Expediente 1692-12 –EP, sentencia
184-18-SEP-CC.

ABREVIATURAS.

C.C.	Código Civil.
CADH.	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño.
CONA	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.
DGRC	Dirección General del Registro Civil.
GS	Gestación por Sustitución.
LGBTTI intersexuales.	Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros e
LOGIDC Civiles.	Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos
TRA	Técnicas de Reproducción Asistida.
VIF	Fertilización in Vitro.

SUBMETIDO: 26/8/2020

APROVADO: 02/10/2020

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FRANCESA

LE DROIT FONDAMENTAL AU TRAVAIL DANS LA CONSTITUTION FRANÇAISE

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK IN THE FRENCH CONSTITUTION

Alexandre Coutinho Pagliarini

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito da UNINTER. Advogado.

E-mail: alexandrepagliarini@terra.com.br.

<https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>

Arthur Augusto Garcia

Mestrando em Direito na linha de Jurisdição e Processo na Contemporaneidade no Centro Universitário Internacional UNINTER. Bacharel em Direito pela PUCPR e Professor de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Centro Universitário Internacional UNINTER.

E-mail: arthur.brambillaa@gmail.com.

<https://orcid.org/0000-0003-4797-8682>

Resumo

Sabe-se que o direito fundamental ao trabalho é um catalizador de realizações humanas e promoção social e essencial para uma vida digna. Por estas características é que pode ser compreendido, no contexto francês e em muitos outros países como um direito humano, e ao Estado cabe o seu reconhecimento, seja por meio do texto constitucional, como na França, ou por meio da Constituição e de regulamentações em outras normativas, como é o caso do Brasil. Este artigo se justifica pela necessidade de análise histórica do texto constitucional francês visto que não há ampla pesquisa sobre o assunto no

Brasil, objetivando então uma maior compreensão da estrutura normativa que a França vem proporcionando ao seu direito ao trabalho. Ao final, com escopo no Texto Constitucional gaulês, se conclui e se ensina ao Brasil que os franceses não têm o direito de trabalhar, mas também o dever de o fazer, o que acarreta uma atuação estatal positiva.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Fundamental ao Trabalho. Direito Comparado.

Résumé

On sait que le droit fondamental au travail est un catalyseur pour les réalisations humaines et la promotion sociale et essentiel pour une vie digne. C'est en raison de ces caractéristiques qu'il peut être compris, dans le contexte français et dans de nombreux autres pays, comme un droit de l'homme, et l'État doit le reconnaître, soit par le texte constitutionnel, comme en France, soit par la Constitution et les règlements en d'autres réglementations, comme le Brésil. Cet article se justifie par la nécessité d'une analyse historique du texte constitutionnel français puisqu'il n'y a pas de recherche approfondie sur le sujet au Brésil, visant à une meilleure compréhension de la structure normative que la France a fourni à son droit au travail. Au final, avec portée dans le texte constitutionnel gaulois, il est conclu et enseigné (au Brésil) que les Français n'ont pas seulement le droit de travailler, mais aussi le devoir de le faire, ce qui conduit à une action positive de l'État.

Mots-clés: droit constitutionnel. Droit fondamental au travail. Droit comparé.

Abstract

We know that the fundamental right to work is a catalyst for human achievement and social advancement and essential for a life of dignity. It is because of these characteristics that it can be understood, in the French context and in many other countries, as a human right, and the State must recognize it, either by the constitutional text, as in France, or by the Constitution and regulations in other regulations, such as Brazil. This article is justified by the need for a historical

analysis of the French constitutional text since there is no in-depth research on the subject in Brazil, aimed at a better understanding of the normative structure that France has provided to its labour law. In the end, with scope in the Gallic constitutional text, it is concluded and taught (to Brazil) that the French do not only have the right to work, but also the duty to do so, what leads to positive action by the State.

Keywords: *Constitutional Law. Fundamental Right to Work. Comparative law.*

1 INTRODUÇÃO

O Direito Fundamental ao Trabalho está previsto em diversos textos constitucionais ao redor do mundo, como por exemplo, na Itália (Artigo 4º), Espanha (Artigo 35.1) e na França não é diferente. A Constituição Francesa de 1958, além de organizar a estrutura do Estado e do governo e suas relações, estabelece em seu texto diversos princípios fundamentais e direitos de liberdade, e um deles é o direito ao trabalho.

Todavia o texto constitucional francês possui categorias históricas de direitos humanos e liberdades civis, visto que a Constituição relativa à V República agrega uma série de disposições que referem-se a outros textos constitucionais históricos, como por exemplo, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e a Carta do Meio Ambiente de 2004, denominando-se tais referências como bloco constitucional.

Posto isso, é de suma importância a compreensão do contexto histórico francês na construção dos regulamentos que regiam o trabalho, e como esse “direito” era visto anteriormente a sua positivação no ordenamento jurídico francês, e isso se fará analisando a sociedade francesa da época bem como quais eram as condições de exercício do trabalho na França. Posteriormente, passa-se a analisar as primeiras legislações que versavam sobre o trabalho, como por exemplo a *Loi le Chapelier* e o *Conseil de Prud’homme* que tinham como função a aplicação, interpretação e efetivação das leis laborais.

Por fim, é necessário verificar como o direito fundamental ao trabalho está disposto no texto constitucional vigente, e como é interpretado, e para isso verifica-se a formação do Conselho Constitucional da França e o seu papel no momento da construção da jurisprudência relativa ao direito constitucional ao trabalho e seus princípios.

2 O TRABALHO NO CONTEXTO HISTÓRICO FRANCÊS

Anteriormente à Revolução Francesa, os regulamentos que regiam o trabalho na França eram estruturados de maneira muito diferente da atual. Eles eram definidos em cada cidade pelo *métier* e pelas *communautés de métiers*, que ao fim do antigo regime passaram a se chamar *corporations*. Os regulamentos, além de versarem sobre a organização do trabalho, também traziam regras para a produção de mercadorias, tais como padrões, qualidades etc., e a comercialização de produtos, como por exemplo o *Le livre de métiers*, elaborado em 1268 por Étienne Boileau, que era reitor da Sorbonne à época do final do reinado de Saint Louis.

2.1 A sociedade francesa em 1789

A França em 1789 possuía por volta de 23 milhões de habitantes, e apenas 400 mil integravam a nobreza. A população era vista por meio de três segmentos (estados): o Clero, que era formado pelo baixo e pelo alto clero, que estavam isentos pelo Estado do pagamento de impostos, tarifas e coletavam verbas dos dízimos, rendas de imóveis urbanos e rurais, e ainda, recebiam uma renda do Estado.

O segundo estado era a Nobreza, composta por homens que estavam impedidos de trabalhar, pois não era considerado legítimo que alguém da nobreza trabalhasse. Estes possuíam sua renda oriunda de pensões do rei e quantias pagas pelos camponeses, todavia, por terem a característica de péssimos administradores, dilapidavam seus patrimônios visando a manutenção do *status quo* e, por fim ocupavam cargos administrativos e militares que exigiam remuneração.

No terceiro estado estavam o restante da população francesa (80%) que era composta por camponeses que possuíam propriedades e pagavam dízimos, taxas, tributos feudais às demais classes superiores. Esta situação foi percebida pelo abade Sieyès na obra *A Constituição Burguesa*, tradução lusitana para o original francês intitulado *Qu'est-ce que le tiers état?* na qual o revolucionário aponta justamente que o terceiro estado é formado pelo povo, mas especificamente pelo povo burguês.

2.1.1 As condições de trabalhos e os ofícios franceses do terceiro segmento

A maioria da população francesa compunha o terceiro segmento, e ao fim do século XVII vivia e trabalhava em condições de extrema penúria, pois havia uma grande escassez de alimentos provocada por uma grande seca e um alto índice de desemprego. A miséria então fazia parte da vida de quase todos os franceses do terceiro segmento, sejam urbanos ou rurais, que, somado a condição precária de trabalhos viviam indignamente. Esta situação pode ser percebida na literatura de Émile Zola¹ quando, em “O Germinal”, retratou a miséria da classe trabalhadora gaulesa.

Nesse sentido, ensina Arnaldo Sússekind (2012, p. 77) que num retrocesso que afrontava a dignidade humana, a duração normal do trabalho totalizava comumente 16 horas diárias; o desemprego atingiu níveis alarmantes e o valor dos salários decresceu. Desta forma, a sociedade francesa de 1789 era composta pela sua maioria esmagadora de trabalhadores que possuíam condições péssimas de trabalho, jornadas intermináveis, má remuneração e impostos abusivos que eram cobrados para o financiamento dos dois primeiros segmentos.

Pode-se citar alguns ofícios desenvolvidos nessas condições e suas características, como os moleiros, que eram trabalhadores rurais e possuíam um

1 Émile Zola foi um crítico, romancista e ativista político francês. Ele é considerado um dos maiores escritores do final do século XIX. Uma das obras mais importantes de Zola, *Germinal*, de 1885, mostra a vida de uma comunidade de mineiros, destacando a relação entre a burguesia e a classe trabalhadora.

moinho, onde havia diversos empreendimentos, e estavam submetidos às condições climáticas desfavoráveis, como chuvas, nevascas e secas profundas. Há também a figura importante dos padeiros, que à época era considerada uma profissão perigosa, visto que estavam submetidos a humilhações da população que estava faminta e tinha como base alimentar o pão, bem como dos abusos administrativos que lhe impunham diversas taxas para o exercício da profissão e com a Revolução, houve a transformação da propriedade fundiária, o fim das corporações e o surgimento de um novo quadro de trabalho e a criação de um mercado nacional.

Uma outra profissão importante na influência da Revolução foram os sapateiros, que representam uma parcela expressiva da população francesa do terceiro segmento, contudo, estes eram vítimas da extrema pobreza e das péssimas condições laborais o que desencadeava doenças respiratórias graves. Por fim, havia a figura das criadas, que era composta em sua maioria por mulheres oriundas do campo e eram relativamente bem remuneradas para os padrões da época, contudo, estavam sujeitas a diversos abusos sexuais de seus patrões.

2.2 A influência da Revolução Francesa no direito do trabalho

O direito ao trabalho na França se moldou com a Revolução Francesa (1789 – 1799), visto que, à época, tratava-se mais de uma liberdade do que um direito propriamente dito, pois a Revolução proclamava os princípios da liberdade e da igualdade. Deste modo, a Revolução proporcionou um grande e novo conjunto de ideias e valores democráticos. Para Eric Hobsbawm (2003, p. 176) a Revolução Francesa não foi um fenômeno isolado, mas sim, o mais importante, se comparado às demais revoluções, visto que ocorreu em um dos países mais poderosos e populosos à época e foi uma revolução social de massa que teve seus ideais repercutidos pelo mundo todo.

Vários foram os aspectos que levaram a eclosão da Revolução Francesa em 1789, entre os mais relevantes estão: a incapacidade de mudanças, uma vez que as tentativas logo sucumbiam ao antigo regime; o país era rico economicamente,

todavia, não possuía uma política externa amplamente difundida como se observava na Inglaterra. Houve também, entre os anos de 1788 e 1789, uma grande má safra que marcou o terceiro Estado, seguida de eleições onde a população estava diante da escassez de alimentos, miséria e doenças que acometiam a sociedade, e buscavam de qualquer forma cessar com a chamada “tirania da nobreza”. Fora tais fatores, e incontestável que as finanças do Estado estavam extremamente comprometidas pelos gastos excessivos de Luis XVI e Maria Antonieta.

O primeiro ato, considerado o estopim da Revolução Francesa, foi a derrubada da Bastilha em 14 de julho de 1789, que se tratava da maior prisão da França à época, frente a isso, a sociedade francesa ficou polvorosa e a revolução se espalha por todo território, pois “em tempos de revolução nada é mais poderoso que a queda de símbolo (HOBBSAWM , 2003, p. 63), e após três semanas a estrutura social do feudalismo bem como o Estado em si, sucumbiram.

Posteriormente a ser instaurada revolução surge uma disputa pelo poder que agora era formado pelos chamados girondinos: burgueses proprietários de grandes negócios; e pelos jacobinos: representantes de uma pequena burguesia pobre e proveniente das províncias. Todavia, em meio aos grandes conflitos que ocorreram na França nesta época, foram elaboradas diversas Declarações e Constituições que tiveram grande repercussão mundial, e, muitas, delas versavam sobre os direitos da classe trabalhadora.

Em 1786, inspirada no Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau, é elaborada a *Déclaration des Droits de l’homme et du Citoyen* que encerrava a hierarquia e privilégios concedidos à nobreza, principalmente no que se tratava do acesso ao emprego público e incorporada em seu texto a tríplice *liberté, égalité, fraternité* de Rousseau:

Art. 6. La Loi est l’expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. (FRANÇA, 1786)

Todavia, isso não significava que a burguesia francesa era entusiasta do trimela de Jean-Jacques Rousseau, para Hobsbawm o burguês liberal clássico (1789-1848) não se considerava um democrata, mas um indivíduo a favor de uma Constituição que garantiria um governo de contribuintes e proprietários e liberdade civil (HOBSBAWM, 2003, p. 63) e, com isso surge a *La loi de Chapelier* (1791), que altera substancialmente o *Les Conseils de Prud'homme*.

2.3 Les Conseils de Prud'homme

Não há como se analisar o direito ao trabalho na França sem primeiro conhecer o *Les Conseils de Prud'homme*², que, juridicamente, foi um dos primeiros mecanismos no âmbito dos direitos trabalhistas na França, o qual tinha como objetivo a resolução de conflitos individuais dos trabalhadores bem como das controvérsias coletivas, que eram regidas pela arbitragem.

Para Martins (2002, p. 32) o *Les Conseils de Prud'homme* podem ser definidos como:

Conseils de prud'hommes tem o significado de conselho de homens prudentes, sisudos ou íntegros, de alguma sabedoria, que são versados em certa matéria. A expressão referida é encontrada na época das corporações de ofício em que havia certos homens que eram eleitos para administração de tais organismos, por terem a confiança de seus pares. Na época, também se utilizava a expressão prud'hommes para designar os juízes dos tribunais ordinários, os funcionários municipais e ainda os peritos.

2 *Les conseils de prud'hommes sont compétents pour connaître les litiges individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail de droit privé. Dans le cadre de cette mission, les conseillers prud'hommes sont chargés de la conciliation des parties et, à défaut, du jugement des affaires. Pour certaines situations urgentes, il existe une procédure de référé permettant d'obtenir rapidement une décision. Le conseil et la section compétents sont le plus souvent déterminés en fonction de l'implantation territoriale et de l'activité principale de l'employeur. La saisine du conseil de prud'hommes implique le respect de certaines formalités. Pendant la procédure, employeur et salarié peuvent se faire assister ou représenter. FRANCE. Ministère du Travail. Le Conseil de Prud'homme. <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/le-reglement-des-conflits-individuels-et-collectifs/article/le-conseil-de-prud-hommes>. Acesso em: 22 jun. 2020.*

Esses conselhos foram oficialmente extintos em 1776 passando então a competência desses casos para os tribunais comuns franceses e após a Revolução Francesa não foram reabertos, visto que estavam inteiramente ligados ao ideal de que toda organização objetivava o impedimento à liberdade dos trabalhadores.

Já em março de 1806, uma lei os recriou dando-lhes competência para analisar conflitos trabalhistas por meio da conciliação, e, promovia também o julgamento definitivo da reclamação, quando esta não possuía valor superior a 60 francos, bem como dava isenção do pagamento das custas processuais as partes. Faziam parte desse conselho no momento de resolução de conflitos trabalhistas um fabricante, um *prud'homme* chefe de oficina e um *prud'homme* fabricante (FRANÇA, 2015), sendo essa composição eleitos após preencher diversos requisitos.

Nesta época o Estado começava a interferir nas relações de trabalho, por motivos econômicos, visto que o França se encontrava em estagnação dos índices de emprego e isso refletia significativamente na arrecadação de impostos do país. Desde então o *Conseil de Prud'homme* funciona na França como um primeiro grau de jurisdição e abrange todos os litígios trabalhistas derivados do direito privado francês.

2.4 A Loi le Chapelier

Uma das características marcantes da Revolução Francesa é o *laissez-faire*, que significa o não intervencionismo estatal, o qual pregava a liberdade contratual, e com as relações de trabalho no âmbito privado não era diferente. A *Loi le Chapelier* foi proposta pelo então deputado da Assembleia Constituinte francesa reunida à época, Issac René Guy le Chapelier, logo após o início da Revolução, em 14 de junho de 1791, e proibia em seu texto a reunião de pessoas em corporação, fosse de direito ou de fato, sob o argumento de que isso cercearia a liberdade individual.

A *Loi le Chapelier* foi o texto legal introdutor no que se refere as relações entre patrões e trabalhadores na França, trazendo fortemente o conceito de “liberdade de trabalho”, que parecia incompatível com a ideia de regulamentação do trabalho e que representaria o nexo fundamental do liberalismo naquelas relações (VARGAS, 2011. p. 213). Desta forma, o texto legal defendia a liberdade de trabalho, alinhado com o princípio liberal de que o trabalho era mercadoria e por este motivo deveria ser livre, o que na concepção liberal clássica significava a não intervenção estatal.

A *Loi de Chapellier* dispunha que:

*Article 1- L'anéantissement de **toutes espèces de corporations** des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit.*

Article 2 - Les citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'un art quelconque ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs. (FRANÇA, 1791)

Se percebe, portanto, que a lei claramente proibia a reunião de trabalhadores com o intuito sindical, impondo sanções financeiras, restritivas de direito e até a pena de morte, o que contrariava expressamente a Declaração de Direitos dos Homens e dos Cidadãos. Houve também a repressão a respeito de manifestações e greves no ordenamento jurídico da França por meio do Código Penal Francês de 1810 bem como no Código Civil Francês, e, posteriormente a *Loi le Chapelier* foi revogada em 25 de maio de 1864, e então o direito a greve e manifestações foi estabelecido.

Posto isso, é inegável as influências da Revolução Francesa no mundo do trabalho e na regulamentação desse direito, como se pode verificar nas transformações das garantias concedidas aos trabalhadores que começaram a ser questionadas, pensadas e normatizadas nesse momento histórico.

2.5 O texto constitucional francês de 1958 e o trabalho

Aprovada por referendo em 28 de setembro de 1958 e promulgada em 4 de outubro de 1958 a Constituição francesa, da quinta república, vigente atualmente, sofreu diversas modificações no decorrer do tempo (FRANÇA, 1958), sendo a mais importante ocorrida em 1962 que introduziu a eleição do presidente da república por meio do sufrágio universal (FRANÇA, 1962), sendo revista pela última vez em 2008. A Carta Magna francesa se dedica, em resumo, a organizar o Estado e suas estruturas de funcionamento, o governo e suas relações, lhe esclarecendo suas atribuições, competências e prerrogativas, e da mesma forma que a Constituição de 1946, não estabelece em seu texto “direitos fundamentais” ou “princípios fundamentais”.

Esta Constituição é claramente inspirada nos textos históricos relativos a direitos humanos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, e elenca em seu texto categorias de “direitos humanos” e “liberdades civis”, expressamente mencionados já em seu Preâmbulo vigente:

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique. (FRANÇA, 1789)

Todavia, como se baseia em princípios de diferentes tempos históricos, essas regras constitucionais podem resultar em inconsistências entre si, como por exemplo, os princípios da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

de 1789 que parte do ideário liberal individualista, e os princípios do Preâmbulo da Constituição de 1946 que possuem forte tendência social (MEIRELES, 2018, p. 63), o que, geralmente, é resolvido pela interpretação da Constituição frente aos casos concretos, a qual é feita pelo Conselho constitucional.

Se destaca também que na doutrina francesa é denominado de “bloco de constitucionalidade” o conjunto de regras e princípios que possuem *status* constitucional, ou seja, concedem força normativa ao Preâmbulo da Constituição de 1958 que proclama solenemente o compromisso com os princípios da soberania nacional, defendidos pela Declaração de 1789 e confirmados e completados pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 (FRANÇA, 1958).

Todavia, esse bloco de constitucionalidade vem sofrendo, ao longo do tempo, constantes mudanças, conforme afirma Edilton Meireles (2018, p. 63):

É certo que esse bloco de constitucionalidade está em constante mudança, tanto que, mais recentemente, a ele foi incorporado a Carta Ambiental de 2004. E isso decorre, ainda, do fato de o Preâmbulo da Constituição de 1946 se referir aos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, ou seja, pela via oblíqua do Preâmbulo da Constituição de 1948 se inserem no bloco de constitucionalidade os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

No entanto, mesmo trazendo referência a princípios e regras de outros documentos, elaborados em outros tempos e que faziam referências ao trabalho, a Constituição francesa se refere sucintamente ao trabalho ou ao direito ao trabalho em seu texto, mesmo que se defina no Artigo 1º como uma República social e democrática. Há então apenas a menção no Artigo 34 que ao Parlamento compete legislar a respeito do direito do trabalho, direito sindical e da seguridade social, que serão baseados nos princípios fundamentais.

Contudo, levando em conta o bloco constitucional presente no Preâmbulo da Constituição de 1958, nestes textos que guiam as leis da República há diversas menções ao direito do trabalho, principalmente no Preâmbulo da Constituição de 1946:

5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.

Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.

7. Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

8. Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. (FRANÇA, 1946)

Portanto, no Preâmbulo de 1946 há a disposição de que todos têm o dever de trabalhar e o direito a obter um emprego, bem como protege esse direito de discriminação oriunda de origem, opinião ou crença, consagrando o princípio da igualdade no trabalho e do acesso à formação profissional, da liberdade sindical, do direito à greve e da negociação coletiva, ao mesmo tempo em que protege a saúde, a segurança material, o descanso e o lazer dos trabalhadores, refletindo diretamente nas limitações de jornada de trabalho. O próprio Conselho Constitucional francês, por meio da decisão n. 83-156 de 28 de maio de 1983 decidiu considerar o direito ao trabalho como um direito de ordem pública (FRANÇA, 1983).

3 O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS E SUA GÊNESE.

Anteriormente a criação do Conselho Constitucional francês em 1958 houve a tentativa de criação de um controle de constitucionalidade de leis exercida por um órgão chamado “*Comité Constitutionnel*” (AVRIL; GICQUEL, 1992, p. 87) com a publicação da Constituição de 1946 que fora uma tentativa que não teve êxito, visto que ao longo de toda a IV República esse comitê foi chamado a resolver questionamentos de constitucionalidade apenas uma vez.

Finalmente em 1958 por meio do Título VII da Constituição francesa o Conselho Constitucional é instituído com um papel eminentemente político, ou seja, tinha como objetivo evitar uma predominância da vontade do parlamento sobre os demais órgãos de governo, visto que a própria opinião pública ignorava a sua existência, principalmente nos primeiros anos de sua criação, conforme afirma Loïc Phlip “*les réactions devant la création de cette nouvelle institution ont été, dans l’ensemble, plutôt négatives*” (PHILIP, 1992, p. 481). Corroborando com isso menciona Beatriz Segorbe (2000, p. 7) que:

Desde o seu aparecimento, as críticas que lhe foram sendo feitas diziam sobretudo respeito ao excessivo compromisso político que a sua atividade exige, passando por outras que iam desde as dúvidas relativas à sua competência técnica, ao ponto de se criticar até a excessiva idade dos seus membros. A imagem que este órgão possuía junto da classe política era de tal forma negativa, que qualquer decisão por si emanada era vista com suspeita; a opinião pública, por sua vez, não lhe atribuía qualquer relevância e alguns membros da comunidade jurídica chegavam mesmo a negar-lhe carácter jurisdicional.

Desta forma, o espírito constituinte de 1958 objetivava com a criação do Conselho evitar um regime de predominância da vontade do Parlamento, ou seja, o de defesa dos interesses do Governo por meio de uma instituição *sui generis*, cujo modelo não se inspirava em nenhum outro sistema do mundo, tinha sua originalidade garantida. Todavia, o Conselho Constitucional também tinha a ideia de garantia de equilíbrio entre os poderes, visto que controlava o Parlamento de modo a garantir o exercício do Poder Executivo e com isso foi sofrendo uma grande transformação ao longo de sua existência, de tal modo, que passou a garantir os direitos e liberdades fundamentais previstas na Constituição que muitas vezes são postos de lado por atividades de um governo majoritário.

A criação do Conselho, de imediato, gerou uma reação negativa na sociedade francesa, conforme aduz Loïc Phlip citado anteriormente, pois despertava o temor de um “*gouvernement de juges*”, que era agravado pelo constante aumento de poder dado a eles e que se valiam de textos e critérios

extremamente vagos, e que necessitava de concretização. Todavia, esse temor foi sendo afastado em decorrência de uma atitude extremamente prudente que este órgão tinha ao se manifestar de fato, pois desde sempre possuía uma atitude de rigor e autodelimitação que lhe concediam argumentos de eficiência contrários à sua existência.

Os debates críticos a respeito do Conselho giravam em torno de duas ideias: uma que entendia o Conselho Constitucional como um órgão com função jurisdicional e outra que o entendia como um órgão com função eminentemente política (LAVROFF, 1981, p. 44). A maioria dos autores da época entendia que o conselho exercia as duas funções mencionadas e que se distinguiram entre si em razão do ato praticado. Para Segorbe (2000, p. 7) o que caracterizava um ato jurisdicional, por exemplo, estava na “circunstância de se tratar de uma resposta a uma questão de direito, com autoridade de caso julgado”. De todo modo, mesmo que se considere a função do conselho como jurisdicional, ainda assim, seria uma jurisdição específica do órgão, o que não se confunde com as dos demais órgãos que compõe o ordenamento jurídico francês.

E foram estas realidades negativas que o Conselho Constitucional conseguiu alterar na sociedade francesa após a sua instituição, visto que passou a integrar o conjunto de direitos do homem, e então, mesmo que lentamente, foi afirmando a sua importância de existência e foi assegurando a proteção das liberdades contra o absolutismo do parlamento, o que levou a uma enorme contribuição na construção e garantia de um Estado de Direito pensado para a República Francesa de 1958.

3.1 A Composição do Conselho Constitucional francês.

O Conselho Constitucional francês foi instituído e organizado pela constituinte francesa de 1958 que deu origem a Constituição vigente, este órgão está previsto no Título VII, no Artigo 56 da referida Carta:

Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se

renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage. (FRANÇA, 1958)

Então, em sua composição o Conselho Constitucional possui nove membros, que são indicados, de três em três, alternadamente pelo Presidente da República, Assembleia Geral e presidente do Senado, o que garante com a tripartição a serenidade nas nomeações e o prestígio do Conselho, sendo então o mandato de nove anos sem possibilidade de renovação, o que acarreta uma renovação por terços a cada três anos, para que se evite uma mudança total e se garanta uma continuidade da ação desse órgão.

Desde o início do órgão se tem criticado o comprometimento político dos membros do Conselho, visto que, via de regra, os legitimados a fazer a indicação o fazem de pessoas que partilham de seus ideais políticos e sociais e que não é exigida qualificação jurídica, todavia, atualmente o Conselho é composto em sua maioria por juristas. A nomeação dos membros é feita, como mencionado, por autoridades o que para Louis Favoreau “constitui vantagem, na medida que reforça a legitimidade dos seus membros, que passa assim por uma espécie de legitimidade indiretamente democrática (FAVOREU, 1984, p. 17).

A Carta francesa também prevê algumas incompatibilidades de funções dos membros do Conselho, uma está ligada a mandatos políticos e outra com atividades profissionais o que impede que sejam nomeados (Artigo 57). Cita-se ainda diversas garantias de independência e inamovibilidade, e visto que o mandato dos membros do Conselho não podem ser revogados pelas autoridades que os nomearam. Apenas podem ser demissionários nos casos de aceitação de

outra função que seja incompatível como a permanência no Conselho, como é o caso de exercer função ministerial ou função no Parlamento (Artigo 57); perda de direitos civis ou políticos, e incapacidade física permanente.

No Artigo 56º da Constituição gaulesa considera que são os *membres de droit* do Conselho Constitucional os antigos Presidentes da República visto que, possuem uma voz deliberativa equivalente à dos membros nomeados, se aplicando a eles o mesmo regime de incompatibilidade mencionados anteriormente. Se destaca que na história de existência do Conselho Constitucional apenas dois ex-presidentes da República ocuparam, mesmo que por pouco tempo, lugar no Conselho, Vicente Auriol e René Coty. Esse número extremamente reduzido de ex-Presidentes no Conselho Constitucional se justifica apenas pela falta de interesse, mesmo que há quem questione a real utilidade dessa possibilidade concedida aos ex-presidentes pois alguns questionamentos destinados ao órgão serem políticos o que se levanta dúvidas a respeito da parcialidade que um ex-Presidente francês possa exercer dentro do Conselho no momento de analisar este questionamento³.

Se destaca um levantamento feito a respeito das nomeações para o conselho (FAVOREU, 2000, p. 306), dos 57 membros nomeados entre 1959 e 2000, cerca de 90% eram titulares de diplomas que dão acesso às carreiras de magistrado da justiça comum ou da justiça administrativa; 40% eram doutores em Direito e 20% professores efetivos das faculdades de direito. Ainda, quase um terço dos nomeados participaram de maneira direta e indireta na elaboração da Constituição de 1958, ainda vigente.

Há também no Artigo 56º da Constituição francesa o estabelecimento do regime para a Presidência do Conselho Constitucional, a exemplo do que ocorre em outros sistemas jurisdicionais pelo mundo, cabe ao Presidente da República nomear, dentre os membros do Conselho, o Presidente, respeitando sempre o prazo

3 Em 1993, chegou mesmo a haver uma proposta do comitê consultivo para a revisão constitucional no sentido da supressão dos membros de direito da composição do Conselho Constitucional, a qual, porém, não veio a ser aceite.

de duração dos respectivos mandatos. Por isso que, sempre que a presidência do conselho fica vaga, o Presidente da República terá duas opções: nomear para o cargo um dos membros já em exercício ou designar para a presidência um novo conselheiro que, trienalmente, ele tenha o direito de nomear, que exercerá a direção do Conselho por todo o período de duração de seu mandato (nove anos). Importante mencionar que o chefe de Estado tem a prerrogativa de nomear o Presidente do conselho, mas nunca o de pôr do cargo.

3.2 O funcionamento do Conselho Constitucional

O conselho constitucional francês é o único órgão jurisdicional na França, e, em comparação com outras cortes constitucionais a ele é concedido atribuições que vão muito além das meramente jurisdicionais. Por exemplo, pode-se citar que cabe ao órgão velar pela seguridade jurídica das operações do *referendum*, no qual o povo é convocado a participar de forma direta da construção normativa francesa, sejam leis de natureza constitucional ou infraconstitucionais, ou seja, cumpre o papel de autenticador da expressão da vontade nacional (FAVOREU, 2000, p. 311).

Outra atribuição do Conselho Constitucional, a qual podemos comparar a exercida no Brasil pela Justiça Eleitoral, é a de controle e verificação da regularidade das eleições parlamentares e presidenciais francesas, que no ponto de vista do direito comparado, o Conselho constitucional exerce com maestria, pois não é incomum que o órgão decrete a perda de um mandato parlamentar por algum vício no processo eleitoral, incompatibilidades ou abuso de poder econômico.

Ainda, o Conselho exerce outras atividades além das consideradas tipicamente jurisdicionais do ponto de vista do controle de constitucionalidade, que são duas da alta relevância e que demonstram seu *status* de constitucionalmente elevado. Primeiramente, quando há uma crise constitucional o Presidente da República pode exercer poderes excepcionais previstos no Artigo 16º da Constituição que elenca as hipóteses:

Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. (FRANÇA, 1956).

Desta forma, quando há situações que ameacem as instituições da República, a independência da Nação, a integridade do território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais, o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido e o Presidente da República deve consultar obrigatoriamente, além dos presidentes das Assembleias e o Primeiro-Ministro, o Conselho Constitucional, sendo que devem ser inspiradas pelo desejo de garantia às autoridades públicas constitucionais os meios de cumprir a missão de encerrar a ameaça. Em segundo lugar, ao Conselho Constitucional é dado a competência de declarar, por maioria absoluta de seus membros a vacância do cargo de Presidente da República, em casos de incompatibilidade, doença, impedimento etc.

Posto isso, o Conselho Constitucional exerce também atividades tipicamente jurisdicionais do ponto de vista do controle de constitucionalidade, uma de caráter preventivo e obrigatório, outras de caráter preventivo e facultativo, bem como outras atividades de caráter facultativo a *posteriori*. A atribuição mais importante dentre essas é a de controle de constitucionalidade das leis previsto nos Artigos 54º e 61º da Carta Magna:

Article 54º

Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

Article 61º

Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation. (FRANÇA, 1958)

A partir da leitura do Artigo 61º se percebe que é de competência do Conselho, primeiramente, efetuar o controle de constitucionalidade de leis orgânicas, bem como dos regulamentos internos das Assembleias parlamentares, este controle é chamado de preventivo e obrigatório. E este controle em relação as leis orgânicas se justifica por ser a Constituição muito sucinta em relação ao funcionamento de várias instituições reguladas de forma genérica na Constituição,

então, os seus pormenores ficam sob a lei orgânica e por isso deve possuir controle de constitucionalidade *à priori*.

Já no que tange ao controle preventivo dos regulamentos internos das assembleias parlamentares se justifica na história constitucional da Terceira e Quarta República, visto que era por meio de manobras regimentais que as assembleias francesas bloqueavam o funcionamento de diversas instituições de Estado, cita-se como exemplo, a moção de censura e dissolução do parlamento e com isso colocavam a sua vontade ao Executivo, transformando o regime parlamentar em “regime de assembleia”⁴ e com o intuito de evitar o não funcionamento das instituições pelas manobras regimentais a Constituição de 1958 criou o “parlamentarismo racional” (CRUZ, 1999, p. 67) que é um regime parlamentar regulado por regras rígidas de relacionamento entre o Executivo e o Legislativo, como, por exemplo, o controle de constitucionalidade *à priori* dos regimentos internos do Senado e da Assembleia Nacional.

Uma outra competência concedida ao Conselho está prevista no Artigo 61º.1 da Constituição gaulesa:

Article 61º.1

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. (FRANÇA, 1958)

Desta forma, mediante provocação feita por uma das autoridades constitucionais legítimas, o Conselho examina a compatibilidade da lei ordinária, apresentada pelo Parlamento, e dos tratados internacionais. No caso da primeira,

4 “Regime de Assembléia” é a denominação que se dá à situação institucional na qual ocorre uma desvirtuação do regime parlamentar clássico, um desequilíbrio institucional incontrolável em que as câmaras legislativas passam a ter preponderância política total sobre o Executivo, que delas se torna quase que um refém.

esse exame é feito após a votação mas antes de sua promulgação, e em relação a segunda, sempre que o Conselho verifica em sua análise de constitucionalidade uma cláusula de tratado internacional que esteja em desacordo com a Constituição, a ratificação é suspensa até que se promova alteração necessária à compatibilidade dele com a Carta Magna.

4 O TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FRANCESA NA VISÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL

A constitucionalização do direito do trabalho na França é fruto de um processo muito lento e difuso provocado pela politização do trabalho e por meio das provocações dos atores sociais, sendo o Conselho Constitucional o principal órgão que atua na defesa da estrutura estatal prevista constitucionalmente e dos direitos do cidadão francês (JEAMMAUD, 2007, p. 93).

Partindo então de uma lenta evolução decorrente também da tímida doutrina francesa ao refletir sobre as cláusulas trabalhistas presentes no Preâmbulo da Constituição de 1946, o Conselho Constitucional entende, por meio da interpretação do Artigo 34 da Constituição francesa, que é possível extrair os princípios básicos relativos à livre negociação, o princípio do favor e da independência da inspeção do trabalho, todos por meio de decisões do próprio Conselho Constitucional.

Ainda, é possível afirmar que o Preâmbulo da Constituição vigente positiva os princípios do direito ao trabalho (alínea 5), da liberdade sindical (alínea 6), o direito de greve (alínea 7), e o direito à participação e a determinação coletiva das condições de trabalho e na gestão da empresa (alínea 8) presentes no Preâmbulo de 1946.

Então, a valorização do direito ao trabalho na França se deu de forma interna, principalmente em decorrência do reconhecimento de sua importância nas relações jurídicas privadas e dos direitos supranacionais provenientes da União Europeia. Porém, mesmo assim, eram escassas as decisões relativas ao direito do trabalho proferidas pelo Conselho Constitucional, e, mesmo quando ocorriam, se verificava que elas procuraram harmonizar os princípios liberais da Declaração de

1789 com os princípios sociais do Preâmbulo de 1946 inserido no texto de 1958, ambos reconhecidos expressamente como norteadores dos direitos nacionais.

Para se verificar a tendência de constitucionalizar o direito do trabalho cite-se a decisão n. 85-200 de 16 de janeiro de 1986 do Conselho Constitucional, que reconhece a constitucionalidade das leis que se destinam a desencorajar a acumulação de pensões e rendimento do trabalho, uma vez que elas têm por objetivo “assegurar o melhor possível direito de todos para conseguir um emprego” (FRANÇA, 1986) visto que no Preâmbulo da Constituição de 1946 há a previsão de que todos têm o dever de trabalhar e o direito de obter um emprego.

Desta forma, para o Conselho o direito de obter um emprego não é subjetivo, individual, mas sim um objetivo constitucional que deve ser perseguido coletivamente (PRÉTOT, 2005, p. 374) tal qual ocorre na Constituição espanhola, motivo que levou a este estudo de direito comparado.

Mais recentemente, ao realizar o controle de constitucionalidade de uma lei que visava a redução da carga horária dos trabalhadores franceses para 35 horas semanais, pode-se verificar na Decisão 98-401 de 10 junho de 1998 (FRANÇA, 1998) que o Conselho Constitucional decidiu considerá-la constitucional, pois a diminuição da carga horária de trabalho aumentaria a empregabilidade, efetivando o dever de trabalhar, bem como, asseguraria o maior usufruto do direito ao lazer, também constitucional.

Percebe-se portanto que não é de hoje que a França vem aplicando os princípios relativos ao trabalho presentes no bloco constitucional do Preâmbulo de 1958; muito pelo contrário, verifica-se que o direito ao trabalho já sofreu uma constitucionalização externa ao texto constitucional vigente, no momento em que ele vincula as leis da República aos preceitos presentes nestes diferentes textos legais. Então a constitucionalização do trabalho, em sua maior parte, aumenta a cada ano, à medida que os tribunais vêm se utilizando dos princípios intrínsecos no bloco constitucional para a resolução de questões trabalhistas (BUGADA, 2001, p. 779).

Um outro exemplo dessa utilização na resolução de impasses trabalhistas foi a utilização do princípio da liberdade de escolha de residência para si e sua

família, na decisão que vedou a transferência unilateral de um empregado, mesmo que constasse tal previsão no contrato de trabalho, prevaleceu o princípio mencionado, ou seja, o norma de direito trabalhista privado decorrente de contrato é hierarquicamente inferior ao princípio da liberdade, que é constitucional, o que mostra a vinculação da livre contratação aos limites constitucionais franceses.

Assim, da mesma forma que outros países sociais e democráticos europeus, a França vem, por meio da jurisprudência trabalhista⁵, reconhecendo a aplicação dos direitos fundamentais na relação de emprego, e desta forma, vai havendo, a passos pequenos, a constitucionalização do direito do trabalho por via judicial, contudo, na Carta Magna em si, pouco se menciona a respeito dele. Por fim, se destaca que o direito do trabalho na jurisprudência constitucional é constituído, por ora, por uma série de elementos não organizados em um sistema; não constitui, portanto, um verdadeiro direito constitucional do trabalho.

4.1 Princípios da jurisprudência do Conselho Constitucional em matéria trabalhista

A jurisprudência do Conselho Constitucional em questões relacionadas a matéria social, e, dentro dela a trabalhista, vem se desenvolvendo desde o Preâmbulo da Constituição de 1946 que, em matéria de direitos sociais e econômicos do trabalhador e da pessoa humana equivale ao previsto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Estes dois textos são, de fato, muito semelhantes, ambos foram redigidos em Assembleias constituintes pautadas em longas discussões compromissadas, por exemplo a Declaração de 1789 foi objeto de inúmeras discussões realizadas no Comitê de Constituição. Já o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, inserido na Carta de 1958 vigente atualmente, é, por sua vez, um texto pautado no equilíbrio e compromisso social.

Conforme Oliver Dutheillet de Lamothe (2014, p. 22):

5 Em território Frances as questões trabalhistas são julgados pelo *Conseil de Pru'dhommes*.

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est, quant à lui, un texte d'équilibre et de compromis. Les controverses parfois âpres qui ont marqué la discussion de la Déclaration d'avril, la bataille du référendum de mai où la Déclaration tint une place considérable, la remise en chantier d'un second texte constitutionnel conçu sous le signe d'une difficile conciliation, tout cela explique non seulement les formules du Préambule, mais son esprit, sa structure et son existence même.

Os dois textos apresentam um certo fôlego, que sua introdução reflete a forte matéria social, isso porque os autores da Declaração de 1789, inspirados pela filosofia do iluminismo declaram que:

Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. (FRANÇA, 1789)

Já os autores do Preâmbulo de 1946 foram inspirados pelo Conselho Nacional de Resistência, e não mostram menos ambição ao declararem que:

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après. (LAMOTHE, 2014)

Desta forma, em termos de conteúdo as duas Declarações pautam um catálogo de direitos e liberdades completos, que resistiu ao passar do tempo, da mesma forma que a Declaração de Direitos de 1776 dos Estados Unidos. É nesta base que Conselho Constitucional desenvolveu uma jurisprudência relativamente abundante, considerada mais consistente do que a doutrina poderia sugerir.

Para Oliver Lamothe (2004, p. 22) a jurisprudência do Conselho pode ser pautada em três princípios principais:

Le Conseil constitutionnel a, en premier lieu, donné, en droit du travail, une portée considérable au principe de participation ; il n'exerce, en second lieu, qu'un contrôle restreint sur la mise en œuvre des droits créances du Préambule de 1946 ; enfin, le Conseil est amené à concilier, en permanence, les droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 avec les libertés fondamentales de la déclaration de 1789.

Assim o Conselho tem, em primeiro lugar, um alcance considerável do princípio da participação no direito do trabalho, em segundo lugar exerce um controle limitado sobre a aplicação das reivindicações de direitos do Preâmbulo de 1946 e por fim é obrigado a conciliar constantemente os direitos econômicos e sociais do Preâmbulo de 1946 com as liberdades de 1789.

Se sabe que no Preâmbulo de 1946 há a previsão que “*Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises*” (FRANÇA, 1946), ou seja, o princípio da participação na realidade abrange dois direitos separados: o da negociação coletiva e o direito de participação na gestão da empresa. Assim, o Conselho Constitucional, em matéria trabalhista, deu uma importância considerável ao princípio da participação.

No que tange a negociação coletiva, já em 1977, o Conselho Constitucional considerou, por meio da Décision 77-79 DC de julho de 1977 que:

Si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième

alinéa que “tout travailleur participe, par l’intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu’à la gestion des entreprises”, l’article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu’ainsi c’est au législateur qu’il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre, ce qu’il a fait dans le cas de l’espèce. (FRANÇA, 1977)

Assim o Conselho Constitucional fez prevalecer o Artigo 34º da Carta gaulesa sobre o parágrafo oitavo do Preâmbulo de 1946, considerando então que cabia ao legislador determinar, de acordo com os princípios enunciados no oitavo parágrafo as condições e garantias da sua execução (FRANÇA, 1993). Essa prevalência preserva a liberdade de intervenção do legislador, que após ter definido os direitos e obrigações relativos às condições da relação de trabalho, deixa para os empregadores e empregados, bem como para suas organizações representativas, especificar por meio de negociação coletiva os métodos práticos de aplicação das normas promulgadas pelo legislador.

Em 2007 o Conselho aplicou estes princípios quando analisou a LOI n° 2007-1224 de 21 de agosto de 2007 que versa sobre a continuidade do serviço de transporte terrestre de passageiros em período de greve. Nesta ocasião o Conselho especificou que estava aberto ao legislador validar o decreto ou confiar à convenção coletiva a tarefa de especificar os termos de aplicação das regras para o exercício da greve. Esta decisão consagra então o acordo coletivo como fonte constitucional do direito do trabalho.

Já em relação a aplicação de princípios em questões oriundas da política, o Conselho exerce apenas controle limitado sobre a sua implementação, como é o caso da política de emprego da França. No quinto parágrafo do Preâmbulo de 1946 há a previsão de que “*Chacun a le devoir de travailler et le droit d’obtenir un emploi*”, então, desde 1983 o Conselho Constitucional considera que é do legislador, dentro das competência dadas a ele pelo Artigo 34º da Constituição, determinar os princípios fundamentais do direito do trabalho, estabelecendo

regras adequadas para a garantia de que todo cidadão obtenha um emprego, ou que o maior número possível de pessoas possam exercer esse direito-dever constitucional (FRANÇA, 1983, p 41).

5 CONCLUSÕES

O trabalho é uma categoria fundante da civilização humana, bem como é a base da construção de uma sociedade, sendo também necessário na construção da própria identidade da pessoa humana. Desde o início das organizações humanas, até os dias atuais, o trabalho sempre esteve presente, e isso se verifica mesmo nos textos antigos: Davi era pastor de ovelhas; José era carpinteiro; Pedro era pescador.

Podemos conceituar, de forma resumida, que o trabalho é a ação do ser humano ao transformar a natureza (matéria-prima), e é por meio dele que o homem sai de sua simples condição biológica para se manifestar como ser social, na materialidade. Dessa forma, se compreende que é por meio do trabalho, de ontem ou de hoje, seja ele remunerado ou não (contemporaneamente, não há trabalho sem remuneração!) que a civilização se constrói e se reafirma enquanto composta por seres sociais e transformadores da sociedade e o mundo.

Este artigo então teve como função, traçar um cenário histórico capaz de propiciar a evolução e o desenvolvimento ocorrido no pensamento jurídico acerca da garantia do trabalho como um direito fundamental, por meio da análise de diversos aspectos responsáveis pela ideologia da valorização do trabalho humano ao longo da história constitucional da França, que pode ser considerada como um berço da democracia e da civilização ocidental.

A França então, num processo muito mais rápido que diversos outros países, incluiu em seu texto constitucional a valorização do trabalho como um direito fundamental, uma liberdade fundamental, e o fez inserindo-o no Capítulo V onde consta quais são os princípios fundamentais garantidos e protegidos pela Carta Magna. Mas não só isso, a Constituição francesa de 1958 insere em seu corpo, entre outros textos legais de outras épocas, o Preâmbulo da Constituição de 1946 que prescreve que “Toda pessoa tem o dever de trabalhar e o direito de obter um

emprego. Ninguém pode ser lesado, no seu trabalho ou no seu emprego, devido às suas origens, as suas opiniões ou as suas crenças” (FRANÇA, 1946).

Então, ao mesmo tempo em que garante em seus princípios fundamentais o acesso ao trabalho, também vincula o exercício desse direito com o dever de trabalhar, garantindo a proteção da discriminação por origem, opinião e crença. Quanto ao binômio direito-dever, acrescente-se que a Constituição espanhola dispõe de modo similar em seu Artigo 35.1. É por este motivo que o Conselho Constitucional francês exerce um papel fundamental na garantia do exercício desse direito-dever, visto que é esse órgão constitucional que defende os princípios políticos, econômicos e sociais do Estado ao promover o controle de constitucionalidade de leis que regulamentam o trabalho na França, impedindo que sejam aprovados projetos de leis que impeçam o exercício desse direito-dever.

Desta forma, a França se tornou um país de referência no estudo do direito constitucional do trabalho, pois possui todo um aparato jurídico-normativo que protege as garantias fundamentais e dentre elas o direito fundamental ao trabalho.

REFERÊNCIAS

AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean. **Le Conseil Constitutionnel**. Paris: Montchrestien, 1992.

BUGADA, Aléxis. *Droit Constitutionnel appliqué. Aperçu sélectif de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation*. **Revue française de droit constitutionnel** 2001/4, n. 48, p. 779 – 791, Paris, 2001.

CRUZ, P. M. **O parlamentarismo racionalizado como condição da democracia em Estados contemporâneos: França, Portugal e Alemanha como sistemas para análise**. 1999. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 1999.

FAVOREU, L. et al. **Droit constitutionnel**. 3. ed. Paris : Dalloz, 2000.

FAVOREU, Louis. *Le Conseil Constitutionnel et l'alternance*. In: **Revue française de science politique**, n. 4-5, p. 135-154, Aoû-Out, 1984.

FRANÇA. **Les révisions constitutionnelles**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-revisions-constitutionnelles/les-revision-constitutionnelles.5075.html>> Acesso em: 26 jun. 2020

FRANÇA. **Péambule de la Constitution du 27 octobre 1946**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946>> Acesso em: 27 jun. 2020

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel Décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983**, recueil page 41.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel. Décision n. 83.156 DC du 29 mai. 1983**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1983/83156DC.htm>> Acesso em: 27 jun. 2020.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel. Décision n. 85-20001 DC du 16 jan. 1986**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/85200DC.htm>> Acesso em: 28 jun. 2020.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel. Décision n. 98-401 DC du 10 jun. 1998**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98401DC.htm>> Acesso em: 28 jun. 2020.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel. Décision n. 93-328 DC du 16 décembre 1993**, recueil page 547 ; n. 97-388 DC du 20 mars 1997, recueil page 31 ; n. 99-423 DC du 13 janvier 2000, recueil page 33.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 3 de junho de 1958**, Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf> Acesso em: 26 jun. 2020.

FRANÇA. **Lei Le Chapelier de 14 de junho de 1791**. Disponível em: www.vie-publique.fr/documents-vp/loiChapelier.pdf Acesso em: 21 jun. 2016.

FRANÇA. **Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962**. Disponível em: < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-revisions-constitutionnelles/loi-n-62-1292-du-6-novembre-1962> > Acesso em: 26 jun. 2020.

FRANÇA. **Ministère du Travail**. Disponível em: <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/le-reglement-des-conflits-individuels-et-collectifs/article/le-conseil-de-prud-hommes>. Acesso em: 23 jun. 2020.

FRANCE. Ministère du Travail. **Le Conseil de Prud'homme**. Disponível em: <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/le-reglement-des-conflits-individuels-et-collectifs/article/le-conseil-de-prud-hommes>. Acesso em: 23 jun. 2020.

FRANCESA, République. **Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen**. 1786.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das Revoluções**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

JEAMMAUD, Antoine. *La constitutionnalisation rampante du droit du travail français*. **Les Cahiers de droit**, v. 48, n. 1-2, p. 3-328, 2007.

LAMOTHE, Oliver Dutheil de. **La constitutionnalisation du droit du travail**. Paris: Dalloz, 2008.

LAMOTHE, Oliver Dutheil de. *Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale*. **Nouveaux cahier du Conseil Constitutionnel** (Le Conseil Constitutionnel et le droit social), n. 45, out. 2014. Disponível em: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1562/pdf#:~:text=Cette%20jurisprudence%20est%20domin%C3%A9e%20par,Pr%C3%A9ambule%20de%201946%20\(2\)%20%3B](https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1562/pdf#:~:text=Cette%20jurisprudence%20est%20domin%C3%A9e%20par,Pr%C3%A9ambule%20de%201946%20(2)%20%3B). Acesso em: 29 jul. 2020.

LAVROFF. *El Consejo Constitucional frances y la garantia de las libertades publicas*. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 1, n. 3, Set-Dez, 1981.

MARTINS, S. P. **Direito Processual do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do Trabalho**. O trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.

PHILIP, Loic. *Le Conseil constitutionnel*. In: **L'écriture de la Constitution de 1958**. Paris: Economica, 1992. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/introduction-25-ans-de-deliberations-ouverture-des-archives-du-conseil>. Acesso em: 26 jun. 2020.

PRÉTOT, Xavier. *De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement*. In : **Droit Sociel**, n. 4, p. 187-198, Paris, ETE, 2005.

RENET, Thierry. *Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. **Revue Française**, v. 48, n. 1-2, p. 3-328, Paris, 1999.

SEGORBE, Beatriz. **O Conselho Constitucional francês e a proteção dos direitos fundamentais**. *Working Papers* da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VARGAS, João Tristan. *Qual é o liberalismo da Lei Chapelier? Seu significado para os contemporâneos e para a historiografia francesa dos séculos XIX e XX*. **Revista Mundos do Trabalho**, v. 3, n. 5, p. 35-63, 2011.

SUBMETIDO: 21/09/2020

APROVADO: 23/10/2020

**REMOÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL
E O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA
FELICIDADE: ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DAS
HIPÓTESES DA LEI N. 8.112/90**

***REMOVAL OF FEDERAL CIVIL SERVANT
AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE PURSUIT
OF HAPPINESS: CRITICAL ANALYSIS FROM THE
HYPOTHESES OF THE LAW N. 8.112/90***

Camila Facundo Lima

Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo Penal e em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestra em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE).
E-mail: camilafacundo@hotmail.com.

Ricardo Facundo Ferreira Filho

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado da União.
E-mail: ricardofacundoff@gmail.com.

Resumo

Estudam-se os direitos fundamentais, especificamente a possibilidade da utilização do direito fundamental à busca da felicidade como um elemento preponderante e motivador da remoção do servidor público federal. É questão de potencial relevância, considerando a crescente utilização do aludido direito como fundamento de diversas decisões judiciais que versam sobre questões importantes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, pelo estudo da literatura nacional e estrangeira, das hipóteses de remoção prevista na Lei n. 8.112/90 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e de outros órgãos jurisdicionais, intenta-se fazer uma análise crítica da possibilidade do direito fundamental à busca da felicidade prevalecer quando em confronto com princípios que regem a administração pública, ao ponto de motivar a remoção

do servidor público federal. A aludida análise revelou que a natureza jurídica de conceito indeterminado do direito em comento dificulta a sua prevalência sobre os princípios afetos ao Poder Público, na medida que prejudicaria a organização administrativa e deixaria a administração pública refém dos planos pessoais do servidor. Concluiu-se que deverão prevalecer os princípios da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da prevalência do interesse público sobre o privado.

Palavras-chaves: Direito à busca da felicidade. Remoção. Interesse público. Prevalência do interesse público sobre o privado.

Abstract

It is a matter of fundamental rights, specifically if is relevant the use of the fundamental right to the pursuit of happiness as a preponderant and motivating element to the removal of the federal civil servant. This is a matter of potential relevance, considering the increasing use of the aforementioned right as the basis for several judicial decisions dealing with important issues in the Brazilian legal system. Then, by studying the national and foreign literature, the hypotheses of removal provided in Law No. 8,112/90 and the precedents of the Supreme Court and other courts, it is intended to make a critical analysis of the possibility of the fundamental right to the pursuit of happiness prevailing when faced against principles that govern the public administration, to the point of motivating the removal of the federal public servant. The aforementioned analysis revealed that the legal nature of the indeterminate concept of the right under discussion makes it difficult to prevail over principles affecting the government, as it would undermine its administrative organization and leave the public administration relying to the personal plans of its servants. We concluded that the principles of legality, impersonality, efficiency and the prevalence of public over private interest should prevail.

Keywords: *Right to pursuit happiness. Removal. Public interest. Prevalence of public over private interest.*

1 INTRODUÇÃO

É inegável que os direitos fundamentais constituem um dos pilares do nosso ordenamento jurídico, ocupando posição de privilégio no seio da Constituição da República Federativa do Brasil, salvaguardados na posição de cláusula pétrea tamanha sua importância. Além dos mais variados direitos fundamentais reconhecidos expressamente no texto constitucional, doutrina e jurisprudência caminham uníssonas no sentido de que há diversos outros direitos e princípios implícitos, os quais podem ser extraídos por meio de aplicação das mais variadas técnicas de interpretação.

Dentre os direitos fundamentais implícitos, pode-se elencar o direito à busca da felicidade, conforme vem apontando a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em diversos precedentes. Muitos desses remontam à década passada, o que demonstra que o reconhecimento do aludido direito não é novidade na experiência jurídica brasileira.

Nessa perspectiva, ante o protagonismo que o direito à busca da felicidade vem assumindo no cenário nacional, traz-se a discussão acerca do seu impacto nas remoções de servidores públicos federais, que se submetem ao regime da Lei n. 8.112/1990. Então, intenta-se fazer uma análise crítica da possibilidade de o direito fundamental à busca da felicidade prevalecer quando em confronto com princípios que regem a administração pública, ao ponto de motivar a remoção do servidor público federal.

A discussão mostra-se interessante na medida em que se coloca em choque uma espécie de direito fundamental dos indivíduos e os princípios e regras que regem a administração pública, na tentativa de se entender se o direito à busca da felicidade deve preponderar, privilegiando-se o projeto pessoal do servidor. A questão não é simples, e, embora não seja uma correlação que seja feita com frequência, a prática forense demonstra que esse embate já foi objeto de discussão em processos judiciais.

A discussão aqui proposta encontra lastro em pesquisas bibliográficas nacionais e estrangeiras, livros, artigos científicos, teses e na jurisprudência do STF e decisões de outros órgãos jurisdicionais. Por último, intenta-se conferir uma abordagem qualitativa, na medida em que se preocupa com a profundidade que o tema merece, discorrendo sobre o embate do direito fundamental à busca da felicidade e aos princípios que regem a Administração Pública a partir das hipóteses de remoção da Lei n. 8.112/90. Ainda, intenta-se conferir abordagem descritiva, na medida em que são descritos precedentes específicos nos quais foram utilizados o direito à busca da felicidade e as características envoltas a esse direito.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À FELICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes mesmo de se discorrer sobre o direito fundamental à felicidade e a sua base principiológica e normativa em nosso ordenamento jurídico, e até mesmo sobre os seus desdobramentos e derivações, deve-se indagar o que seria considerado felicidade nos tempos modernos. Sócrates, ao conceituar a felicidade, fez uma diferenciação entre o prazer virtuoso e o prazer vulgar, de modo que o primeiro seria resultante da prática de filosofar, sendo superior ao segundo, que decorreria da alimentação e do coito. Assim, para o pensador, a reflexão seria elemento integrador da felicidade. Com essa ideia, é possível a descaracterização de determinados prazeres como integrantes da felicidade – a exemplo do prazer perverso – por serem emanantes de condutas sádicas (LEAL, 2013, p. 15).

Platão seria idealizador da felicidade consistente em uma harmonia de objetivos que o indivíduo, ao descobrir o que é a verdadeira virtude, praticaria. Ainda nessa teoria, Platão acreditava ser a felicidade a ausência dos excessos, mesmo que prazerosos, priorizando o pensamento, a disciplina e o autocontrole. Para ele, ser feliz era fugir do que supunha levar à felicidade (LEAL, 2013, p. 18).

Por sua vez, Aristóteles (2003, p. 28) indica que a felicidade seria o maior bem do ser humano, uma atividade virtuosa da alma, de certa espécie. Para ele, a felicidade consistiria na prática das virtudes e valores eleitos desde

as antigas sociedades, estaria associada à atividade baseada no “bem sumo” e nas virtudes. Seria ainda, segundo o autor, uma “atividade conforme à virtude” (ARISTÓTELES, 2003, p. 29).

Em uma concepção mais atual, Márcia Tiburi (2007, p. 49) considera que a concepção virtuosa da felicidade não é perfeitamente encaixada hodiernamente na sociedade, mas que seu cerne virtuoso necessita ser resgatado. Distanciando-se um pouco de Aristóteles, Epicuro (2002, p. 7) baseou seu ideal de felicidade em uma visão sensualista dos sentidos, de maneira que a vida feliz do ser humano seria composta de ausência de dor, existência de desejos moderados e eliminação de certas crenças. Isso faria com que o indivíduo não sofresse com a criação de expectativas sobre a vida.

A visão de Epicuro se assemelha à de Kant *apud* Tiburi (2007, p. 55), cuja ideia de felicidade valorizava a liberdade e a dignidade humana, bem como a emersão da sociedade, antes mergulhada na ignorância e na superstição. Segundo os ensinamentos do aludido filósofo, o máximo que o ser humano conseguiria era a dignidade de ser feliz, e não se tornar realmente feliz.

Por outro lado, dentro de sua visão utilitarista, John Stuart Mill (2005, p. 32), criticou severamente a visão de Epicuro sobre felicidade se resumir a ausência de dor, argumentando que se reduziria a vida humana à mera existência vegetativa, assemelhando os seres humanos aos animais. Mill (2005, p. 57) considera que o princípio da felicidade maior abarca a ideia de que ser feliz seria o objetivo superior do indivíduo, uma vez que, embora ele possa ter vários anseios, todos esses anseios irão compor um desejo maior, que é a felicidade. Acrescenta-se a isso a diminuição da dor, a riqueza de deleites – na medida do possível – respeitados os parâmetros de qualidade e quantidade.

Além disso, Daniel Gilbert (2006, p. 33), professor de Psicologia na Universidade de Harvard, descreve a felicidade como uma emoção que os indivíduos não sabem conceituar, contudo, sabem apontar sua causa, indicando que a felicidade emocional estaria ligada às experiências. Nessa perspectiva, deve-se dar destaque à pesquisa realizada por Leaf Van Boven (2005, p. 140), na

Universidade do Colorado, a qual exemplifica o que é trazido por Daniel Gilbert, quando conclui que as pessoas que possuem metas materialistas seriam mais infelizes e suscetíveis às desordens psicológicas. Em contrapartida, os indivíduos que se utilizam de recursos materiais na busca de experiências na vida seriam mais felizes.

O pensamento de Gilbert está em consonância também com o entendimento de felicidade do filósofo brasileiro Mário Sérgio Cortella, que descreve a felicidade como uma “vibração intensa”, de alto nível, sendo uma sensação de vitalidade, plenitude, que atinge o ser humano e o deixa com imenso gosto por estar vivo. Acrescenta o filósofo que “a felicidade é episódica, uma ocorrência eventual” (SOSNOWSKI, 2013). Diante dessas concepções, Souza, Ramos e Cordeiro (2018, p. 113) acreditam que a ideia de felicidade integra o rol dos conceitos jurídicos indeterminados, devendo ser ela assim encarada dentro do Direito. Isso porque, embora seja possível afastar as interpretações e aplicações incorretas a partir das áreas de certeza negativa – o que certamente não é – e de certeza positiva – o que certamente é –, persiste zona de incerteza e penumbra.

Superada essa discussão inicial, deve-se dar destaque ao fato de que, em 2010, houve a elaboração da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 19, de 2010, apresentada pelo então senador Cristovam Buarque (BRASIL, 2010), cujo objeto era a inclusão do direito à busca da felicidade no *caput* do artigo 6º. Porém, a PEC n. 19 não foi objeto de deliberação, de modo que o direito à felicidade não é expressamente tratado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Apesar da omissão constitucional, o direito à perseguição da felicidade integra o rol de direitos e garantias fundamentais, uma vez que simboliza aspirações de igualdade, liberdade e segurança. Possui ele carga principiológica, com caráter *prima facie*, não sendo correto entendê-lo como uma regra, embora nele possa ser lastreada uma regra (LEAL, 2013, p. 205).

O direito em questão parece estar relacionado com a “cláusula aberta” dos direitos fundamentais, a qual admite considerar como direitos fundamentais

aqueles não expressos, não escritos ou não enumerados no texto constitucional. Sua derivação advém de outros princípios consignados na Constituição, decorrendo, por exemplo, do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição brasileira e dos tratados de direitos humanos (MIRANDA, 2000, p. 162).

A sua gênese é possível na medida em que se diferencia a norma do enunciado normativo, de modo que diversas normas podem ser retiradas de um mesmo enunciado, sendo este a origem de daquelas (BARROSO, 2010, p. 205). Essa correlação será melhor apreciada adiante, a partir da análise de alguns precedentes do STF, que comumente imputam o direito à busca da felicidade como derivado do princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes, “dando à pessoa humana uma proteção mais eficaz e condigna com o regime constitucional das liberdades públicas” (BULOS, 2012, p. 417).

Inclusive, vale destacar a existência de experiência jurisprudencial do STF sobre o tema, uma vez que possui diversos julgamentos que apontam o direito à busca da felicidade como direito fundamental implícito. Por exemplo, no emblemático julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ, cuja discussão versou sobre o reconhecimento do *status* de entidade familiar aos casais homoafetivos em regime de união estável, houve, além da associação do direito à busca da felicidade como corolário da dignidade da pessoa humana, a menção à vedação do Estado em obstar que os indivíduos busquem seus projetos pessoais de felicidade, desde que legítimos (BRASIL, 2011).

Mais recentemente, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/DF, que versou sobre o direito do indivíduo transgênero de alterar o prenome e o sexo constantes no seu registro civil, independentemente da realização de qualquer procedimento cirúrgico, o direito à busca da felicidade

também foi utilizado como fundamento. O ministro Luiz Fux expressamente apontou que o direito à retificação do registro civil do indivíduo transgênero, a fim de se adequar à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana, citando expressamente o direito à busca da felicidade como ferramenta fundamental na busca desse desiderato (BRASIL, 2018).

Em precedente anterior aos supramencionados, na mesma Corte Suprema, no julgamento do Agravo de Instrumento (AI) n. 548.146/AM, em que se discutiu o cabimento do adicional de 20% (vinte por cento) do salário dado a um servidor público aposentado do Estado do Amazonas, o relator ministro Carlos Velloso, ao levar em consideração o princípio da busca à felicidade como implícito no ordenamento, escorou-se nele para fortalecer a aplicação do princípio da boa-fé e justificar sua decisão (BRASIL, 2005).

Com efeito, percebe-se que o direito à busca da felicidade não é novidade em nosso ordenamento jurídico e há muito tempo é tratado como direito fundamental válido e existente, embora implícito. É inegável que ele tem assumido importante papel na concretização da dignidade da pessoa humana, a partir da sua utilização como fundamento em decisões judiciais proferidas pela Corte Suprema do Brasil nas mais variadas questões jurídicas de sensível e única importância, resguardando-se uma série de outros direitos e garantias fundamentais.

Além disso, deve-se esclarecer que, no trabalho de Leal (2013, p. 206), vislumbraram-se três vieses do direito à felicidade: o liberal ou negativo – direito à busca da felicidade; o positivo – direito prestacional à felicidade; e como *telos* do provimento jurisdicional. Nesse ínterim, o viés liberal ou negativo (direito à busca da felicidade) se revela em duas perspectivas, de um lado, o Estado não interfere ilegitimamente na deliberação de projetos pessoais e escolhas legítimas de cada indivíduo; de outro, o ser humano é livre para decidir sobre as questões de sua vida, de forma legítima. Saliente-se que legítima é a preferência ou o desejo que não deságue nos prazeres perversos, o que fere a dignidade da pessoa humana, nem macule a bolha jurídica de outros cidadãos (LEAL, 2013, p. 206).

O jurista adverte que eventuais interferências do Estado no direito à busca da felicidade do indivíduo obrigam fundamentações, tendo em vista que essa atuação cercearia a liberdade do ser a buscar sua própria felicidade (LEAL, 2013, p. 207). Por sua vez, o viés positivo – direito prestacional à felicidade – preleciona o direito que os indivíduos têm de concretizar suas aspirações mediante o comportamento positivo do Estado de lhes fornecer instrumentos auxiliares na satisfação dessas preferências e interesses legítimos (LEAL, 2013, p. 209).

Não obstante as situações do bem-estar social e do mínimo existencial tragam determinado nível de segurança às pessoas, não exaurem a carga de eficácia do direito prestacional à felicidade. Afinal, os recursos prestados pelo Estado não são limitados pelo rol dos direitos sociais. A concretização desses objetivos resulta na criação de outras novas metas (LEAL, 2013, p. 211).

Assim, Leal (2013, p. 213) defende que o direito à felicidade vai além do que o suprimento de necessidades básicas. O mínimo existencial confere segurança. Todavia, não assegura condições de planejamento e execução de preferências ou desejos legítimos. No máximo, garantirá ao sujeito despossuído o início da busca pela sua felicidade.

Por outro lado, o terceiro viés – felicidade como *telos* do provimento jurisdicional – sustenta que, diante da colisão de direitos fundamentais e princípios constitucionais, a felicidade, como *telos* das decisões judiciais, pode ser utilizada como critério de ponderação. Leal (2013, p. 288) esclarece que não seria um pilar essencial da jurisdição institucional, pois, mencionando o pensamento de Derek Bob, os julgadores não podem decidir de acordo com a vontade das massas só para satisfazer a felicidade coletiva, afinal, devem ser respeitados os moldes da Constituição Federal.

Com fulcro no raciocínio de Richard Posner para o uso da felicidade como *telos*, Leal (2013, p. 290) traz a sugestão de unir os parâmetros de ponderação atualmente utilizados pela jurisdição constitucional – em que se analisa qual princípio predomina em cada caso singularmente considerado – ou a recomendação dada pela doutrina especializada, com a possibilidade dos critérios de ponderação utilitaristas, balizando-se nos direitos fundamentais.

Porém, o próprio autor pondera que seria perigoso se socorrer da teoria da felicidade para todas as lides, o que, aliado à falta de informações consistentes, poderia acarretar diversos julgados imbuídos de “achismos”, com falsos prognósticos que não se confirmariam com o tempo. Isso colocaria o prestígio das Cortes em perigo (LEAL, 2013, p. 290-291).

No desenvolvimento do cerne do debate proposto, o primeiro e o terceiro vieses serão os mais recorrentes, notadamente este último, pois são eles os mais pertinentes à discussão da problemática. Porém, não nos ateremos ao rigor da diferenciação conceitual que Leal apresentou, mas senão a ideia mais geral do direito em questão, sempre se utilizando a expressão “direito à busca da felicidade” e pontuando alguma especificidade caso haja alguma observação que se julgar pertinente em relação a um ou outro viés.

3 O DIREITO À FELICIDADE FRENTE ÀS HIPÓTESES DE REMOÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

Para fins desse estudo, entende-se como servidores públicos aqueles ditos estatutários, que são todos aqueles que exercem, em caráter permanente, uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integrando o quadro funcional dos entes federativos, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica (CARVALHO FILHO, 2012, p. 588). No âmbito federal, o regime jurídico dos servidores públicos estatutários foi instituído pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cujo artigo 36 disciplina a remoção dos servidores públicos federais.

Ao lado dessa compreensão de servidores público, necessário esclarecer que remoção é o “deslocamento do servidor para exercer suas atividades em outra unidade do mesmo quadro de pessoal, ou seja, o servidor permanece no mesmo cargo, sem qualquer alteração no seu vínculo funcional com a administração pública” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 613).

A remoção pode implicar ou não a mudança da localidade de exercício do servidor público, que pode passar a exercer suas atividades em unidade da mesma localidade ou ser deslocado para unidade de outra localidade. Pois bem. Feitos

esses esclarecimentos, cumprem analisar as hipóteses de remoção pertinentes aos servidores públicos federais da União, suas autarquias e fundações públicas disciplinadas na Lei n. 8.112/90.

Com efeito, o artigo 36 do aludido diploma legal dispõe que a remoção pode ocorrer de ofício (inciso I) ou a pedido (incisos II e III), de modo que a primeira será sempre determinada no interesse da Administração e, em tese, independe da vontade do servidor removido (BRASIL, 1990). Por sua vez, a remoção a pedido pode ocorrer a critério da Administração ou pode, em algumas hipóteses, esta ser obrigada a concedê-la ao servidor que a requeira, havendo, nesse último caso, remoção a pedido independentemente do interesse da Administração.

Nesse ínterim, são as seguintes as hipóteses de remoção a pedido independentemente do interesse da Administração devidamente elencadas no inciso III do artigo 36 da Lei n. 8.112/90: (i) acompanhamento de cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (ii) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; e (iii) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados (BRASIL, 1990).

Percebe-se que, todas as hipóteses elencadas no mencionado inciso III conferem ao servidor público o direito subjetivo à remoção, de modo que a Administração não pode, geralmente, furtar-se de observar a sua concessão. No entanto, deve-se observar que, em nenhum momento, a lei em debate concedeu única e exclusivamente ao alvedrio do servidor público a possibilidade de ser removido. Até quando o simples pedido do servidor de ser removido constitui o fundamento legal para a sua remoção, deve demonstrar a Administração a existência de interesse público, pois fica a remoção condicionada ao seu critério, exceto nas situações elencadas no inciso III do art. 36 da Lei n. 8.112/90.

É com base nesse cenário que se discutirá a pertinência do direito à busca da felicidade como fator preponderante na concessão da remoção do servidor. Por questões de didática, entende-se que é interessante dividir a análise de acordo com as hipóteses de remoção previstas no artigo 36. No entanto, a hipótese do inciso I será tratada após detida análise das demais, para melhor compreensão.

3.1 Remoção a pedido, a critério da Administração (Inciso II)

No caso de remoção a pedido do servidor, sujeito ao critério da Administração, indaga-se se o direito fundamental em comento é capaz de servir de fundamento para a sua concessão e, ainda mais, é relevante o suficiente para preponderar-se sobre o juízo de discricionariedade da Administração, forçando esta a concordar com a remoção.

É lógico e racional pensar que o direito à felicidade pode sim ser fundamento para que o servidor formule o pedido de remoção, judicial ou administrativamente, afinal, ele é um direito com status de fundamentalidade e devidamente reconhecido em nosso ordenamento. Todavia, a questão fica um pouco mais complexa ao cogitar-se a subserviência do juízo de discricionariedade da Administração ao aludido direito do servidor.

Com efeito, é sabido que a Administração Pública se submete a regime jurídico cujos princípios possuem envergadura igualmente constitucional, por exemplo, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressamente elencados na cabeça do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Logo, há de se ponderar entre os princípios que regem a Administração Pública e o direito fundamental à felicidade, a fim de se determinar qual deverá prevalecer. Nesse embate, parece pertinente confrontar os princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência com o aludido direito.

De fato, o princípio da legalidade, em termos simples, preleciona que “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 19). Um olhar mais refinado do aludido princípio permite o seu desdobramento em duas acepções. A primeira

seria a supremacia da lei, que aduz que a lei prevalece e tem preferência sobre os atos da administração, ao passo que a segunda seria a reserva de lei, segundo a qual o tratamento de certas matérias deve ser formalizado necessariamente pela legislação, excluindo a utilização de outros atos com caráter normativo (OLIVEIRA, 2016, p. 36).

Dentro da perspectiva do princípio da legalidade, notadamente no tocante à supremacia da lei, parece que o legislador, ao condicionar expressamente a remoção a pedido ao “critério da Administração”, somente permitiu o atendimento do pleito de remoção em caso de existência de interesse público, conforme o juízo de discricionariedade a ser definido no caso concreto. Caso não fosse exigido a demonstração analítica do interesse público, o deferimento do pedido não estaria condicionado “a critério da Administração”, de modo que bastaria o simples pleito do servidor. Porém, é basilar da hermenêutica que a lei não utiliza palavras inúteis e a expressão em destaque deve ser compreendida nos exatos termos que pretendeu o legislador: o pedido de remoção somente será atendido se houver interesse público.

Nesse sentido, compreende-se que a Administração somente poderá atender o pedido de remoção se houver interesse público, sob pena de violar o conteúdo do inciso II do artigo 36 da Lei n. 8.112/90 e o princípio da legalidade (supremacia da lei), uma vez que a lei deverá prevalecer sobre a vontade da Administração e qualquer atuação fora desses ditames deve ser considerada ilícita, pois não prevista em lei. Acredita-se que o resultado dessa ponderação entre o princípio da legalidade e o direito à busca da felicidade já seria capaz de afastar a suficiência deste direito de, por si só, legitimar o ato de remoção em detrimento do interesse público.

Não obstante essa conclusão, pode-se considerar também o princípio da impessoalidade nesse equacionamento¹. Isso porque atender o pleito de remoção

1 O princípio da impessoalidade possui duas acepções possíveis: a primeira no sentido da isonomia, de modo que a administração deve dispensar tratamento impessoal e isonômico a todos que com ela se relacionam, sendo vedada a discriminação imotivada, ao passo que a segunda seria a proibição de promoção pessoal, entendida como impossibilidade de utilização do ente público para a promoção pessoal de seus agentes ou terceiros.

do servidor tão somente com base no argumento de que atenderia o seu direito à busca da felicidade parece inverter a lógica da impessoalidade, pois afastaria o interesse público e privilegiaria o interesse pessoal, sem qualquer motivo legítimo para tanto. Entender o contrário significaria estender essa mesma possibilidade aos demais servidores públicos que intentem o mesmo pleito, considerando somente a vontades deles de serem removidos para qualquer unidade da Administração existente no país, o que poderia ocasionar o caos no serviço público.

Inclusive, implicaria em afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos². Isso porque, como já se pontuou, haveria o sério risco de depredação do quantitativo da mão de obra de certas unidades administrativas, ameaçando a continuidade da atividade pública. Ainda, acrescenta-se o argumento da desproporcionalidade e irrazoabilidade de deixar somente ao alvedrio do servidor a escolha da localidade em que exercerá suas atividades funcionais, em total detrimento às necessidades do ente público empregador, prejudicando, por óbvio, a prestação de serviços públicos em favor de um interesse pessoal. Aqui entraria a ponderação do direito à busca da felicidade com o princípio da eficiência, que procura imprimir produtividade e economicidade aos serviços públicos, reduzindo os desperdícios de dinheiro público (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29).

É lógico pensar que a desorganização administrativa se instalaria nos mais diversos órgãos públicos, caso o aludido direito fosse utilizado como fundamento preponderante na remoção dos servidores públicos, pois seriam desconsideradas as necessidades e condições de cada uma das unidades administrativas espalhadas no Brasil, que variam de acordo com as características de cada localidade. Dessa forma, percebe-se que, no caso do inciso II do art. 36 da Lei n. 8.112/90, permitir que seja promovida a remoção do servidor público tão somente porque ele alega que o seu direito à busca da felicidade somente estaria preservado com o exercício de suas atividades em localidade distinta daquela onde exerce suas funções ordinárias, desconsiderando o interesse público e o juízo de conveniência da Administração

2 Preleciona que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, evitando-se o colapso nas múltiplas atividades particulares.

Pública, implica em verdadeira afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência, além de pôr em risco à continuidade dos serviços públicos.

Sequer o argumento de que o Estado não poderia impor barreiras ao seu servidor de perseguir o que entende ser o seu plano de felicidade – primeiro viés proposto por Leal – poderia mudar o resultado da ponderação realizada, pois, ainda assim, o escanteamento dos demais princípios ínsitos à Administração Pública resultariam em cenários mais graves ao interesse público. O princípio da supremacia do interesse público não pode ser relegado, e deve ser lembrado nesse momento de tensão.

Entretanto, volta-se a afirmar que não se pode negar que o direito à busca da felicidade pode ser utilizado como fundamento para o servidor requerer a remoção, mas este não poderá ser considerado determinante ao ponto de que seja superada a necessidade de demonstração do interesse público e da conveniência do poder público no caso concreto. Em suma, o direito em comento somente serve de fundamento adicional, retórico e não determinante nessa hipótese de remoção, de modo que poderia ser dispensado, pois, de qualquer modo, é a existência de interesse público e da conveniência da Administração que determinará o deferimento ou não da remoção.

3.2 Remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração

No caso do inciso III, a discussão fica mais simplificada, embora sejam três as hipóteses de remoção a pedido que independem do interesse da Administração, a saber: (i) acompanhamento de cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da administração; (ii) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; e (iii) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

A discussão se simplifica porque, seja qual for a hipótese aplicável, há direito subjetivo do servidor público em ser removido, de modo que a contemplação do direito à busca da felicidade somente seria um aspecto lateral do instituto ou até mesmo já implícito no teor da norma.

Explico. Tomando como exemplo a primeira hipótese, se o cônjuge do servidor público (também servidor público) é deslocado, por interesse da Administração, para outra localidade, a norma o agracia com a remoção para a mesma localidade do seu respectivo parceiro(a), nitidamente a fim de resguardar a unidade familiar, valor constitucional expressamente tutelado no artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Com efeito, pode-se afirmar também que, ao lado do direito à preservação da unidade familiar, caminha o direito à busca da felicidade, pois se presume que o servidor somente poderia perseguir os planos pessoais de felicidade se estiver ao lado do seu cônjuge ou companheiro(a), afinal, a união da família tem papel determinante nessa busca.

Essa mesma lógica se aplica às demais hipóteses elencadas no aludido inciso III, pois partem da mesma premissa lógica de que há direito subjetivo em virtude da necessidade de preservação de algum valor constitucionalmente relevante. Por exemplo, no caso de remoção por motivo de saúde, tutela-se o direito à saúde e, no caso de remoção por meio de processo seletivo, tutela-se o direito à liberdade. Em ambos os casos, esses direitos podem ser associados ao direito à felicidade, mas isso seria um aspecto lateral, concorrente e que estamos presumindo da própria lei.

A problemática toma contornos diferentes quando o direito à busca da felicidade do servidor vai de encontro ao direito subjetivo garantido, renunciando a ele por acreditar que terá maiores condições de perseguir uma vida feliz permanecendo na localidade que se encontra. Nesse caso, a resolução do problema é simples. Por se tratar de direito subjetivo do servidor, o seu exercício é renunciável, podendo ele optar por permanecer lotado na localidade que atualmente desempenha suas atividades funcionais. Embora uma das características dos direitos fundamentais

sejam a sua irrenunciabilidade – o direito à unidade familiar e à saúde, por exemplo –, é possível que o seu titular deixe de exercê-los por deliberação voluntária (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 639-640).

Além disso, merece destaque decisão interlocutória prolatada pelo juiz federal Bruno Anderson Santos da Silva no bojo da ação n. 0037301-73.2015.4.01.3400, na qual foi deferido o pedido de tutela provisória de remoção de servidora pública federal, tendo sido usado como um dos fundamentos o direito à busca da felicidade (BRASIL, 2016).

A situação vivida nos autos era a seguinte: a servidora padecia de infertilidade feminina e já havia iniciado tratamento na cidade em que estava lotada, Cuiabá/MT, sem ter obtido sucesso em seus resultados. Por isso, decidiu realizar o referido tratamento na cidade de Brasília/DF, o qual vinha apresentando resultado satisfatório. Por motivo de saúde, então, a servidora requereu administrativamente sua remoção para Brasília, cidade em que seu cônjuge – também servidor público e removido no interesse da Administração – já residia.

No curso do processo, a servidora foi submetida à junta médica oficial pela Administração Pública, que produziu parecer pela necessidade de remoção da autora, sob pena de frustrar o tratamento e agravar a situação, seja pelo abalo emocional decorrente dos fatos, seja pela impossibilidade de constituição familiar. A Administração, entretanto, julgou improcedente o seu pedido.

Considerando o atual estado de saúde da servidora, comprovado nos laudos, bem como o efetivo cumprimento do interstício mínimo de 3 (três) anos de permanência na localidade, o magistrado concluiu que não pode a Administração utilizar como justificativa para o indeferimento da remoção o fato de existir lacuna de servidores de nível superior no órgão em que ela trabalhava em Mato Grosso e a inexistência de vagas na sede do mesmo órgão em Brasília/DF. Em paralelo aos argumentos acima mencionados, o magistrado afirmou que, ao ser aprovada em concurso público, a servidora estaria exercendo de forma legítima o direito de busca à felicidade e, por isso, não poderia ser impedida de ser beneficiada com a remoção só porque o rompimento familiar se deu em virtude de primeira investidura.

Quer dizer, da análise detida da decisão em comento, percebe-se que o direito à busca da felicidade constitui um fundamento concorrente aos demais, sem o qual a decisão ainda assim restaria válida e fundamentada. Ou seja, o aludido direito foi utilizado apenas como reforço argumentativo na ocasião, não podendo ser considerado elemento preponderante ou mesmo principal da decisão.

Com efeito, percebe-se que o elemento principal para o deferimento da remoção foi a existência de laudo médico oficial que atestava a necessidade da remoção por questões de saúde da servidora, preenchendo todos os requisitos previstos no artigo 36, inciso III, alínea “b”, da Lei n. 8.112/90. Dessa forma, repise-se que, no caso de remoção a pedido que independe do interesse da Administração, o direito à busca da felicidade assume papel de coadjuvante e pode ser, inclusive, dispensado da fundamentação da decisão judicial ou administrativa, pois o essencial e o determinante para o surgimento do direito subjetivo à remoção é a demonstração dos requisitos especificamente elencados na lei.

3.3 Remoção de ofício, no interesse da Administração (inciso I)

No caso de remoção de ofício em virtude de interesse da Administração, o ato de movimentação do servidor não ocorre por manifestação de vontade ou iniciativa dele, mas sim por haver interesse da Administração em proceder a remoção. Aqui interessa confrontar o direito à busca da felicidade na perspectiva da vontade de permanência do servidor na sua lotação originária, de modo que ele se opõe ao interesse da Administração em proceder o ato de remoção. Ou seja, indaga-se se o direito em questão é capaz de impedir que a Administração remova o servidor, sob o argumento de que a movimentação o violaria, pois estaria na contramão dos interesses pessoais do seu titular. Em congruência com o trabalho de Leal, suscita-se se o servidor poderia, dentro da perspectiva do primeiro viés, exigir a abstenção da Administração.

A perspectiva da discussão em muita se assemelha com o raciocínio desenvolvido nas ponderações realizadas em relação à remoção a pedido à critério

da Administração. Isso porque se deve ponderar o direito à busca da felicidade frente os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, repese-se, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Mais uma vez, crê-se que são pertinentes no equacionamento os princípios da legalidade, impessoalidade e da eficiência. Pelo princípio da legalidade, tem-se que a expressão “no interesse da Administração” deve ser interpretada no sentido de que a remoção deverá ocorrer apenas quando o poder público entender que há interesse público no ato de movimentação, de acordo com o seu juízo de conveniência e oportunidade. Ausente esse interesse, impossível se legitimar a ocorrência da remoção na hipótese do inciso I.

Com efeito, se o legislador condicionou a atuação da Administração Pública somente à demonstração do seu interesse para que ocorra a remoção, não se pode cogitar o fato de que o descontentamento do servidor em ser removido, sob o argumento de que esse ato iria na contramão dos seus objetivos de vida e da perseguição do seu ideal de felicidade, seja considerado motivo suficiente para impedi-la. De fato, a lei não permite, em momento algum, que seja afastado o interesse da Administração em prol do interesse pessoal do servidor, de modo que a legalidade apenas restará atendida se prevalecer o interesse da Administração, seguindo a ótica da supremacia da lei.

Inclusive, mais uma vez, temos de suscitar a necessidade de observância da prevalência do interesse público sob o privado, uma vez que o servidor está sujeito a regime jurídico de direito público ao qual aderiu quando decidiu assumir o encargo do respectivo cargo público. Representaria, aliás, comportamento contraditório se ele rejeitasse submeter-se às regras em vigência e válidas do aludido regime jurídico, pois concordaria com suas regras apenas nos casos que forem de seu interesse.

Além do mais, a impessoalidade entra também como elemento diferenciador no equacionamento proposto. Isso em razão do citado princípio impedir que sejam feitas diferenciações com base em características pessoais sem qualquer motivo razoável para tanto. Se a Administração se furtasse de efetuar o

ato de remoção que atenda ao seu interesse somente porque esse ato não atende aos planos pessoais do servidor, estar-se-ia privilegiando determinada pessoa em total quebra de isonomia com os demais servidores que já foram ou terão de se submeter a esse tipo de remoção.

Ainda, corre-se o risco de a Administração ter de conceder o mesmo tratamento benevolente em prol de outros servidores que igualmente sejam chamados à remoção para atendimento do interesse público, bastando que eles simplesmente recusem o ato administrativo em questão sob o fundamento de que não atenderia ele o seu plano pessoal de perseguição da felicidade.

Ademais, não menos importante é a ponderação com o princípio da eficiência, que restará inteiramente prejudicada se o servidor se recusar a cumprir o interesse da Administração, que seria, justamente, equacionar o quadro de servidores públicos entre suas unidades, a fim de melhorar a prestação dos seus serviços, conforme a demanda de cada localidade. Não só a melhoria dos serviços poderia ser esse fundamento pujante, mas também a necessidade de manter a sua continuidade serviria de argumento para a prevalência da eficiência e, principalmente, da contemplação do outrora mencionado princípio da continuidade do serviço público.

Acrescente-se, ainda, que pesa em desfavor do direito à busca da felicidade na ponderação com os demais princípios acima aludidos a sua natureza de conceito jurídico indeterminado e o elevado grau de subjetividade que ele envolve. Isso porque não se pode, ao certo, especificar todos os aspectos do aludido direito, de modo que reside elevado grau de subjetividade no mesmo, o que concede uma imensa discricionariedade ao seu titular na sua concretização.

Prevalecendo o direito em comento, essa discricionariedade traria uma elevado grau de insegurança jurídica, pois o interesse da Administração Pública – gestor da coisa pública e do interesse mais nobre do povo – estaria à mercê da vontade de seus servidores públicos, que, arvorando-se no citado direito, poderiam causar os mais diversos imbróglis administrativos, impossibilitando a devida prestação do serviço público. Em outras palavras, a Administração Pública ficaria

refém da discricionariedade dos seus agentes públicos. Dessa forma, conclui-se que deve prevalecer o interesse da Administração sobre o direito do servidor, uma vez que é a medida mais razoável e proporcional a ser adotada, a fim de permitir que ela funcione de forma adequada e seguindo os ditames constitucionais.

4 CONCLUSÃO

Pelas considerações desprendidas acima, percebe-se que a discussão não é das mais simples, notadamente em razão das diversas hipóteses de remoção elencadas no art. 36 da Lei n. 8.112/90 e da necessidade de se analisar cada uma delas para se obter uma reflexão satisfatória. De fato, não obstante o direito à busca da felicidade tenha assumido papel relevante como fundamento de decisões do STF sobre questões jurídicas importantes em nosso ordenamento jurídico, tem-se que ele não deve ser tido de forma absoluta. Aliás, nenhum direito fundamental é e nem deve ser, pois as ponderações do caso concreto que devem determinar o princípio que deve prevalecer.

Nessa ordem de ideias, revelou-se que o direito à busca da felicidade não deve prevalecer sobre os princípios pertinentes ao regime jurídico que rege a administração pública, a fim de se evitar que um projeto pessoal de um ou mais servidores públicos se sobressaia em relação ao interesse público, o que poderia prejudicar o regular funcionamento do Poder Público.

Na hipótese do inciso II, concluiu-se que permitir que o direito à busca da felicidade prevalecesse sobre o interesse público, ignorando-se o condicionamento da remoção a pedido ao “critério da Administração”, significaria uma verdadeira afronta ao princípio da legalidade, da impessoalidade e da eficiência, pondo-se em risco o regular funcionamento do poder público ante a possibilidade de esvaziamento do quadro de pessoal de algumas unidades administrativas em prol do beneficiamento de outras.

No caso do inciso III, considerando que todas as hipóteses ali presentes conferem ao servidor público o direito subjetivo à remoção, revelou-se que o

direito à busca da felicidade assume apenas um papel de fundamento coadjuvante, concorrente e totalmente secundário, pois o ato de movimentação ocorreria mesmo que ele não existisse, já que bastaria o preenchimento dos requisitos legais elencados no aludido dispositivo.

Já no caso do inciso I, o direito à busca da felicidade somente poderia ser considerado para fins de se evitar a remoção ali perpetrada. Ocorre que permitir que o aludido direito se sobreponha sobre o interesse público em movimentar o servidor igualmente afronta os princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência, assim como explicado no caso do inciso II.

Acrescente-se que, em qualquer dos casos acima, principalmente nas hipóteses dos incisos I e II, pesa em desfavor do direito à busca da felicidade a sua natureza de conceito jurídico indeterminado e o elevado grau de subjetividade que esse conceito carrega. Isso porque não se pode, ao certo, especificar todos os aspectos do aludido direito, de modo que reside elevado grau de subjetividade no mesmo, o que concede uma imensa discricionariedade ao seu titular na sua concretização.

Prevalecendo o direito em comento, essa discricionariedade traria uma imensa insegurança jurídica, pois o interesse público estaria à mercê dos projetos pessoais de seus servidores públicos, que, arvorando-se no citado direito, poderiam causar um entrave no sistema de remoções no âmbito federal, prejudicando a devida prestação do serviço público.

Ante o exposto, resta evidente que a discussão é desgastante e a conclusão pode parecer cruel com o servidor público, mas, quando se trata de regime jurídico de direito público, deve-se optar pela prevalência do interesse público sobre o privado em cortejo àqueles que são titulares da coisa pública, o povo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n.8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, 18 abr. 1990.

BRASIL. **Lei n.8.745, de 9 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 9 dez. 1993.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à constituição nº 19, de 7 de julho de 2010**. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=80759>. Acesso em 17 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 548.146/AM**. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 22 dez. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000010496&base=base Monocraticas>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 março 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em 18 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Decisão: 0037301-73.2015.4.01.3400/DF**. Juiz federal Bruno Anderson Santos da Silva. Brasília, DF, 28 jan 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/193892121/processo-n-0037301-7320154013400-do-trf-1>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

EPICURO. **Carta sobre a felicidade (a Menecceu)**. Tradução de Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Ed. UNESP, 2002.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição**. 2013. 357 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2019.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. Tomo IV.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo, parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SOSNOWSKI, Alice. **A felicidade, segundo o filósofo Mario Sergio Cortella**. 2013. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/felicidade-carreira-e-maratona/>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

SOUZA, Erik Almeida Rodrigues de; RAMOS, Zélia Maria Xavier; CORDEIRO, Chirley Vanuyre Vianna. *Direito à felicidade: análise principiológica e desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro*. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p. 100-137, ago. 2018.

TIBURI, Márcia Angelita. *A felicidade é coletiva*. **Revista Vida Simples**, São Paulo, p. 50-51, maio, 2007.

VAN BOVEN, Leaf. *Experientialism, materialism, and the pursuit of happiness*. **Review of General Psychology**, Washington, v. 9, n. 2, p. 132-142, 2005.

SUBMETIDO: 18/04/2020

APROVADO: 11/10/2020

A IMPOSIÇÃO DO TELETRABALHO NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ DIANTE DO CENÁRIO DE PANDEMIA

THE IMPOSITION OF TELEWORK IN THE JUDICIARY OF CEARA IN THE FACE OF THE PANDEMIC SCENARIO

Clarissa Gonçalves Brasil

Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduada (*lato sensu*) em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-graduada (*lato sensu*) em Direito e Processos Constitucionais pela UNIFOR. Advogada. E-mail: clarissagbrasil@hotmail.com.

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante

Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduada em Direito e Processo Constitucionais pela UNIFOR. Advogada. E-mail: julianacavalcanteadv@gmail.com.

Nardejane Martins Cardoso

Mestra em Direito Constitucional nas Relações Privadas Existenciais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Graduada em Direito e Processo Constitucionais pela UNIFOR. Pós-Graduada em Metodologias Ativas para Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Advogada. E-mail: nardejane_martins@hotmail.com

Resumo

O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo acerca do impacto da imposição da modalidade remota de trabalho no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), em razão da medida de isolamento social, ocasionada pela disseminação da doença COVID-19. A pesquisa classifica-se como exploratória e descritiva. Quanto aos métodos orientadores, a pesquisa é bibliográfica e

documental, estimulando o alcance dos resultados buscados por meio da observação dos números apresentados pela Secretaria do Planejamento e Gestão (SEPLAG), do judiciário cearense. Concluiu-se que a modalidade remota de trabalho se mostra eficiente do ponto de vista dos resultados alcançados, conferindo mais celeridade aos procedimentos judiciais, reduzindo custos financeiros e priorizando a qualidade de vida, portanto, sendo mais vantajoso tanto para o tribunal quanto para o servidor.

Palavras-chave: Informatização. Teletrabalho. TJCE.

Abstract

This article aims to conduct a study on the impact of the imposition of remote working model in the Court of Justice of the State of Ceará, due to the measure of social isolation caused by the spread of COVID-19. The research is classified as exploratory and descriptive. As for the guiding methods, the research is bibliographic and documentary, which stimulates the achievement of results through the observation of the numbers presented by the Secretary of Planning and Management (SEPLAG), of the judiciary of Ceará. It is concluded by the results that the remote working model is efficient because it gives more speed to judicial procedures, it reduces financial costs and it prioritizes the quality of life. Therefore, remote work is more advantageous for both the court and the server.

Keywords: Computerization. Telework. TJCE.

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência do processo de informatização pelo qual a sociedade contemporânea tem atravessado, novos paradigmas de relacionamento e de gestão são erguidos sob uma proposta de praticidade que visa potencializar o alcance de melhores resultados em empresas e corporações. Tal mudança adentra a esfera do Poder Judiciário, que por sua vez, deu abertura à virtualização de processos, mediante Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, o que viabilizou

melhoria na efetividade da prestação jurisdicional, mesmo que sua sistemática não tenha alcançado ainda, de forma plena, a todos os estados da Federação.

A virtualização no Judiciário não só se refere as perspectivas tecnológicas e processuais, mas comportamentais, pois possibilita virtualizar o trabalho dos servidores, e em razão do cenário pandêmico ocasionado pela COVID-19, uma doença respiratória aguda desencadeada por um vírus denominado “corona” (SARS-CoV-2), que se espalhou rapidamente pelos espaços geográficos da Terra no início do ano de 2020, fazendo com que os governantes adotassem medidas de prevenção e isolamento no intuito de conter sua disseminação.

Nesse sentido, o Poder Judiciário cearense aderiu ao trabalho remoto (teletrabalho) como regra para seus servidores, suspendendo, inicialmente, audiências e prazos processuais, em seguida, determinando as sessões de julgamento de forma virtual, assim como outros expedientes por videoconferência e atendimento ao público pelos canais disponibilizados no portal do TJCE.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo verificar o impacto da imposição da modalidade remota no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em razão da medida de isolamento social, de modo a analisar como tem sido feita a sua implementação, quais as dificuldades encontradas, diferenças comparativas nos números de produção, bem como, se tal modelo pode ser considerado mais vantajoso pela sua flexibilidade característica.

Quanto aos objetivos almejados, a pesquisa científica se classifica como exploratória e descritiva, na medida em que se objetiva desenvolver as informações e questões relacionadas direta e indiretamente ao tema. No que se refere aos métodos orientadores técnicos, a pesquisa é bibliográfica, haja vista a utilização de publicações, livros, revistas, jornais entre outros materiais (MARCONI; LAKATOS, 2017, p. 63); e documental, pois se utiliza de documentos legislativos e regulatórios (MARCONI; LAKATOS, 2017, p. 54). Realiza-se, assim, o alcance dos resultados buscados por intermédio da observação dos dados apresentados pela Secretaria do Planejamento e Gestão (SEPLAG) do Judiciário cearense.

2 O PROCESSO DE INFORMATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Em meio a um clamor social e um descrédito no Judiciário que há muito se mostrava moroso e ineficiente, surgiu a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu a reforma do Poder Judiciário e inseriu várias mudanças no texto constitucional. Dentre elas a previsão do princípio da celeridade (razoável duração do processo)¹ em seu art. 5º, LXVIII, e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)², previsto no art. 92 como órgão do Poder Judiciário.

Desde a sua criação, o CNJ, como órgão de atuação eminentemente administrativa³, vem lutando pela informatização do Poder Judiciário. Logo, de início, surgiu a necessidade de digitalização dos processos judiciais, em seguida, percebeu-se que havia mais a ser feito. A transição do processo em meio físico para o meio virtual foi uma das principais políticas do CNJ, contudo, envolveu polêmica e debates (FREIRE; OLIVEIRA, 2012, p. 70), pois a mera substituição do papel por documentos eletrônicos não levou à celeridade desejada, nem se mostrou eficiente nas resoluções das demandas.

A partir daí, a implementação de *softwares* tornou-se necessária para facilitar e agilizar a execução de atividades corriqueiras dos servidores, estagiários

-
- 1 Art. 5º. Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)
 - 2 Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: [...] I-A o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)
 - 3 Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo [...]. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

e magistrados, principalmente, para estes que respondem por mais de uma comarca. A virtualização dos processos facilitaria a atividade judicante, já que o acesso aos autos poderia se dar em qualquer local que tivesse um computador com acesso ao sistema, assim, diminuindo as distâncias e possibilitando decisões judiciais céleres.

Foi nesse contexto de expansão da tecnologia no Judiciário que surgiu a Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial. Alguns atos processuais de extrema importância passaram a ser realizados por meios eletrônicos, como as intimações por meio dos Diários da Justiça Eletrônicos (DJe's), em clara sintonia com as mudanças sociais que passaram a inserir os meios digitais nas relações sociais, do trabalho e até mesmo de lazer.

Diante desse novo cenário e, em sintonia, com as recomendações do CNJ, os tribunais brasileiros começaram a se adaptar a essa nova cultura digital (CNJ, 2013, *on-line*). O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no ano de 2008, começou a utilizar o *software* PROJUDI-CE (Processo Judicial Digital), em seguida, o e-SAJ (Sistema de Automação Judicial) e o PJe (Processo Judicial eletrônico).

Apesar de todos os esforços, não demorou muito para perceber que, mesmo diante da virtualização dos processos judiciais, o problema da morosidade do Judiciário estava longe de ser superado. Ainda na batalha para otimizar os serviços do Poder Judiciário, o CNJ, em busca de eficiência e celeridade, vem estimulando o uso da inteligência artificial (I.A.) pelos tribunais brasileiros, como é o caso do VICTOR⁴, uma ferramenta de I.A. que faz o trabalho humano. Não só facilita, mas reduz o tempo de análise dos processos que possam se enquadrar nos temas de Repercussão Geral que tramitam no Tribunal Superior.

4 Na fase inicial do projeto, VICTOR irá ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Essa ação representa apenas uma parte (pequena, mas importante) da fase inicial do processamento dos recursos no Tribunal, mas envolve um alto nível de complexidade em aprendizado de máquina (STF, 2018, *on-line*).

Não obstante o investimento em tecnologia, em tema de eficiência e celeridade na tramitação de feitos judiciais, ainda há muitos desafios a serem superados e segmentos que devem ser aperfeiçoados (STF, 2018, *on-line*).

3 O TELETRABALHO

Com a inevitável introdução das ferramentas tecnológicas no manejo dos processos judiciais passou-se a repensar as antigas formas de relações servis até então existentes, a melhoria das condições de trabalho dos servidores e magistrados, bem como, a possibilidade de adoção do teletrabalho, como algo tangível e com grande probabilidade de êxito na busca pela eficiência que há muito vem sendo perseguida pelos tribunais de todo o Brasil.

É importante salientar que há muito já se pratica o teletrabalho na seara privada, mesmo antes da regulamentação legal, que só aconteceu com a reforma trabalhista inserida pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Antes disso, foi publicada a Lei n. 12.551, de 11 de dezembro de 2011, que de forma incipiente, tratou de equiparar os direitos dos trabalhadores remotos com os demais. Essa já era uma tendência mundial, inclusive com previsão na Convenção OIT n. 177⁵, de 20 de junho de 1996, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), não ratificada pelo Brasil.

Tal prática tornou-se comum nas empresas privadas diante dos benefícios que o teletrabalho proporciona, que vão desde a simples economia com gastos corriqueiros de um local físico de trabalho até a preservação do meio ambiente, como, por exemplo, com a diminuição de emissão de gases poluentes pela utilização de automóveis para o deslocamento casa-trabalho-casa (PINTO, 2013, p. 7).

5 Para os fins desta Convenção: (a) o termo **trabalho doméstico** significa trabalho realizado por uma pessoa, a ser referido como um trabalhador de casa; (i) em sua casa ou em outras instalações de sua escolha, exceto o local de trabalho do empregador; (ii) por remuneração; (iii) que resulte em um produto ou serviço especificado pelo empregador, independentemente de quem fornece o equipamento, materiais ou outros insumos utilizados. (ILO, 1996, *on-line*) (Tradução livre).

O universo do teletrabalho rompe com alguns paradigmas que até então balizavam as relações laborais, como conceitos tradicionais de jornada de trabalho, fiscalização, subordinação, noção de tempo e espaço. Atinge-se, dessa forma, uma maturação evolutiva que torna possível ao ser humano contemporâneo o desenvolvimento de seu labor a qualquer hora e em qualquer lugar (MASSI; DISSENHA, 2012, p. 172).

Apesar da demora na regulamentação da modalidade remota de trabalho, há muito se defende a ideia de implantação do teletrabalho, ante as vantagens que tal medida pode trazer para as partes envolvidas na relação trabalhista. No início dos anos 2000, Masi (2000, p. 263) já apontava benefícios que a opção pelo trabalho à distância gerava:

[...] para as empresas há benefício em termos de flexibilidade, produtividade e criatividade; para os trabalhadores há benefícios em termos de autonomia, condições físicas, relações familiares, boa vizinhança e acesso ao trabalho (sobretudo para deficientes físicos, anciãos, donas de casa); para a coletividade, há benefícios em termos de redistribuição geográfica e social do trabalho, redução do volume de trânsito, estímulos à criação de novos trabalhos, revitalização dos bairros, redução da poluição e das despesas de manutenção viária, eliminação das horas de pico etc.

Pela lógica, é importante destacar que nem todos os ofícios podem e devem ser realizados à distância. Há de se observar as peculiaridades da relação, se é possível, por exemplo, não haver o contato físico obrigatório, se há tecnologia suficiente para a realização da atividade e para a aferição do desempenho, se é possível prestar o serviço fora do estabelecimento do empregador etc. (PINTO, 2013, p. 16).

Na administração pública até então, pouco se via a adoção do teletrabalho pelos órgãos e entes públicos. Diante da importância da matéria e da escassez de pesquisas na área, Filardi, Castro e Zanini (2020, p. 32-33), empregando a metodologia qualiquantitativa, por meio de revisão de literatura e da aplicação de questionários aos teletrabalhadores e gestores do Serviço Federal de Processamento

de Dados (Serpro) e da Receita Federal, apresentaram em seu estudo intitulado “Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal” as vantagens e desvantagens quando da adoção do teletrabalho nesses órgãos.

O estudo realizou entrevistas, respondidas de forma virtual, em que os questionários foram aplicados aos teletrabalhadores e aos gestores desses entes públicos. Tais entes foram escolhidos para o estudo pois já adotavam o teletrabalho há dois anos. Os questionários foram divididos em três seções, iniciando com a identificação do perfil do entrevistado, logo depois com questionamentos sobre custos, infraestrutura, relações de trabalho, flexibilidade, isolamento, produtividade dentre outros pontos importantes para o estudo e finaliza com a possibilidade de os entrevistados, de forma mais aberta, apresentarem “informações complementares sobre o seu cotidiano relacionado ao trabalho” (FILARDI; CASTRO; ZANINI, 2020, p. 33-35).

Do referido estudo se constata que diversos são os benefícios na adoção do teletrabalho pelos órgãos públicos, conforme se reproduz abaixo, apesar de alguns pontos ainda se mostrarem falhos e necessitarem de medidas mais efetivas para que o trabalho remoto alcance seu pleno potencial,

Os resultados encontrados sustentam que os teletrabalhadores consideram como principais vantagens do teletrabalho a redução do custo com transporte e alimentação, maior segurança, menos exposição à violência e poluição, mais privacidade, maior interação com a família e mais qualidade de vida, focando fortemente em sua individualidade. Nos aspectos relacionados à atividade profissional, autonomia, motivação, produtividade, flexibilidade de horário, menos interrupções e qualidade do trabalho foram considerados ganhos. Nesse sentido, nossos resultados corroboram os estudos de Costa (2013) e Mello, Santos, Shoiti et al. (2014), que identificaram ganhos para o modelo do teletrabalho, como melhor qualidade de vida, autonomia e motivação. Por outro lado, nossos achados evidenciam como desvantagens: problemas de infraestrutura tecnológica, especialmente a falta de treinamento específico, não adaptação ao teletrabalho, perda de vínculo com a empresa, isolamento profissional, falta de comunicação imediata,

perda de status, receio de má avaliação e falta de reconhecimento, comprometendo o crescimento e o desenvolvimento na empresa. Nesse sentido, nosso estudo corrobora estudos anteriores de Caillier (2012) e De Vries, Tummers e Bekkers (2017, 2018), que identificaram efeitos bastante negativos do teletrabalho, incluindo desmotivação, maior isolamento profissional e menor comprometimento organizacional nos dias em que trabalhavam inteiramente em casa. Além disso, pôde-se constatar que as atividades domésticas atrapalham, há necessidade de conscientizar a família e existe a tentação de realizar outros trabalhos por conta própria (FILARDI; CASTRO; ZANINI, 2020, p. 43-45).

Tal pesquisa se mostrou de grande importância para ser abordado no presente estudo pois mostra as vantagens e desvantagens do teletrabalho em relação aos entes que compõem a administração pública. Muito se tem discutido sobre os efeitos do teletrabalho no meio privado, mas pouco se aprofunda quando se trata de trabalho remoto no serviço público, mesmo diante do uso avançado de tecnologias de informação e de comunicação (FILARDI; CASTRO; ZANINI, 2020, p. 33-35).

Diante disso, da informatização e virtualização dos procedimentos judiciais, da fácil aferição do desempenho dos magistrados e servidores, como se é possível retirar dos desempenhos dos últimos anos do “Justiça em Números”, revista disponibilizada anualmente pelo CNJ, e do fácil acesso aos processos judiciais, o regime de teletrabalho se adequa com perfeição à realidade do Poder Judiciário (CNJ, 2018, *on-line*).

Na busca pela otimização dos serviços, o CNJ regulamentou o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário, inclusive por já existir experiência exitosa em alguns órgãos públicos, com a edição da Resolução n. 227, de 15 de junho de 2016, que tem por objetivo de uniformizar o exercício desta atividade remota (CNJ, 2016, *on-line*).

A resolução citada define o teletrabalho nos seguintes termos: “art. 2º. para os fins de que trata esta Resolução, define-se: I – teletrabalho: modalidade de trabalho realizada de forma remota, com a utilização de recursos tecnológicos”.

Além do conceito, a resolução delimita os objetivos⁶ e especifica os casos, por exclusão⁷, que possibilita a adoção do teletrabalho, deixando aos Estados a opção pela inserção dessa nova modalidade de exercício do cargo para seus servidores.

Apesar dos benefícios já constatados, até o início do ano de 2020, poucos tribunais incentivavam a adoção da modalidade de teletrabalho por parte dos seus servidores. Os requisitos restritivos e a burocracia para a concessão do trabalho à distância acabam não instigando aos profissionais a buscarem tal medida.

No Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), por exemplo, a instituição do teletrabalho deu-se, inicialmente, em forma de projeto-piloto,

6 Art. 3º. São objetivos do teletrabalho:

- I – aumentar a produtividade e a qualidade de trabalho dos servidores;
- II – promover mecanismos para atrair servidores, motivá-los e comprometê-los com os objetivos da instituição;
- III – economizar tempo e reduzir custo de deslocamento dos servidores até o local de trabalho;
- IV – contribuir para a melhoria de programas socioambientais, com a diminuição de poluentes e a redução no consumo de água, esgoto, energia elétrica, papel e de outros bens e serviços disponibilizados nos órgãos do Poder Judiciário;
- V – ampliar a possibilidade de trabalho aos servidores com dificuldade de deslocamento;
- VI – aumentar a qualidade de vida dos servidores;
- VII – promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade;
- VIII – estimular o desenvolvimento de talentos, o trabalho criativo e a inovação;
- IX – respeitar a diversidade dos servidores;
- X – considerar a multiplicidade das tarefas, dos contextos de produção e das condições de trabalho para a concepção e implemento de mecanismos de avaliação e alocação de recursos.

7 Art. 5º. Compete ao gestor da unidade indicar, entre os servidores interessados, aqueles que atuarão em regime de teletrabalho, observadas as seguintes diretrizes:

- I – O teletrabalho, integral ou parcial, será permitido a todos servidores, inclusive fora da sede de jurisdição do tribunal, no interesse da Administração, desde que não incidam em alguma das seguintes vedações: (Alterado pela Resolução n. 298, de 22.10.2019)
 - a) estejam em estágio probatório;
 - b) tenham subordinados;
 - c) ocupem cargo de direção ou chefia;
 - d) apresentem contraindicações por motivo de saúde, constatadas em perícia médica;
 - e) tenham sofrido penalidade disciplinar nos dois anos anteriores à indicação.

mediante Portaria n. 224, de 21 de fevereiro de 2018 (TJCE, 2018, *on-line*).

Os interessados passam por um processo de seleção acompanhado pelo gestor de cada unidade, e a área de gestão de pessoas e saúde ocupacional pode auxiliar na avaliação dos perfis dos candidatos, que são classificados pelos critérios de produtividade, horas trabalhadas e assiduidade.

Conforme preconiza o art. 15 da Portaria n. 224/2018, “as estruturas física e tecnológica e os equipamentos utilizados na execução do teletrabalho são de responsabilidade do servidor”, e o regime será avaliado por entrevistas, oficinas anuais de capacitação e acompanhamento individual (TJCE, 2018, *on-line*).

Em dezembro de 2019, havia apenas 61 servidores usufruindo da atividade remota (TJCE, 2019b, *on-line*), apesar dos 2.824 servidores em exercício (CNJ, 2019, *on-line*), contabilizando apenas 2,16% dos servidores daquele tribunal, em regime de teletrabalho.

Tais números podem ser explicados pela modalidade encontrar-se ainda em fase de testes pelo Tribunal, e mesmo que boa parte dos servidores queira solicitar o trabalho remoto, não há vagas disponíveis para todos, por mais que exista regulamentação própria. Entretanto, o contexto de crise mundial ocasionado pelo novo coronavírus no ano de 2020 pode mudar esse cenário, vez que o teletrabalho foi imposto como medida de controle e proteção (CNJ, 2020-a, *on-line*).

4 O TELETRABALHO EM TEMPOS DE COVID-19 NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

No final de fevereiro de 2020, o Brasil, após assistir à situação da China e de alguns países da Europa, também passou a ter casos confirmados de pessoas com a doença COVID-19, causada pelo novo coronavírus. A pandemia foi decretada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 11 de março de 2020 e, desde então, diversas medidas extraordinárias passaram a ser tomadas em todo o mundo (OPAS, 2020, *on-line*).

O novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, foi detectado em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. Em 9 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) confirmou sua circulação. Em 30 de janeiro, a OMS declarou a epidemia uma emergência internacional (PHEIC). Ao final do mês de janeiro, diversos países já haviam confirmado importações de caso, incluindo Estados Unidos, Canadá e Austrália. No Brasil, em 7 de fevereiro, havia 9 casos em investigação, mas sem registros de casos confirmados. Mediante a situação posta pelo novo SARS-CoV-2, em 31 de janeiro de 2020, o Ministério da Saúde do Brasil instaurou o Grupo de Trabalho Interministerial de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional para acompanhamento da situação e definição de protocolos de ação, para a vigilância do SARS-CoV-2 no país (CRUZ *et al.*, 2020, p. 01).

Aos 06 de fevereiro de 2020, o governo brasileiro, já antevendo a possibilidade de uma epidemia, decidiu viabilizar a edição da Lei n. 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus.

A referida doença, apesar da letalidade baixa, atinge rapidamente a milhares de pessoas, originando, em alguns casos, problemas pulmonares graves, sendo necessário a internação hospitalar e o uso de ventiladores pulmonares. Ante a possibilidade de contaminação rápida de pessoas, fez-se necessário o controle da propagação da doença, para que não houvesse um colapso do sistema de saúde, que, por sua vez, não suportaria boa parte da população utilizando os seus serviços no mesmo período de tempo.

Desta feita, levando em consideração as medidas adotadas pela China, que já consegue manter o controle da doença, bem como, as recomendações da Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde brasileiro, desde o mês de março de 2020, fez-se necessária a adoção de medidas de isolamento social da população, com imposição de diversas restrições às liberdades, como o fechamento do comércio e das indústrias, cancelamento de eventos e festas, no intuito de evitar a aglomeração de pessoas em um mesmo espaço.

No Ceará, até a presente data, foram emanadas normas legais acerca do tema, como: o Decreto n. 33.519, de 19 de março de 2020, que determinou medidas, dentre elas o isolamento social da população e o fechamento de estabelecimentos comerciais não essenciais, no intuito de evitar qualquer tipo de aglomeração; o Decreto n. 33.530, de 28 de março de 2020, que prorroga as medidas do decreto anteriormente citado, até 06 de abril de 2020; o Decreto n. 33.536, de 05 de abril de 2020, que prorroga as restrições impostas no Decreto n. 33.519 até 20 de abril de 2020; o Decreto n. 33.544, de 19 de abril de 2020, que prorroga as medidas restritivas até 05 de maio de 2020; o Decreto n. 33.575, de 05 de maio de 2020, que prorroga, no âmbito estadual, as medidas restritivas de enfrentamento à COVID-19, até 20 de maio, assim como também condiz o Decreto n. 33.595, de 05 de maio de 2020, que também prorroga tais medidas restritivas até 31 de maio de 2020, com manutenção do *lockdown* na Capital; o Decreto n. 33.608, de 30 de maio de 2020, que prorroga as restrições impostas nos anteriores até 7 de junho de 2020; o Decreto n. 33.617, de 06 de maio de 2020, que trata de medidas de isolamento social previstas no Decreto n. 33.519, de 19 de março de 2020, e suas alterações posteriores até o dia 14 de junho de 2020; o Decreto n. 33.627, de 13 de junho de 2020, que prorroga as medidas de isolamento social no Estado até 21 de junho de 2020, e o Decreto n. 33.631, de 20 de junho de 2020, que prorroga as condições estabelecidas nos decretos anteriores até 28 de junho de 2020.

Para ilustrar a situação da Pandemia no Estado do Ceará, de acordo com o boletim epidemiológico emitido pela Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, por meio de pesquisas da Célula de Imunização (CEMUN), do Centro de Informações Estratégicas em Vigilância em Saúde (CIEVS) e da Coordenadoria de Vigilância Epidemiológica e Prevenção em Saúde (COVEP), até 14 de abril de 2020, foram confirmados 1989 casos de COVID-19, mediante critério laboratorial de exame. Destes, 1719 foram detectados em residentes da Capital, o que equivale a 86,4%; o restante, representa os casos confirmados no interior do Estado e região metropolitana. Da totalidade de municípios, 33,7%, ou seja, 62 já confirmaram

casos da doença⁸. De acordo com dados da Secretaria da Saúde, no mês de junho de 2020, o Estado do Ceará passou de 98 mil casos confirmados de COVID-19, com 5.728 mortes pela doença.

O TJCE, na luta pelo combate a pandemia e atento às determinações legais do Estado e à Resolução n. 313⁹ do CNJ, de 19 de março de 2020, adotou o regime de plantão extraordinário (CNJ, 2020b, *on-line*), inicialmente, e editou a Portaria n. 497, de 31 de maio de 2020, impondo o teletrabalho, pelo prazo de 30 dias, apenas aos servidores/estagiários/magistrados acima de 60 anos ou que fossem considerados como pessoa em grupo de risco, que tivessem retornado de viagem internacional ou de local com transmissão comunitária já confirmada, apenas pelo período de 14 dias após o retorno¹⁰ (TJCE, 2020-e, *on-line*). Os

-
- 8 O boletim pode apresentar divergências nos dados, comparado aos demais meios de divulgação devido aos horários de encerramento da apresentação dos dados e instabilidade do eSUS VE. CEARÁ (Estado). Boletim epidemiológico Doença pelo novo coronavírus (COVID-19), de 14 de abril de 2020. Disponível em: https://www.saude.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/9/2020/02/boletim_covid_14_04_2020.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020.
- 9 Art. 2º. O Plantão Extraordinário, que funcionará em idêntico horário ao do expediente forense regular, estabelecido pelo respectivo Tribunal, importa em suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, assegurada a manutenção dos serviços essenciais em cada Tribunal. § 1º. Os tribunais definirão as atividades essenciais a serem prestadas, garantindo-se, minimamente: I – a distribuição de processos judiciais e administrativos, com prioridade aos procedimentos de urgência; II – a manutenção de serviços destinados à expedição e publicação de atos judiciais e administrativos; III – o atendimento aos advogados, procuradores, defensores públicos, membros do Ministério Público e da polícia judiciária, de forma prioritariamente remota e, excepcionalmente, de forma presencial; IV – a manutenção dos serviços de pagamento, segurança institucional, comunicação, tecnologia da informação e saúde; e V – as atividades jurisdicionais de urgência previstas nesta Resolução. § 2º As chefias dos serviços e atividades essenciais descritos no parágrafo anterior deverão organizar a metodologia de prestação de serviços, prioritariamente, em regime de trabalho remoto, exigindo-se o mínimo necessário de servidores em regime de trabalho presencial.
- 10 Art. 2º. Fica instituído, pelo prazo de 30 dias, o regime excepcional de teletrabalho que será exercido conforme as condições e limites estabelecidos neste artigo.
§ 1º Os magistrados, servidores e estagiários que tenham retornado de viagem internacional ou de locais com transmissão comunitária confirmada realizarão suas atividades por meio de teletrabalho, pelo período de 14 dias, contado do retorno da viagem.

demais servidores que desejassem aderir ao regime de trabalho remoto deveriam solicitar aos seus gestores.

Em observância ao Decreto Estadual n. 33.519/2020, e à Resolução n. 313/2020 do CNJ, que editou o regime de plantão extraordinário, obrigando aos servidores/estagiários e magistrados o regime de teletrabalho, em decorrência da necessidade de contenção da pandemia, foi publicada a Portaria n. 270 ¹¹, de 23 de março de 2020, da Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua, adotando medidas de contenção e isolamento obrigatórias (TJCE, 2020d, *on-line*).

No mesmo contexto, o TJCE publicou a Portaria n. 514, de 21 de março de 2020 (TJCE, 2020-g, *on-line*), que instituiu o regime obrigatório de teletrabalho para magistrados, servidores, estagiários e demais colaboradores do Poder Judiciário do Estado do Ceará, em idêntico horário ao do expediente forense regular¹². Posteriormente, o teletrabalho foi prorrogado até 15 de maio de 2020,

§ 2º Aos magistrados, servidores e estagiários acima de 60 anos de idade ou incluídos em outro grupo de risco, bem como às gestantes, é facultada a adesão ao regime de teletrabalho.

§ 3º Os agentes públicos que não se enquadrarem nos parágrafos anteriores poderão solicitar o regime de teletrabalho, cabendo aos gestores, por decisão motivada, o deferimento, garantindo-se sempre o mínimo presencial para o funcionamento da unidade.

§ 4º Os servidores e estagiários que estiverem em regime de teletrabalho deverão cumprir o mesmo horário da sua jornada presencial, não podendo se ausentar do Estado e deverão emitir relatórios aos seus chefes imediatos, com periodicidade mínima semanal, por e-mail ou outra ferramenta digital acordada com a chefia, a quem caberá avaliar se a produtividade está condizente com o seu regime de trabalho.

§ 5º As chefias imediatas dos servidores e estagiários que realizarão atividades em regime de teletrabalho apresentarão relação das pessoas submetidas a esse regime à Secretaria de Gestão de Pessoas para controle.

11 Art. 1º. Estabelecer que o regime de plantão extraordinário, a ser realizado por meio de teletrabalho obrigatório para magistrados, servidores, estagiários e demais colaboradores da Comarca de Fortaleza, deverá se dar com cumprimento integral da jornada de trabalho, permanecendo a unidade com conexão ativa e contínua, por e-mail ou outra forma de comunicação, das 8h às 18 horas, e com o registro da frequência do servidor no sistema pela chefia imediata (conforme art. 10 da Port. 1284/2016).

12 A Portaria n. 514/2020. Regulamenta, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, o regime de Plantão Extraordinário, estabelecido pela Resolução n. 313, de 19 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/portariatjce.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

como regime obrigatório no âmbito do TJCE, conforme edição da Portaria n. 648/2020¹³ (TJCE, 2020-e, *on-line*) e, por fim, até 30 de junho de 2020, conforme Portaria n. 825/2020 (TJCE, 2020-f, *on-line*).

Todas essas medidas foram impostas pelo tribunal para ajudar na contenção da doença. Por isso, de forma repentina, sem planejamento ou qualquer investimento prévio, os servidores, estagiários e magistrados tiveram que modificar, abruptamente, sua rotina de trabalho, sem qualquer capacitação para tal. Passando o teletrabalho, que antes era exceção, a regra.

É importante deixar claro que, como explicita a recomendação do CNJ, por meio da Resolução n. 313/2020 e da Resolução n. 314/2020, a adoção do regime de teletrabalho fez-se imprescindível diante da necessidade de observância do isolamento social e da impossibilidade de paralização das atividades do Poder Judiciário (CNJ, 2020-c, *on-line*). Ademais, a virtualização dos procedimentos judiciais e o auxílio no manuseio dos *softwares* utilizados pelo tribunal facilitou a imposição de tal regime de trabalho. O STF, por exemplo, prorrogou o trabalho remoto de seus servidores até janeiro de 2021, conforme Resolução n. 677, de 29 de abril de 2020 (STF, 2020, *on-line*).

Ainda, importa salientar que, mesmo não restando efetivada como deveria, a ideia de incorporação do trabalho remoto no Judiciário cearense está inserida nas iniciativas da gestão do TJCE. A exemplo disso o Núcleo de Produtividade Remota (NPR) de 1º Grau, criado em 29 de janeiro de 2019, nos termos do que fora estipulado na Resolução do Tribunal n. 02/2012¹⁴, é um

13 A Portaria n. 648/2020. Regulamenta, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, o regime de Plantão Extraordinário, estabelecido pela Resolução n. 313, de 19 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/portariatjce.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020

14 Art. 5º. Fica instituído o Núcleo de Produtividade Remota, em caráter permanente, subordinado administrativamente à Superintendência da Área Judiciária do TJCE, com o objetivo de auxiliar na redução da taxa de congestionamento do Poder Judiciário do Estado do Ceará.
Art. 6º. Serão lotados no Núcleo de produtividade remota servidores, estagiários e, especificamente para o sistema de Juizados especiais, também, juízes Leigos.

programa que tem o intuito de diminuir as taxas de congestionamento do Poder Judiciário local. Para o seu pleno funcionamento, além de utilizar os magistrados e servidores do quadro do tribunal, também vem selecionando estagiários de pós-graduação para colaborarem com o aumento da produtividade das Varas a serem auxiliadas.

As atividades do Núcleo tiveram início em abril de 2019 e, hoje, o projeto conta com mais de 200 estagiários pós-graduandos, que atuam supervisionados por magistrados, em unidades judiciárias da Capital (Fortaleza-CE) e do Interior, especificamente nas Varas Cíveis (especializadas em DPVAT, revisionais de contratos e execução de título extrajudicial), Varas de Maracanaú, Caucaia, Juazeiro do Norte, e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em Fortaleza. Ou seja, o trabalho já é remoto por estar distante das Secretarias físicas e acompanhado por gestores e juízes, porém, concentra-se em um só lugar, situado no Fórum Clóvis Beviláqua.

De acordo com dados da Secretaria de Planejamento e Gestão (SEPLAG/TJCE), divulgados em dezembro de 2019, o trabalho do NPR de 1º Grau resultou no julgamento de 45.808 processos naquele ano, além de 24.875 decisões (TJCE, 2019-a, *on-line*), o que ocasionou, conseqüentemente, a diminuição da taxa de congestionamento nas unidades onde o Núcleo funcionou, com a baixa de 80% para 64,1% no panorama geral e 77% para 60% com relação a processos pendentes de julgamento. Noticiou-se ainda que o Tribunal reduziu o equivalente a R\$ 747 mil reais em despesas durante a pandemia com a utilização do teletrabalho, o que engloba gastos com energia, água, combustível, telefonia, copos e papéis.

Apesar de ainda não ser uma realidade do tribunal a adoção em massa do teletrabalho, o NPR já demonstra a efetividade que a opção do trabalho à

§ 1º As atividades jurisdicionais do Núcleo no âmbito do primeiro grau serão supervisionadas por juiz de Direito designado pela Presidência do TJCE, o qual atuará sem prejuízo das suas atribuições originárias.

§ 2º O Desembargador Vice-Presidente atuará como supervisor das atividades jurisdicionais realizadas no âmbito do segundo grau.

distância gera, com um claro aumento da produtividade das varas que foram auxiliadas pelo projeto.

Contudo, em decorrência da crise ocasionada pela pandemia, a imposição do teletrabalho aos servidores e estagiários fez com que algumas dificuldades fossem observadas diante dessa nova roupagem, a começar pela instabilidade do Sistema de Automação Judicial (SAJ), usado para a elaboração dos expedientes.

Arelado a isso, o manuseio dos programas para trabalho direto (SAJ e PJE) e verificação de frequência (VPN – Rede Virtual Privada) fora dos átrios dos fóruns geraram muitas reclamações por parte dos colaboradores que, em alguns casos, sequer conseguiam instalar o sistema nos computadores pessoais, pois estes não estavam preparados para o uso do *software* do tribunal. Em outras situações, servidores não conseguiam exercer as funções diante da instabilidade do sistema, o que acarretou uma série de orientações por parte da Secretaria de Tecnologia do TJCE e auxílio do setor de informática, que inclusive, elaborou manuais com o intuito de esclarecer dúvidas. Houve divulgação dos contatos remotos e disponibilização de 500 computadores para aqueles que necessitassem.

Em abril de 2020, foi noticiado que a produtividade do TJCE, de 30/03/2020 a 05/04/2020, superou índices de semanas anteriores (com o trabalho presencial) e alcançou 321.637 movimentações de processos. Ou seja, mesmo com as dificuldades iniciais impostas pelo trabalho remoto, a contabilidade de produção chegou a níveis superiores aos verificados antes do enfrentamento da crise, quando o teletrabalho ainda era incipiente, vez que dentro do lapso temporal de 09/03/2020 a 15/03/2020, antes da adoção das medidas de isolamento, os índices foram de 11.151 e 11.764, de acordo com as pesquisas do TJCE (TJCE, 2020-a, *on-line*); e a partir do teletrabalho até 23/06/2020, foram realizados 128.245 julgamentos e 162.233 decisões, além de 140.937 baixas processuais no 1º e 2º Graus, na Capital e no Interior (TJCE, 2020-b, *on-line*).

Semanalmente, a SEPLAG tem realizado pesquisas envolvendo o levantamento da produtividade dos servidores e estagiários do tribunal durante a pandemia da COVID-19, e nota-se que o volume de movimentações processuais

cresceu desde a primeira semana de necessário isolamento social e teletrabalho. Os dados demonstram que entre 23/03/2020 e 12/04/2020 (três primeiras semanas), foram realizados 776.251 expedientes processuais no 1º e no 2º Graus, sendo 28.943 julgamentos, 39.626 decisões, 86.298 despachos, 39.668 baixas processuais e 581.716 expedientes diversos, número expressivo dada a suspensão de prazos (TJCE, 2020-b, *on-line*). Ainda, de acordo com os dados da Secretaria, foram registradas 4.200.137 movimentações processuais, de 23/03/2020 a 23/06/2020, com destaque para a quantidade de julgamentos, que alcançou média de 1.378 por dia no período (TJCE, 2020-c, *on-line*).

Verifica-se, por fim, que a imposição do teletrabalho pelo TJCE a servidores, magistrados e estagiários, em decorrência da pandemia ocasionada pela COVID-19, inicialmente, trouxe complicações, por não ter havido um planejamento prévio e pelas dificuldades com relação a instabilidade do sistema para elaboração de expedientes. Contudo, após este curto período de adaptação, os integrantes do Poder Judiciário cearense realizaram prestação jurisdicional com altos índices de produtividade, inclusive superiores aos períodos anteriores ao isolamento social.

A partir da análise dos dados apresentados pelas pesquisas da SEPLAG/TJCE é possível concluir que a modalidade remota de trabalho pode ser considerada mais vantajosa que a presencial, logicamente para aqueles ofícios que podem e devem ser realizados à distância, dado o aumento na produtividade dos expedientes realizados pelos servidores.

Sendo assim, restou claro que a adoção do trabalho remoto, mesmo que de forma abrupta e sem planejamento prévio, como aqui analisado, trouxe inúmeros benefícios às partes envolvidas. Apesar das dificuldades dos gestores em se adaptarem a essa nova forma de coordenar e gerir seus colaboradores, acredita-se que com o tempo as relações serão mais vantajosas para as partes, afinal a flexibilidade do trabalho remoto reduz gastos com estrutura, manutenção, energia, água etc., segundo o tribunal; e do ponto de vista do servidor, com deslocamento e vestimentas (dada a formalidade do Poder Judiciário), gerando, assim, mais tempo para atividades recreativas e pessoais (PINTO, 2013, p. 5).

Como é sabido, mesmo diante da informatização dos procedimentos, a mão de obra humana é indispensável para a atividade jurisdicional, assim o Judiciário se preocupa, não só com a qualidade de seus serviços, mas com o bem-estar de seus colaboradores, ao passo que oferece condições adequadas de trabalho e suporte técnico para a realização das funções de forma eficiente, enxergando para além de meros resultados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão das novas tecnologias e, consequentemente, do trabalho remoto, ao universo laboral, não foi uma escolha do trabalhador, mas imposição do mercado capitalista global em busca da maximização de seus lucros. Há muito se pratica o teletrabalho na seara privada, mesmo antes da regulamentação legal, que só aconteceu com a Lei n. 12.551/2011, que equiparou os direitos entre os trabalhadores remotos aos demais trabalhadores.

No Judiciário, foi a partir da publicação da Lei n. 11.419/2006, que a informatização do processo judicial passou a impactar números. Essa transição do processo em meio físico para o virtual foi uma das principais políticas do CNJ, que por sua vez, editou a Resolução n. 227/2016, a fim de uniformizar o exercício a atividade remota no âmbito do Poder Judiciário e orientar de que forma os tribunais deveriam agir.

No TJCE, a instituição do teletrabalho deu-se, inicialmente, em forma de projeto-piloto, mediante Portaria n. 224/2018, da Presidência, e com o decorrer do tempo, permaneceu em estado de testes, até que o contexto da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus (COVID-19) passou a ser a regra e alcançou decretos de isolamento social no Estado do Ceará reverberando no modo de funcionamento do tribunal e do trabalho dos servidores e magistrados.

O TJCE editou as Portarias n. 497/2020 e n. 270/2020, que impuseram o teletrabalho para servidores, estagiários e magistrados, e, de acordo com a análise dos dados apresentados pelas pesquisas semanais da SEPLAG, no início da quarentena,

de 30/03/2020 a 05/04/2020, foram realizadas 321.637 movimentações de processos. Até 05/04/2020, foram realizados 12.493 julgamentos e 15.622 decisões, ao passo que, nas semanas anteriores, de 09/03/2020 a 15/03/2020, os índices foram de 11.151 e 11.764, o que demonstra aumentos de 12% e 32%, respectivamente, a partir do teletrabalho, que superou os índices de semanas anteriores. De acordo com dados mais recentes, computados até 23/06/2020, foram realizados 128.245 julgamentos e 162.233 decisões, além de 140.937 baixas processuais no 1º e 2º Graus, na Capital e no Interior.

Conclui-se, a partir da pesquisa realizada, que a modalidade remota de trabalho pode ser considerada mais vantajosa que a presencial, pois se mostrou eficiente do ponto de vista dos resultados alcançados, dando mais celeridade aos procedimentos judiciais. Apesar das dificuldades iniciais, a longo prazo haverá uma considerável redução nos gastos corriqueiros tanto do tribunal quanto do próprio servidor, pois quando se prioriza a qualidade de vida em detrimento de obsessiva necessidade de atingir metas, observa-se um investimento em capital humano, ainda o maior propulsor do alcance de bons resultados no Judiciário. Ademais, de forma reflexa e não menos importante, trará benefícios ao meio ambiente, diante das desnecessidades de emissão de poluentes pelo deslocamento dos profissionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988. Brasília, DF, Disponível em: <https://bit.ly/3gniUwo>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: Altera dispositivos dos

arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, ed. 243, p.2, 20 dez. 2006b. Seção 1. Disponível em: <https://bit.ly/3eYxk5T>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.551**, de 11 de dezembro de 2011. Altera o artigo 6 da Consolidação das Leis do trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados a exercida por meios pessoais e diretos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, ed. 241, p.3. Seção 1. Disponível em: <https://bit.ly/38o4V6C>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF. Disponível em: <https://bit.ly/2Brttjm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.979/20**, de 06 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 República Federativa do Brasil, Brasília, DF, ed. 27, p.1. Seção 1. Disponível em: <https://bit.ly/3gtmZir>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CEARÁ (Estado). **Decreto n. 33.519**, de 19 de março de 2020. INTENSIFICA AS MEDIDAS PARA ENFRENTAMENTO DA INFECÇÃO HUMANA PELO

NOVO CORONAVÍRUS. Fortaleza, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 19 mar. 2020. n. 56, Seção 3, p. 1-2. Disponível em: <https://bit.ly/3eYxx9b>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CEARÁ (Estado). **Decreto n. 33.530**, de 28 de março de 2020. PRORROGA AS MEDIDAS ADOTADAS NO DECRETO N. 30.519, DE 19 DE MARÇO DE 2019, E ALTERAÇÕES POSTERIORES, AS QUAIS CONTINUAM NECESSÁRIAS PARA O ENFRENTAMENTO DO AVANÇO DO NOVO CORONAVÍRUS NO ESTADO DO CEARÁ. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 28 mar. 2020. n. 56, p. 1-1. Disponível em: <https://bit.ly/3imiKqO>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CEARÁ. **Decreto n. 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. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 05 abr. 2020. n. 69, Seção 3, p. 1-1. Disponível em: <https://bit.ly/2VJLUXi>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CEARÁ. **Decreto n. 33.544**, de 19 de abril de 2020. PRORROGA, EM ÂMBITO ESTADUAL, AS MEDIDAS NECESSÁRIAS AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 19 abr. 2020. n. 79, Seção 3, p. 1-1. Disponível em: <https://bit.ly/2ZCvYXU>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CEARÁ. **Decreto n. 33.575**, de 05 de maio de 2020. PRORROGA, EM ÂMBITO ESTADUAL, AS MEDIDAS RESTRITIVAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 05 maio 2020. n. 94, Seção 3, p. 1-1. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2020/05/DECRETO-N%C2%BA33.575-de-05-de-maio-de-2020.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CEARÁ. **Decreto n. 33.595**, de 20 de maio de 2020. PRORROGA, EM ÂMBITO ESTADUAL, AS MEDIDAS RESTRITIVAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 20 maio 2020. n. 102, Seção 3, p. 5. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2020/05/DECRETO-N%C2%BA33.595-de-20-de-maio-de-2020.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CEARÁ. **Decreto n. 33.608**, de 30 de maio de 2020. PRORROGA O ISOLAMENTO SOCIAL NO ESTADO DO CEARÁ, NA FORMA DO DECRETO N. 33.519, DE 19 DE MARÇO DE 2020, E INSTITUI A REGIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE ISOLAMENTO SOCIAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 30 maio 2020. n. 110, Seção 3, p. 1-10. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2020/06/Sem-ti%CC%81tulo.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CEARÁ. **Decreto n. 33.617**, de 06 de junho de 2020. PRORROGA O ISOLAMENTO SOCIAL NO ESTADO DO CEARÁ, RENOVA A POLÍTICA DE REGIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE ISOLAMENTO SOCIAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 06 jun. 2020. n. 116, Seção 3, p. 1-10. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2020/06/do20200606p01.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CEARÁ. **Decreto n. 33.627**, de 13 de junho de 2020. PRORROGA O ISOLAMENTO SOCIAL NO ESTADO DO CEARÁ, RENOVA A POLÍTICA DE REGIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE ISOLAMENTO SOCIAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 13 jun. 2020. n. 122, Seção 3, p. 1-3. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2020/06/DECRETO-N%C2%BA33.627-de-13-de-junho-de-2020.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CEARÁ. **Decreto n. 33.631**, de 20 de junho de 2020. PRORROGA O ISOLAMENTO SOCIAL NO ESTADO DO CEARÁ, RENOVA A POLÍTICA DE REGIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE ISOLAMENTO SOCIAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. FORTALEZA, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 20 jun. 2020. n. 128, Seção 3, p. 1-13. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2020/06/do20200620p01.pdf-1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/31LPV19>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dVao6g>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 62**, de 16 de março de 2020. Brasília: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3dYc9j9>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 185**, de 18 de dezembro de 2013. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3iDdYWe>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 227**, de 15 de junho de 2016. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/31Gkcyj>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 313**, de 19 de março de 2020. Brasília: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/2Bu6Tqi>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 314**, de 20 de abril de 2020. Brasília: CNJ, 2020c. Disponível em: <https://bit.ly/2YWVpEw>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CRUZ, Oswaldo Gonçalves *et al.* *Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. Perspectivas. Cad. Saúde Pública* v. 36, n. 3, p. 1-5, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YVxMMr>. Acesso em: 17 abr. 2020.

FILARDI, Fernando; CASTRO, Rachel Mercedes P. de; ZANINI, Marco Tulio Fundão. *Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal. In: Cadernos EBAPE. BR*, v. 18, n. 1, p. 28-46, Rio de Janeiro, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/cebape/v18n1/en_1679-3951-cebape-18-01-28.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

FREIRE, G. M. C. A.; OLIVEIRA, T. M. *A virtualização do processo e a efetividade da prestação jurisdicional: Análise quantitativa dos conflitos de consumo. In: Congresso Ibero Americano*, 2012, Brasília. *Revista democracia digital*, v. 7. p. 48-74, 2012.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. **Convention n. 177**, de 20-06-1996. Disponível em: <https://bit.ly/2VE2dnK>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho** – fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2000.

MASSI, Juliana Machado; DISSENHA, Leila Andressa. *Direito de desconexão: aspectos econômicos e sociais do teletrabalho na sociedade contemporânea. In: CONPEDI-XXI Congresso de pós-graduação em Direito*, Niterói-RJ. CONPEDI, 2012, v.7. p. 170-192. Disponível em: <https://bit.ly/2YULOy4>. Acesso em: 23 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Organização Internacional do Trabalho** (OIT), de 1919. Disponível em: <https://bit.ly/3dY0b8X>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2xJ8SoH>. Acesso em: 17 abr. 2020.

PINTO, Artur Emílio de Carvalho. *Da possibilidade de adoção do teletrabalho pelo Poder Judiciário*. In: **Revista Themis**, v. 11, p. 51-74, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação do processo no STF**. 30 de maio de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3dTSfpr>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Resolução n. 677**, de 29 de abril de 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao677.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE CEARÁ – TJCE. **Núcleo de Produtividade Remota agiliza o julgamento de 45.808 processos em 2019**. 2019-a. Disponível em: <https://bit.ly/3eT1RSx>. Acesso em: 18 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ – TJCE. **Pasta de servidores que aderiram ao teletrabalho** – Secretaria de Gestão de Pessoas. Dezembro de 2019-b. Disponível em: <https://bit.ly/3irksaz>. Acesso em: 17 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ – TJCE. **TeleTrabalho no TJCE supera em até 32% índices de produtividade antes da quarentena**. 2020-a. Disponível em: <https://bit.ly/2D8TqVd>. Acesso em: 18 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ – TJCE. **TJCE realiza 776 mil movimentações processuais nas três primeiras semanas de TeleTrabalho**. 2020-b. Disponível em: <https://bit.ly/3gv4H0B>. Acesso em: 18 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ – TJCE. **TJCE produz 4,2 milhões de movimentações processuais em três meses de TeleTrabalho, com média de 1.378 julgamentos por dia**. 2020-c. Disponível em: <https://bit.ly/3eXrb9T>. Acesso em: 03. jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **Portaria n. 224**, de 21 de fevereiro de 2018. Ceará: TJCE, 2018. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2018/11/Portaria-224-2018-Presidencia-TJCE.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **Portaria n. 270**, de 23 de março de 2020. Ceará: TJCE, 2020d. Disponível em: <https://bit.ly/2VLTfp8>. Acesso em: 15 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **Portaria n. 497**, de 31 de maio de 2020. Ceará: TJCE, 2020e. Disponível em: <https://bit.ly/3dUCY7D>. Acesso em: 15 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **Portaria n. 648**, de 15 de maio de 2020. Ceará: TJCE, 2020f. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/diario-1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **Portaria n. 825**, de 30 de junho de 2020. Ceará: TJCE, 2020f. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/port825-2020.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **Portaria n. 514**, de 21 de março de 2020g. Ceará: TJCE, 2020g. Disponível em: <https://bit.ly/3gqc60Z>. Acesso em: 15 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **Resolução n. 02**, de 29 de janeiro de 2019. Ceará: TJCE, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/38sGPHO>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SUBMETIDO: 03/07/2020

APROVADO: 20/10/2020

**POR QUE OBEDECER A LEIS INJUSTAS?
UM ESTUDO SOBRE A OBEDIÊNCIA
EM THOMAS HOBBS E JOHN RAWLS**

***WHY OBEY UNJUST LAWS?
A STUDY ON OBEDIENCE IN
THOMAS HOBBS AND JOHN RAWLS***

José de Anchieta Silveira

Mestre em Administração de Empresas pela Universidade Estadual do Ceará (Uece). Especialista em Economia para Jornalistas (Caen/UFC), Filosofia (Estácio) e Ciência Política (Unicesumar). Graduado em Comunicação Social pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Jornalista, Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) e professor formador da Esmec.

E-mail: jdas2311@yahoo.com.br

Resumo

Este artigo vai tecer considerações sobre o que leva os cidadãos a obedecerem a leis injustas, a partir dos argumentos teóricos dos filósofos políticos Thomas Hobbes e John Rawls. No sentido de propiciar um entendimento mais amplo sobre a temática, serão feitas discussões sobre o Estado hobbesiano, leis naturais e leis civis, o pacto entre súditos e soberanos, a obrigação de obedecer a leis justas, em que consiste a injustiça de uma lei e quando a desobediência civil se faz legitimar. O trabalho constou de uma pesquisa bibliográfica, a partir da qual procurou-se utilizar o método de análise comparativa entre pontos de vista de filósofos políticos. Concluiu-se que se uma lei advém da concordância entre soberano e comandados, através de um pacto social, ela deve ser obedecida, mesmo que alguns a considerem injusta, afinal ela foi consensuada. No entanto, se o Estado violar o pacto com leis não acordadas, os cidadãos estarão desobrigados de acatar tais determinações.

Palavras-chave: Leis. Injustiça. Obediência. Obrigação. Estado absoluto.

Abstract

This article will make considerations about what lead citizens to obey unjust laws, from the theoretical arguments of political philosophers Thomas Hobbes and John Rawls. In order to foster a broader understanding of the subject, discussions will be held on the hobbesian state, natural laws and civil laws, the pact between subjects and sovereigns, the obligation to obey just laws, which consists of the injustice of a law and when civil disobedience becomes legitimate. The paper consisted of a bibliographic research, from which it was tried to use the method of comparative analysis between points of view of political philosophers. It was concluded that if a law comes from the agreement between sovereign and commanded, through a social pact, it must be obeyed, even if some consider it unjust, after all it was agreed. However, if the State violates the pact with laws not agreed upon, citizens will be released from compliance with such determinations.

Keywords: *Laws. Injustice. Obedience. Obligation. Absolutist State.*

1 INTRODUÇÃO

Leis foram feitas para serem cumpridas. Mas será que o cidadão tem a obrigação de cumprir uma lei injusta? E em que se constitui a injustiça de uma lei (sim, por que o que é injusto para uns pode não ser para outros)? E quando é legítimo desobedecer a uma lei?

Tais indagações já fizeram – e ainda fazem – parte das preocupações teóricas de muitos intelectuais (filósofos políticos, sociólogos, juristas etc.), assim como foram discutidas em inúmeras produções acadêmicas.

Por ser um tema importante e controverso, o presente artigo pretende dar uma contribuição para as discussões em torno do assunto, tomando como referência dois importantes filósofos políticos, que pontificaram em duas diferentes épocas: Thomas Hobbes (1588-1679), que desenvolveu suas teses sobre o contratualismo na idade moderna; e John Rawls (1921-2002), com suas teorias sobre Justiça e Política, já na era contemporânea.

O artigo vai buscar explicar em que contexto Hobbes desenvolve sua teoria sobre contrato social e Estado absoluto, diferenciar leis naturais e civis e explicar por que os súditos tinham uma obrigação quase sagrada de obedecer às leis justas (todas deviam ser) e ao soberano. Em seguida passa-se a uma discussão sobre as leis injustas e a obrigação que os cidadãos têm de respeitar tais normas. Nesse tocante, serão expostos os pontos de vista de Hobbes e Rawls. Além destes, outros dois expoentes da filosofia política, Norberto Bobbio e Leo Strauss, também enriquecerão o trabalho, com comentários sobre os estudos dos autores referenciados.

O artigo está dividido em três tópicos. No primeiro será mostrado em que contexto Hobbes erigiu sua teoria sobre contrato e Estado absoluto, destacando a necessidade de os homens pactuarem com o soberano a criação de uma sociedade regulada por leis civis (em oposição ao fraticida estado de natureza), na qual estariam garantidas a segurança e sobrevivência dos cidadãos.

No tópico segundo, serão comentadas as distinções que Hobbes faz entre lei natural e lei civil, como também os pontos de convergência entre tais normas, e tecidas considerações sobre o papel regulador do Estado e as obrigações do soberano.

Por fim, no tópico terceiro discute-se o problema central do artigo, no caso o que leva os cidadãos a obedecerem a leis injustas. Nesse ponto, além de Hobbes são apresentadas as considerações de Rawls. Serão discutidas questões como: obrigações para com o Estado, punições, em que consiste a injustiça de uma lei e comentários sobre quando se deve desobedecer a uma lei iníqua.

2 O ESTADO HOBBSIANO: A SUJEIÇÃO DO CIDADÃO AO SOBERANO EM NOME DA PAZ SOCIAL

No estado de natureza a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta.
(Thomas Hobbes, 2003, p. 89)

Neste tópico inicial, faz-se necessário dar uma visão geral sobre o Estado hobbesiano. Entender o que leva os homens a abdicarem de seu estado natural,

de plena liberdade, para se sujeitarem a um soberano, que terá plenos poderes sobre os cidadãos.

Hobbes tem uma visão pessimista do homem. Ele acredita que, em seu estado de natureza, os homens não se respeitam, digladiam-se, lutam pela sobrevivência, num cada-um-por-si no qual só os mais fortes saem vitoriosos.

Como explica Leo Strauss (2016, p. 51), a guerra de todos contra todos tem origem na necessidade da própria natureza humana: “Todo homem é, por essa mesma razão, o inimigo de todo outro homem porque cada qual deseja superar todos os demais e, por isso, ofende todos os outros”.

Nesse ambiente de competição irracional, não há como garantir a sobrevivência, a propriedade, a glória. Isso porque o homem é movido por desejos. Está no mundo para garantir suas satisfações. Não se contentam em apenas alcançar o que desejou, mas querem cada vez mais. O homem vai estar sempre em busca de satisfazer os seus desejos. E que desejos são esses?

Hobbes (2003, p. 72) fala num primeiro momento do desejo de poder, mas depois surgem outros: “E depois disto feito surge um novo desejo, em alguns, de fama por uma nova conquista, em outros, de conforto e prazeres sensuais, e em outros de admiração, de serem elogiados pela excelência em alguma arte, ou outra qualidade do espírito”.

Inevitavelmente, o desejo por estas coisas leva os homens a competirem entre si, levando os mais fortes à vitória, e os fracos à derrota, que pode significar até mesmo a morte. Hobbes (2002, p. 29) vai dizer que, no estado de natureza, “todos os homens têm desejo e vontade de ferir”. E essa vontade de ferir, em um indivíduo, “vem da vã glória, e da falsa avaliação que ele efetua de sua própria força”, e no outro “provém da necessidade de se defender, bem como à sua liberdade e bens, da violência daquele”.

Reforçando seu comentário sobre o ambiente de irracionalidade que reinava no estado de natureza, Hobbes (2002, p. 32) vai afirmar que “antes que os homens se comprometessem por meio de convenções ou obrigações, era lícito cada um fazer o que quisesse, [...] e portanto possuir, usar e desfrutar tudo o que quisesse ou pudesse obter”.

Para não se autodestruírem os homens deveriam preferir renunciar à vida que levavam no estado de natureza, e entregar seu destino a um soberano, que iria lhes garantir segurança e preservação da vida, mediante um contrato social.

Essa garantia de segurança é observada por Bobbio (1991, p. 91), em seu livro sobre Hobbes: *“La razón de que los hombres hayan otorgado tanto poder a otro hombre (o a una persona civil) es la necesidad de seguridad”*.

Em nome dessa garantia do Estado, através do pacto firmado com o soberano, os homens passam a obedecer aos ditames do rei, sobretudo suas leis. Esse poder absoluto do Estado, de garantir a equidade entre os homens, é também destacado por Bobbio (2002, p. 108), em sua obra Teoria das Formas de Governo: *“Só o Estado pode garantir, com sua força, superior à força conjunta de todos os indivíduos, que o que é meu me pertença exclusivamente, assegurando assim o sistema de propriedade individual”*.

Dessa forma, ainda segundo Bobbio (2002, p. 111): *“o Estado surge de um pacto que os indivíduos assumem entre si, com o propósito de alcançar a segurança da sua vida pela sujeição comum a um único poder”*.

Explicando melhor essa abdicação do homem de sua liberdade, presente no estado de natureza, para se sujeitar a um soberano, num estado absoluto, Bobbio vai dizer que todos os homens devem renunciar ao poder e colocá-lo na mão do soberano. Isso é a razão de ser do estado hobbesiano: renunciar à liberdade individual em prol da segurança e da sobrevivência, que será garantida pelo rei.

El acuerdo fundador del estado tiene como objetivo constituir un poder común. La única manera de constituir un poder común es que todos consientan en renunciar al propio poder y en transferirlo a una sola persona (sea ésta una persona física o una persona jurídica, como por ejemplo una asamblea), que de ahí en adelante tendrá tanto poder como sea necesario para impedirle al individuo que ejercite su propio poder con daño para los demás. [...] Para constituir un poder común es necesario, pues, que todos acuerden atribuir a una sola persona todos sus bienes, es decir, el derecho sobre todas las cosas, y tanta fuerza como sea necesaria como para poder resistirse contra cualquiera que se atreva a violar el acuerdo. La obligación fundamental que los

individuos contraen sobre la base de este acuerdo es la característica del pac- lum subiectionis, es decir, la obligación de obedecer todo aquello que ordene el detentador del poder. (BOBBIO, 1991, p. 76)

Uma vez justificada a necessidade do Estado, controlando a vida dos cidadãos, surge em decorrências desse acordo a necessidade de leis civis, já que antes existiam apenas as leis naturais. Essa distinção entre as leis e a estruturação do Estado hobbesiano serão os assuntos a serem abordados no próximo capítulo.

3 LEI NATURAL, LEI CIVIL E O DEVER DO SOBERANO

Lei é a ordem daquela pessoa - seja um indivíduo, seja uma assembleia - cujo preceito contém em si a causa da obediência.
(Thomas Hobbes, 2002, p. 215)

3.1 As Leis da Natureza

Para que se possa tratar dos motivos que levam os homens a obedecerem às leis, sejam justas ou injustas, faz-se necessário antes estudar os tipos de leis abordados por Hobbes, assim como o que pensam alguns dos comentadores deste autor.

Em sua obra *Do Cidadão*, Hobbes explica que as leis se dividem em divinas e humanas. As divinas podem ser naturais (emanadas de Deus e que chegam aos homens pela palavra eterna, ou seja, através da razão natural. Podem ser lei dos homens e lei das cidades) ou positivas (aquelas que Deus revelou aos homens através dos profetas, também chamadas de leis civis divinas).

Já as leis humanas são chamadas civis, e podem se dividir, no tocante ao assunto de que tratam, em sagradas (referem-se à religião, cerimônias e culto a Deus) ou seculares/ laicas (o Estado é imparcial em relação à religião. Elabora e executa leis destinadas à boa convivência entre religiões e à paz social).

Hobbes explica que as leis naturais, na verdade, não são leis como comumente entendemos. São emanações de Deus aceitas pelos homens como

mandamentos (a exemplo do decálogo de Moisés, ou “tábuas da lei”) e, portanto, “leis divinas” que devem ser observadas.

Este autor considera que leis da natureza e leis civis estão contidas uma na outra, sendo idênticas na sua extensão,

Porque as leis de natureza, que consistem na equidade (*sic*), na justiça, na gratidão e outras virtudes morais destas dependentes, na condição de simples natureza [...] não são propriamente leis, mas qualidades que predispõem os homens para a paz e a obediência. Só depois de instituído o Estado elas efetivamente se tornam leis, nunca antes, pois passam então a ser ordens do Estado, portanto também leis civis, pois é o poder soberano que obriga os homens a obedecer-lhes. (HOBBS, 2003, p. 173)

Hobbes observa que tais leis, por serem de caráter interno, os homens não estão obrigados a cumprir. São da natureza, de foro íntimo, e os que não cumprem acabam passando por cima dos que cumprem. Daí surge a necessidade do Estado regulador, que imponha leis que devem ser cumpridas por todos.

As leis de natureza obrigam apenas no tribunal de consciência. Mas – como, em sua maior parte, os homens, ainda que eventualmente reconheçam tais leis, devido a seu perverso desejo de vantagens imediatas, são totalmente inaptos para observá-las –, se porventura alguns, mais humildes que os demais, viessem a exercer aquela equidade (*sic*) e disposição de se mostrarem úteis que a razão ordena, certamente não estarão sendo racionais adotando uma tal atitude caso os outros não se portem da mesma forma. Aliás, assim não conseguirão paz para si mesmos, mas uma certíssima e pronta destruição, e, portanto, quem cumprir a lei se tornará presa fácil de quem a viola. Por conseguinte, não se deve imaginar que a natureza (ou seja, a razão) obrigue os homens no estado de natureza a observar todas aquelas leis, se outros não as respeitarem. (HOBBS, 2002, p. 70)

Comentando essa visão do autor do *Leviatã*, Bobbio (2002, p. 107) pontua que, em relação às leis naturais e divinas, Hobbes não nega que elas existam, mas considera que não se tratam de leis com a força imperativa das normas positivas,

uma vez que “não são aplicadas com a força de um poder comum; por isso não são externamente obrigatórias, mas só interiormente - isto é, no nível da consciência”.

Bobbio vai também dizer que as leis do estado natural não são respeitadas por que os homens não se veem obrigados a segui-las. Se não cumprem, não há quem os obrigue a cumprir. Isso só é possível no estado civil, que vai estabelecer direitos e deveres, além de punições, para quem não cumprir seus ditames:

El estado de naturaleza es aquel estado en el que las leyes naturales existen, es decir, que son válidas, pero no son eficaces; o, dicho de forma más simple, es aquel estado en el que sería el colmo de la imprudencia seguir las reglas de la prudencia. La razón le prescribe al hombre que busque la paz. Pero para conseguir la paz es necesario que las reglas que tienen previstas las diversas acciones que llevan a este fin sean respetadas por todos, o al menos por la mayoría. Lo que no se da en el estado de naturaleza por una razón fundamental: si alguien viola una de estas leyes, no hay nadie que tenga la fuerza suficiente como para obligarle a respetarla. De lo que se sigue que el único camino para hacer eficaces las leyes naturales, es decir, para hacer que los hombres actúen según la razón y no según la pasión, es la institución de un poder tan irresistible que convierta en desventajosa cualquier acción contraria. Este poder irresistible es el estado. Para conseguir el bien supremo de la paz hay, pues, que salir del estado de naturaleza y constituir la sociedad civil. (BOBBIO, 1991, p. 74)

Hobbes conclui que não basta a lei natural para garantir a paz, é preciso a lei civil, o contrato, o Estado. Também

[...] não basta um homem compreender corretamente as leis naturais para que, só por isso, tenhamos garantida a sua obediência a elas; e por isso, enquanto não houver garantia contra a agressão cometida por outros homens, cada qual conserva seu direito primitivo à autodefesa por todos os meios que ele puder ou quiser utilizar, isto é, um direito a todas as coisas, ou direito de guerra. (HOBBS, 2002, p. 91)

Dessa forma, não havia como garantir a propriedade privada, um conceito caro a John Locke, a não ser pela força. Sem ter um poder superior, legitimado e consensual, que lhe garantisse a posse daquele imóvel, o indivíduo viveria num

estado permanente de vigilância e incertezas, portanto bem distante da tão ansiada paz social.

3.2 As Leis Civas

A lei civil vai surgir então da necessidade do homem de ver seus direitos respeitados pelos seus semelhantes. Sob a espada do soberano, os cidadãos terão que se comportar conforme as leis civis, ou sofrerão penalidades. Mas as leis puramente naturais não serão suprimidas. Vão continuar sendo o território de cada um por si, ou dos ditames da consciência. No entanto, elas estarão restritas a certos aspectos da vida cotidiana. As civis é que de fato regularão a cidade.

É a confiança no poder de mando soberano, chefe supremo das forças militares e garantidor da paz social, que leva o homem a aderir ao Estado civil hobbesiano, que Leo Strauss chama de “Estado artificial”. Ele o distingue do estado de natureza.

O motivo que conduz ao Estado natural é o medo; por outro lado, o motivo que conduz ao estado artificial é a esperança ou a confiança. O estado artificial que repousa sobre a esperança ou confiança (no soberano) é oposto ao Estado natural que é baseado no medo. (STRAUSS, 2016, p. 112)

A lei civil para Hobbes (2003, p. 172) tem um caráter geral e todos os homens têm a obrigação de respeitar, “por serem membros de um Estado”. E essa lei é uma ordem. O cidadão é obrigado a obedecer a essa lei, oriunda do soberano ou da pessoa que ordena (*persona civitatis*), pois isso já está implícito no contrato social firmado anteriormente.

Segundo Hobbes (2003, p. 174), a liberdade natural do homem é limitada pela lei civil, uma vez que “a finalidade das leis não é outra senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz”. Aduz ainda o autor que a lei surge “para limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros, e em vez disso se ajudem e unam contra o inimigo comum”.

Bobbio e Bovero analisam, na obra *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, a distinção entre o estado de natureza (onde impera o direito privado-natural, e os homens não são livres de fato) e o estado social (calcado no direito público-positivo, o reino perfeito do direito, onde aí sim impera a liberdade real do indivíduo).

Para estes pensadores, a criação do Estado como instância reguladora entre os homens, que se dá na passagem da “liberdade selvagem do estado de natureza” para a “liberdade refreada da sociedade civil”, é fruto da evolução racional do ser humano. O Estado vai nascer, portanto, calcado nessa racionalidade, e a elaboração de leis será sua função primordial:

O ato específico através do qual se explicita a racionalidade do Estado é a lei, entendida como norma geral e abstrata, produzida por uma vontade racional, tal como o é, precisamente, a do Estado-razão. [...] Enquanto produto de uma vontade racional, a lei se distingue dos costumes, dos hábitos, dos usos herdados, das normas a que deu vida a mera força da tradição. O que caracteriza o Estado é precisamente o poder exclusivo de fazer leis: Hobbes [...] não admite outro direito além daquele que decorre da vontade do soberano. (BOBBIO & BOVERO, 1996, p. 92)

O trecho acima deixa clara a visão hobbesiana de que a razão provém do Estado absoluto, cabendo ao povo aceitar os ditames dos soberanos. A racionalidade não seria, portanto, algo que estivesse ao alcance dos comandados, pelo menos em termos legiferantes.

3.3 O Estado e as Obrigações do Soberano

Não basta que os homens estejam de acordo ou formulem consenso, a fim de garantir a paz, num estado em que imperam apenas as leis naturais. Isso (a paz) não vai acontecer por quer o homem busca glórias, sobrevivência, propriedades etc. E quando não alcança seus objetivos, ou quando outros querem impor sua força, aí começa de novo a guerra de todos contra todos. Hobbes sustenta que isso

só se resolve pelo império das leis civis, no qual se coloca tudo nas mãos de um soberano ou de um conselho:

Mas isso não se pode fazer, a menos que cada um de tal modo submeta sua vontade a algum outro (seja este um só ou um conselho) que tudo o que for vontade deste, naquelas coisas que são necessárias para a paz comum, seja havido como sendo vontade de todos em geral, e de cada um em particular. Essa submissão das vontades de todos à de um homem ou conselho se produz quando cada um deles se obriga, por contrato, ante cada um dos demais, a não resistir à vontade do indivíduo (ou conselho) a quem se submeteu; isto é, a não lhe recusar o uso de sua riqueza e força contra quaisquer outros (pois supõe-se que ainda conserve um direito a defender-se contra a violência); e isso se chama união. E entendemos que a vontade do conselho é a vontade da maior parte dos membros do conselho. (2002, p. 96)

Dessa forma, todos os cidadãos vão transferir sua força e poder ao soberano ou a um conselho gestor da cidade, e “fazer isso [...] nada mais é que abrir mão de seu direito de resistência. E diz-se que todo cidadão, assim como toda pessoa civil subordinada, é súdito daquele que detém o comando supremo”. (HOBBS, 2002, p. 98)

Importante destacar que no contrato hobbesiano só o Estado pode fazer as leis, sendo o soberano o legislador único. E se os homens estão subordinados, pelo contrato, ao soberano devem obedecer a suas leis, que devem ser justas e verdadeiras.

Para Hobbes (2002, p. 198), o maior dever dos governantes (considerada a “lei suprema” pelo autor) é garantir a segurança do povo. O soberano deve fazer o que dita a razão e a lei natural/divina. Dessa forma, “todo aquele que, numa posição de autoridade, agir contra as razões da paz - ou seja, contra as leis de natureza - estará usando seu poder para um fim que não é o da segurança do povo”.

As leis devem ser claras e publicadas para serem obedecidas, conforme sustenta Hobbes (2002, p. 69): “As leis, se não forem conhecidas, não obrigam - mais ainda, nem sequer são leis”. E mesmo que não venha a tomar conhecimento

da lei publicada e divulgada, o homem não estará imune caso cometa alguma transgressão: “Todos os homens têm a obrigação de fazer todos os esforços para se informarem de todas as leis escritas que possam ter relação com suas ações futuras”. (HOBBS, 2003, p. 178)

Ainda segundo Hobbes (2002, p. 199), o governante deve cuidar da segurança de seus cidadãos por meio de leis universais, que devem ser salutares, conduzirem ao bem estar da população da forma mais duradoura possível, “de modo que ninguém sofra males, se não for por culpa própria, ou por algum acaso que não pudesse ser prevenido. Contudo, às vezes é necessário, para a segurança da maioria, que os perversos sofram”.

No capítulo seguinte será tratado o dever de obediência às leis e instituições, sejam boas ou más (injustas), tanto na visão de Hobbes como na de John Rawls.

4. O DEVER DE OBEDECER ÀS LEIS

*Todas as obrigações se originam do
princípio da equidade.*
(John Rawls, 2000, p. 120)

4.1 A Obrigação Quando as Leis são Justas

No contrato firmado com o soberano, o homem deve acatar a decisão da maioria e não poderá recusar ou protestar contra decretos e leis, sob pena de cometer injúria, de agir contrário ao pacto. Para Hobbes, na media em que houve o acerto com o soberano, os cidadãos devem se submeter a todas as leis ou decretos, ou do contrário terá que voltar ao estado de natureza, à condição de guerra entre todos na qual se encontrava, podendo ser morto pelos semelhantes.

Dessa forma, Hobbes vai defender que, no Estado absoluto, o que o soberano determinar deve ser acatado. As leis que ele, ou um conselho, venha a impor aos cidadãos devem ser seguidas sem restrições, pois são justas e consensuadas.

Cada indivíduo é autor de tudo quanto o soberano fizer, por consequência (*sic*)aquele que se queixar de uma injúria feita por seu soberano estar-se-á queixando daquilo de que ele próprio é autor, portanto não deve acusar ninguém a não ser a si próprio; e não pode acusar-se a si próprio de injúria, pois causar injúria a si próprio é impossível. É certo que os detentores do poder soberano podem cometer iniquidade (*sic*), mas não podem cometer injustiça nem injúria em sentido próprio. (HOBBS, 2003, p. 120)

A esse respeito, Bobbio e Bovero (1996, p. 81) entendem que Hobbes – por considerar a anarquia o pior dos males, “um mal que provém da conduta irrefreada dos indivíduos” – defendia o poder irresistível do príncipe e, diante dele, o súdito tinha “unicamente o dever de obedecer”. E essa obediência deve ser incondicional. Deve obedecer às leis “mesmo quando aquelas a quem são dirigidas as consideram como iníquas”.

Pode-se aferir que a lei no estado civil, assim como as leis naturais e divinas, são justas e devem ser obedecidas até por um imperativo próprio de sua natureza (vêm de Deus e devem ser acatadas de forma incondicional), independente e terem sido acordadas com o soberano, de terem sido acolhidas pela maioria dos homens ou por que são fundamentais para a sustentação do Estado. Esse caráter impositivo da lei em si é destacado por Strauss (2016, pp. 62-63) quando diz que “o homem justo é aquele que cumpre a lei porque **é a lei**, e não por medo do castigo ou em nome da reputação” (grifo nosso); ou sustenta que “lei é obrigação. Mas a obrigação existe somente com base em um contrato entre homens livres e desobrigados”.

Mas não se pode negar que há também a obediência interessada. Hobbes (2002, p. 43) vai falar que, com o pacto firmado entre os cidadãos (que virarão súditos) e o rei (soberano absoluto), os primeiros vão transferir seus direitos aos segundos, que lhes garantirão a sobrevivência e outros benefícios futuros. Dessa forma, o homem dá sinal de que pretende cumprir o prometido (as leis) devido aos benefícios que vão receber. Com isso, “a liberdade de não cumprir se vê abolida; e por conseguinte são obrigatórias. Pois, onde cessa a liberdade, então começa a obrigação”.

Essa obrigação não é fruto apenas das leis civis: ela já está presente, com outras matizes, na lei natural. Ela determina que se cumpram os contratos firmados e que haja respeito e confiança entre as partes – embora, como foi visto, já que não há penalidades para quem desobedece, os homens não se veem obrigados a cumprir o acordado.

A lei de natureza manda todo homem transferir certos direitos a outrem, como condição necessária para alcançar a paz, e que todas as vezes que isso acontecer se terá firmado um contrato. Isto, porém, só conduzirá à paz na medida em que nós mesmos cumprirmos o que combinamos com os outros, quer se trate de fazer, quer de omitir determinada coisa; pois seria inutilíssimo firmar contratos, se não fosse para respeitá-los. Portanto, como obedecer às convenções que tratamos ou cumprir a palavra dada se mostra necessário para se alcançar a paz, temos aqui [...] um preceito da lei natural. (HOBBS, 2002, p. 53)

Nesse mesmo sentido, Hobbes (2003, pp. 176-177) diz que não há a obrigação de obedecer às leis genuinamente da natureza e as híbridas (aqui incluídas aquelas civis que não forem escritas/publicadas pelo soberano, ou servirem apenas a um grupo de homens), mas as leis exclusivamente civis (sejam escritas ou ditadas oralmente) devem ser obedecidas obrigatoriamente: “Com exceção da lei de natureza, faz parte da essência de todas as outras leis serem dadas a conhecer a todos os que são obrigados a obedecer-lhes, quer oralmente quer por escrito, ou mediante qualquer outro ato que se saiba proceder da autoridade soberana”.

4.2 O Caráter Subjetivo da Injustiça

Hobbes sustenta no *Leviatã* que o soberano deve fazer leis boas, e estas só são boas na medida em que forem justas. Essa lei atende a todo o povo sob a responsabilidade do soberano e, se beneficia a todos, ninguém pode dizer que seja injusta. Além disso, ela deve ser necessária.

Uma lei que não é necessária, não se dirigindo ao verdadeiro, objetivo de uma lei, não é boa. Pode conceber-se que uma lei seja boa quando

é para benefício do soberano, muito embora não seja necessária ao povo, mas não é assim. Pois o bem do soberano e do povo não podem ser separados. É um soberano fraco o que tem súditos fracos, e é um povo fraco aquele cujo soberano carece de poder para governá-lo à sua vontade. Leis desnecessárias não são boas leis, mas sim armadilhas para dinheiro, as quais são supérfluas quando o direito do soberano é reconhecido, e quando este não é reconhecido são insuficientes para defender o povo. (HOBBS, 2003, p. 221)

As dificuldades surgem quando, para os cidadãos, as leis impostas são consideradas injustas. O problema não vai ser saber quais são injustas, mas sobretudo para quem elas serão consideradas desse tipo.

Na proposta do Estado absoluto de Hobbes, um grande problema a ser enfrentado pelo soberano era, sem dúvida nenhuma, fazer com que as leis injustas fossem obedecidas sem reclamações ou recusas pelos súditos. Em seu livro sobre este autor, Bobbio vai destacar essa dificuldade:

La única limitación real de su propio poder podría encontrarla el soberano en la resistencia de los súbditos a obedecer una orden considerada injusta. Pero a partir del momento en que los súbditos se han obligado a obedecer todo aquello que el soberano mande, incluso esta limitación desaparece, y el poder soberano resulta verdaderamente ilimitado tanto con respecto a las leyes naturales como a los derechos de los súbditos, como se quería demostrar. (BOBBIO, 1991, p. 90)

Ao tempo de Hobbes, algumas leis impostas pelo reino poderiam suscitar nos cidadãos o desejo de não as cumprir por considerarem injustas. Geralmente tais ordenações diziam respeito à exploração física e econômica do súdito, ao mesmo tempo em que propiciava o enriquecimento cada vez crescente do soberano. Os que consideravam tais leis justas poderiam argumentar que elas decorrem do pacto, o qual foi aceito para a maioria dos cidadãos em nome da segurança e da sobrevivência, dentre outras justificativas. Outros poderiam rechaçar tais argumentos.

Algumas ordenações que poderiam ser consideradas injustas para alguns são citadas por Hobbes (2002, p. 209): “aumento da produtividade na lavoura e na

pesca, combate à indolência e incentivo ao trabalho árduo (na indústria, navegação, mecânica) e proibição de gastos desordenados (com comida, roupas etc.).”

Importante destacar que a obediência a tais leis civis consideradas “injustas” tem forte respaldo nas leis naturais ou divinas.

Considerando pois que nossa obrigação de respeitar tais leis antecede sua própria promulgação, estando incluída já na constituição da cidade (em virtude da lei natural que nos proíbe ele romper os pactos por nós firmados), a lei de natureza manda-nos observar todas as leis civis. Pois, quando estamos obrigados a obedecer antes mesmo de saber o que vão nos mandar, estamos totalmente obrigados a obedecer em todas as coisas. [...] Com efeito, embora a lei de natureza proíba o roubo, o adultério etc., se for porém a lei civil que nos mandar invadir alguma coisa, essa invasão não constituirá roubo, adultério, etc. (HOBBS, 2002, p. 223)

Como já foi comentado, o contrato feito entre povo e soberano é baseado na confiança mútua e no conhecimento das leis que, uma vez acordadas, deve o povo obedecê-las em nome do bem geral. Agora o fato de uma lei ser boa ou má tem um forte componente subjetivo. Para uns pode ser boa e para outros má, mas para a maioria é correta, pois foi determinada pelo pacto (de comum acordo). As pessoas aprovaram (a maioria) e devem obedecer, todos. É claro que uns vão achar injustas e dizer que o rei é tirano. Hobbes fala disso:

Os homens, ao atribuírem nomes, usualmente não significam apenas as coisas em si mesmas, mas também suas próprias afeições, tal como o amor, o ódio, a ira e ainda outras mais. Disso decorre que aquilo que um chama democracia, outro diz ser anarquia; o que um considera como aristocracia, outro avalia ser oligarquia; e aquele a quem um chama de rei, outro nomeia como tirano. De modo que, como vemos, esses nomes não assinalam distintas espécies de governo, mas sim as distintas opiniões pelos súditos em relação àquele que tem o poder supremo. (HOBBS, 2002, p. 120)

Na mesma linha de raciocínio, Bobbio (2002, p. 109) vai concordar que não há nenhum critério objetivo para definir o bom rei do tirano. “Os julgamentos

de valor — isto é, os julgamentos na base dos quais dizemos que uma coisa é boa ou má — são subjetivos, dependem da opinião”. Para este autor, “o que parece bom a uns a outros parecerá mau: isso acontece porque não há critério racional que permita diferenciar o bem do mal. Todos os critérios derivam da paixão, não da razão”.

4.3 Por Que Obedecer a Leis Injustas?

Para fazer um contraponto às posições hobbesianas em torno da obrigação de obedecer às leis, sejam justas ou injustas, será feito agora um estudo sobre a visão do filósofo político norte-americano John Rawls acerca do tema, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*.

Importante ressaltar que Rawls se debruça sobre contratualistas como Rousseau e Locke, mas não cita Hobbes em seu texto, apenas em duas notas remissivas. No entanto, muito de sua elaboração teórica tem afinidade com as concepções hobbesianas de direitos e deveres num Estado pactuado entre súditos e soberanos.

Rawls vai corroborar com a assertiva de Hobbes de que, se foi feito o pacto, os homens devem obedecer às leis impostas pelo soberano, uma vez que elas devem, *a priori*, ser justas e igualitárias.

Uma pessoa deve fazer a sua parte conforme definem as regras de uma instituição, quando duas condições são observadas: primeiro, que a instituição seja justa (ou equitativa), isto é, que ela satisfaça os dois princípios da justiça; e, segundo, que a pessoa tenha voluntariamente aceitado os benefícios da organização ou tenha aproveitado a vantagem das oportunidades que ela oferece para promover os seus interesses próprios. (RAWLS, 2000, p. 119)

No contrato de Hobbes, os homens passam a aceitar as ordens do governante porque considera justa a troca da perda da liberdade sem limites pela proteção, pela garantia da segurança e sobrevivência que o soberano vai dar.

Rawls vai dizer que se cada um (soberano e indivíduos) deu sua quota para a constituição do pacto (ou do Estado), todos devem cumprir sua parte. O soberano garantindo a proteção dos súditos e as pessoas obedecendo às leis (que em tese devem ser justas e equitativas) emanadas desse rei absoluto. Para o autor, o que se exige dos homens em decorrência do princípio da equidade é exatamente a obrigação de obedecer.

O princípio da equidade tem duas partes: a primeira, que afirma que as instituições ou práticas em questão devem ser justas; e a segunda, que caracteriza os atos voluntários exigidos. A primeira parte formula as condições necessárias para que esses atos voluntários tenham como resultado as obrigações. Pelo princípio da equidade, não é possível o vínculo com instituições injustas, ou pelo menos com instituições que excedam os limites toleráveis da injustiça. [...] Particularmente, não é possível dever obrigações a formas autocráticas e arbitrárias de governo. [...] Os vínculos obrigacionais pressupõem instituições justas, ou razoavelmente justas **segundo as circunstâncias**. Portanto, é um erro argumentar contra a justiça como equidade, e **as teorias contratualistas** de uma forma geral, **alegando que elas têm como consequência o fato de os cidadãos deverem obrigações a regimes injustos que conquistam seu consentimento sob coerção, ou conseguem a sua aceitação tácita de modo mais refinados**. (RAWLS, 2000, p. 120) (grifo nosso)

Rawls afirma que as obrigações são originadas do princípio da equidade. E ele explica que esse princípio diz em síntese que

[...] uma pessoa tem a obrigação de fazer a sua parte, especificada pelas regras de uma instituição, desde que tenha aceitado o sistema de benefícios ou se tenha beneficiado das oportunidades que a instituição [aqui entendido como o Estado hobbesiano] oferece para a promoção de seus interesses, supondo-se que essa instituição seja justa e equitativa. (RAWLS, 2000, p. 380)

Como foi visto, no pacto de Hobbes a população aceita o Estado leviatã como justo, e por isso dão sua liberdade em troca de segurança. E, como este vai criar leis e regular a vida dos homens, então deve-se obedecer a essas leis.

No entanto, Rawls vai dizer que o súdito só vai aceitar obedecer a todas as regras se o Estado satisfizer, de fato, todas as suas necessidades (sobretudo proteção e sobrevivência). E, uma vez o Estado se comprometendo a atender, ele será justo. Se não for, os cidadãos não terão obrigação de obedecer suas leis, uma vez que “aceitar instituições explicitamente injustas, ou mesmo consentir com sua existência, não gera nenhum tipo de obrigação”, uma vez que “organizações sociais injustas são em si mesmas uma espécie de extorsão, e até de violência, e o fato de aceitá-las não cria obrigações”. (RAWLS, 2000, p. 380)

Portanto, para Rawls, o fato de os cidadãos estarem dispostos a obedecer a leis justas é algo fácil de explicar, uma vez que os princípios do direito natural e da equidade definem os deveres e as obrigações necessários.

Os cidadãos em geral têm um compromisso com o dever de justiça, e aqueles que assumiram cargos e ofícios destacados, ou que se beneficiaram com certas oportunidades para promover os seus interesses, têm, em consequência a obrigação de prestar a contribuição determinada pelo princípio da equidade. (RAWLS, 2000, pp. 388-389)

O problema vai surgir a partir da adoção de leis que, mesmo consideradas injustas, devem ser obedecidas. Rawls explica por que acatar leis que vão contra os princípios da justiça, em quais circunstâncias e em que medida o cidadão deve obedecer a ordenações injustas. Segundo ele, é um erro não obedecer a leis injustas:

A injustiça de uma lei não é, em geral, razão suficiente para não obedecer-lhe assim como a validade jurídica da legislação (conforme a define a constituição em vigor) não é razão suficiente para concordarmos com sua manutenção. Quando a estrutura básica de uma sociedade é razoavelmente justa, conforme a avaliação permitida pelas circunstâncias concretas, devemos reconhecer as leis injustas como obrigatórias, desde que não excedam certos limites de injustiça. (RAWLS, 2000, p. 389)

Este autor entende que o dever e a obrigação de aceitar leis emanadas do soberano e de instituições estatais estão condicionados ao princípio da justiça

embutidos nessas ordenações. A ausência do “princípio do justo” pode justificar a não-obediência. Mas “A justificativa dessa atitude depende do grau de injustiça das leis e instituições” uma vez que “as leis injustas não estão todas no mesmo nível de igualdade”. (RAWLS, 2000, p. 390)

A injustiça de uma lei pode acontecer de duas formas: quando elas se afasta, em diferentes graus, dos padrões aceitos publicamente, e que são mais ou menos justos; ou quando esta lei, mesmo estando de acordo com uma concepção de justiça social e com a visão da classe dominante, não é razoável – para Rawls (2000, p. 390), “algumas concepções da justiça são mais razoáveis do que outras” –, ou é até mesmo claramente injusta.

E quando as leis são injustas é porque temos um Estado de quase-justiça, que não é o Estado justo preconizado por Hobbes. Nesse caso, resta ao cidadão a opção da obediência parcial, que pode se manifestar de duas formas: desobediência civil e objeção de consciência.

O ponto central na teoria de Rawls sobre obediência a leis injustas é quando, mesmo num estado de quase-justiça, a população é obrigada a obedecer a ordenações injustas, e não apenas às justas. Para este autor, não é qualquer desvio de uma lei em relação ao que é justo que anula a obrigação do cidadão de obedecer àquela ordem.

Rawls cita o exemplo de uma constituição, que poderia ser a brasileira, na qual os parlamentares ao elaborarem ou alterarem a Carta produziram artigos injustos, – por desconhecimento ou para atender a interesses pessoais, de sua categoria (agropecuáristas, empresários, banqueiros, sindicalistas, etc.) ou do Governo – e estes, uma vez inseridos na Constituição (de forma originária ou por emendas), terão que ser obedecidos (exemplos: as emendas que alteraram regras do regime de Previdência e criaram a CPMF, que os trabalhadores foram contra, mas tiveram de obedecer). A legitimação constitucional se dá por que ela foi discutida pelo parlamento, votada e, sobretudo, aprovada por uma maioria. Assim sendo, ela será “vendida” como justa, pois atendeu ao interesse de todos os segmentos e foi aceita pela maioria dos parlamentares, que representam o povo.

Nosso dever natural de apoiar instituições justas nos obriga a acatar leis e políticas injustas, ou pelo menos a não lhes fazer oposição usando meios ilegais, desde que elas não ultrapassem certos limites de injustiça. Tendo de apoiar uma constituição justa, devemos respeitar um de seus princípios essenciais, o da regra da maioria. Num estado de quase-justiça, portanto, temos normalmente o dever de obedecer a leis injustas em virtude de nosso dever de apoiar uma constituição justa. (RAWLS, 2000, pp. 392-393)

Nesse ponto Rawls argumenta que algum partidário da doutrina contratualista (como a de inspiração hobbesiana) poderia perguntar como o povo deu consentimento a uma constituição que, após ser outorgada pelo soberano ou aprovada pela maioria parlamentar, obrigaria esse mesmo povo a obedecer a leis que eles consideram injustas? Ou ainda: como, estando em liberdade e sem vínculos com o soberano (no caso os que não concordaram com o pacto inicial, como aquele do Estado hobbesiano, mas tiveram que aceitá-lo já que a maioria preferiu o estado absolutista ao estado de natureza, aquele da guerra de todos contra todos), pode o cidadão racionalmente acatar uma ordenação que vai contra sua opinião e, ao contrário, só favorece o interesse dos outros?

Rawls dá a resposta: no momento em que os cidadãos aceitaram a existência de uma assembleia constituinte (ou fizeram o pacto com o soberano para a adoção de leis nos moldes do Estado hobbesiano), duas coisas o povo deve ter em mente: primeiro, existe a possibilidade de que entre os procedimentos (ou artigos dessa Carta) que venham a ser aceitos alguns não estejam plenamente a favor do cidadão; e segundo, aceitar esses artigos (ou procedimentos) é melhor que não existir constituição, ou, retomando a ideia central do pacto de Hobbes, é sempre preferível acatar a lei “injusta” a não ter nenhum tipo de acordo entre soberano e súditos.

4.4 Rápido Comentário sobre a Desobediência

Rawls alerta que, mesmo adotando o princípio da maioria, as partes aceitam tolerar leis injustas apenas em certas condições. Este autor vai elaborar

todo um entendimento sobre em que consiste a injustiça num estado de quase-justiça e acerca das ordenações emanadas do soberano (ou dos atos praticados por instituições estatais), assim como em que condições se pratica a desobediência civil, mas isso foge do objeto de estudo deste artigo.

O que importa é salientar o entendimento de Rawls, assim como o de Hobbes, de que o dever de obedecer a uma lei injusta cessa quando esta (assim como as políticas do Estado) se afasta dos padrões que foram publicamente acordados e aceitos pelos súditos. Ou ainda quando o soberano se desvia de seus deveres básicos para com o povo.

Hobbes diz, por exemplo, que se o soberano mandar a alguém (mesmo que tenha sido justamente condenado)

[...] que se mate, se fira ou se mutile a si mesmo, ou que não resista aos que o ataquem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos, ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer. (HOBBS, 2003, p. 144)

A não-obrigação de obedecer a uma lei injusta, para Hobbes, vai acontecer quando essa injustiça está para além daquilo que foi acordado, ou seja, ultrapassa os limites dos deveres e obrigações que deram origem ao Estado civil. É o caso de ordenar a morte de alguém. Se uma lei diz que o cidadão deve se matar isso vai contra o pacto firmado no qual a obrigação do soberano era garantir a sobrevivência do súdito. Quando uma lei dessas, no período hobbesiano, era imposta, aí se entrava no estado de quase-justiça, para usar uma expressão de Rawls.

Hobbes explica como o homem pode deixar de obedecer ao poder do soberano, ou em que situações a desobrigação é consentida: primeiro, pela renúncia ao pacto e o retorno ao estado de natureza. Se cada homem decidir que, doravante, preferem cuidar cada um de si, sem a proteção do Estado, não haverá mais pacto nem leis civis (Hobbes chama isso de abandono ou desistência do direito de mando, cada súdito vai cuidar de si próprio); segundo, quando o reino cair em poder do inimigo.

5 CONCLUSÃO

Quando os homens renunciam a seu estado natural de liberdade ilimitada em prol de um Estado que lhes garanta proteção e sobrevivência, as leis civis surgem para garantir a funcionalidade do reino e, por serem frutos da vontade de todos e decorrerem do pacto firmado entre homens (súditos e soberano), têm obrigatoriamente que ser justas, devendo ser obedecidas de forma incontinente.

A paz vai reinar neste Estado hobbesiano somente até o momento em que os cidadãos aceitarem pacificamente as leis. Isso porque há sempre a possibilidade de alguns se insurgirem contra normas que considerarem injustas.

Mas em que consiste a injustiça de uma lei?

Ao se debruçar sobre o tema, levando em conta a obrigação de obedecer a tal norma considerada iníqua, vem inevitavelmente o questionamento não só sobre o grau de injustiça de uma lei, mas para quem ela é injusta. Pode ser para uns e para outros não.

Hobbes e Rawls vão questionar esse dever de obedecer às leis, sejam elas justas ou injustas. A conclusão dos autores é que, se houve um pacto entre soberano e súditos, e se o acordo foi justo (troca da liberdade pela segurança/ sobrevivência, por exemplo), as leis emanadas desse soberano (ou de um conselho gestor) são também justas e devem ser seguidas sem questionamentos, assim como devem ser acatadas as penalidades impostas pelos magistrados a quem transgride tais leis.

É claro que vai ter uns que vão considerar algumas leis injustas, mas como o conjunto delas foi “referendado” pela maioria, aos inconformados não se deve permitir desobedecer a tais normas.

No entanto, para além da ambiguidade das leis (isto é, de serem consideradas justas ou injustas pelos súditos) o Estado pode também adotar leis que violem o pacto firmado para sua constituição. O soberano, ou um conselho, pode abusar de sua autoridade e produzir leis iníquas, não consensuadas com os súditos. Aí os autores vão defender que, se a lei injusta está em desacordo com a confiança

depositada pelos homens no soberano, aqueles vão estar desobrigados de acatar tal norma.

Há, obviamente, algumas nuances na interpretação de lei injusta e obrigação de obedecer, por parte dos dois autores, mas muitas dessas distinções são frutos da época em que as ideias foram consolidadas. Entre o início da era moderna e os anos finais do século 21 muitas mudanças aconteceram na forma de compreender e conceituar o Estado e a Justiça.

Por fim, o que se pretendeu com o presente artigo foi apresentar o entendimento dos autores sobre questões tão importantes – tanto na época de Hobbes como na de Rawls, bem como no estágio atual da sociedade – para o estudo da filosofia política. Discutindo seus pontos de convergência e divergência, mostrando onde as visões se complementam e entendendo, por fim, o que leva alguém a aceitar pacificamente a injustiça de uma norma em nome da paz social.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 10. ed. Brasília: UnB, 2002. Tradução: Sérgio Bath.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução: Manuel Escrive de Romani. Barcelona: Plaza & Janes Editores, 1991.

BOBBIO, Norberto; BOVEIRO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução: Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M.
R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRAUSS, Leo. **A Filosofia Política de Hobbes**: suas bases e sua gênese.
Tradução: Élcio de Gusmão Verçosa Filho. São Paulo: É Realizações, 2016.

SUBMETIDO: 09/03/2020

APROVADO: 18/09/2020

INOVAÇÃO E TECNOLOGIA NO JUDICIÁRIO

INNOVATION AND TECHNOLOGY IN THE JUDICIARY

Jovina d'Avila Bordoni

Doutora e Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Integrante do grupo de pesquisa “Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário”, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmec). Juíza de Direito (TJCE).

Luciano Tonet

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos pela UNIFOR. Promotor de Justiça (PGJ-CE).

Resumo

Busca-se mostrar a evolução na utilização da tecnologia dentro do Poder Judiciário, mormente os projetos relacionados à inovação e inteligência artificial. As tecnologias de informação e comunicação funcionam, em especial, a partir da *internet* e formam o que hoje se chama de ciberespaço, no qual o compartilhamento de informações permite influenciar decisões pessoais, econômicas, sociais e políticas. Essa nova forma de comunicação também se observa no campo de atuação do Judiciário e traz a necessidade de as atividades judiciais serem desenvolvidas com a utilização da tecnologia, o que se demonstrou de fundamental importância com a pandemia do Covid-19, no ano de 2020. Objetiva-se reconhecer as inovações, projetos de inteligência artificial e regulamentação sobre esse assunto, disponíveis e utilizados pelo Poder Judiciário. A metodologia utilizada no estudo é descritiva e analítica, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que projetos voltados à utilização de tecnologia, especialmente, os

relacionados a inteligência artificial já são uma realidade nos tribunais pátrios, bem como existem laboratórios voltados a pesquisa de soluções que buscam aperfeiçoar a gestão pública. Inova-se ainda, na normatização do uso da inteligência artificial, com a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 332/2020.

Palavras-chave: Inovação. Tecnologia. Inteligência artificial. Poder Judiciário.

Abstract

It aims to show the evolution in the use of technology within the Judiciary, especially projects related to innovation and artificial intelligence. Information and communication technologies operates from the internet and form what is now called cyberspace, in which information sharing allows influencing personal, economic, social and political decisions. This new form of communication is also observed in the field of action of the Judiciary and brings the necessity for judicial activities to be developed with the use of technology, which proved to be of fundamental importance due the Covid-19 pandemic in 2020. The objective is to recognize innovations, artificial intelligence projects and regulations on this subject, available and used by the Judiciary. The methodology used in the study is descriptive and analytical, developed through bibliographic and documentary research. It is concluded that projects oriented towards the use of technology, especially those related to artificial intelligence, are already a reality in the national courts, as well as laboratories aimed at researching solutions that seek to improve public management. It is also innovative, in the standardization of the use of artificial intelligence, with CNJ Resolution n. 332/2020.

Keywords: Innovation. Technology. Artificial intelligence. Judicial power.

1 INTRODUÇÃO

A expansão da tecnologia trouxe transformações significativas nas relações internas e externas das nações. O uso da *internet* e a sua crescente utilização, inicialmente, na área militar perpassou para outras áreas, modificou

os relacionamentos internos das corporações e entre elas. Afetou as concepções e a forma de comunicação, o que ocasionou a necessidade do desenvolvimento de novos conhecimentos, habilidades e aquisições de equipamentos mais modernos.

Para que o Poder Judiciário consiga enfrentar a sobrecarga expressiva de processos, resultado dos conflitos da sociedade contemporânea e dar uma resposta proporcional às disputas surgidas dentro desta nova concepção, necessita de inovação. Tanto aquelas voltadas para o uso de aparato tecnológico, como também, as direcionadas ao aperfeiçoamento da sua gestão, além de ferramentas mais adequadas para tanto, de forma a prestar uma jurisdição mais célere.

Os tradicionais métodos de resolver as questões postas ao Poder Judiciário não atendem a todas as demandas, não evitam novas disputas, além do que, muitas vezes, não ocorrem em tempo condizente à natureza urgente do problema, não obstante a possibilidade da legislação processual. O fato é que, sem habilidades específicas e ferramentas adequadas, a solução, quando apresentada, não atende à efetiva resolução do problema posto.

Contemporaneamente, observa-se que dentro do Judiciário já existem, para além do Processo Judicial Eletrônico, iniciativas que utilizam a tecnologia com a inteligência artificial em várias atividades repetitivas e também naquelas voltadas ao auxílio de tomada de decisões judiciais. Também vê-se desenvolver uma rede de inovação e inteligência por meio das atividades dos laboratórios de inovação.

O ano de 2020 foi um marco na evolução do uso da tecnologia no Judiciário. Com a pandemia da COVID-19 e seus efeitos nos variados setores, dentre eles no Sistema de Justiça brasileiro, a utilização da tecnologia mostrou-se fundamental para o desenvolvimento e continuidade da prestação jurisdicional. Com a existência de programas de computadores à disposição, passou-se a explorar os recursos disponíveis, além de serem exigidas alterações que se adequassem ao momento.

Muitos aplicativos de vídeo-chamadas aumentaram a possibilidade de usuários conversarem simultaneamente. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) firmou um Termo de Cooperação Técnica com a Cisco-Webex (Termo

de Cooperação n. 07/2020) para permitir e padronizar as audiências virtuais em momento em que às pessoas era recomendado a não saírem de casa, em face do isolamento social obrigatório.

Assim, a realidade vinha exigindo novas iniciativas do setor tecnológico, mas a pandemia fez isto de forma mais contundente. As tradicionais concepções político-econômicas, foram reinventadas de modo imediato e a necessidade de inovação, a fim de serem buscadas alternativas para antigos e novos problemas, assumiu uma postura de vanguarda nas discussões acadêmicas, governamentais e socioeconômicas, afetando também o Sistema de Justiça.

No Poder Judiciário percebeu-se a necessidade de mudança, de modernização tecnológica. A Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o Processo Judicial Eletrônico, com a virtualização das demandas judiciais. Rotinas foram simplificadas, com a efetividade na resolução e menor utilização de recursos humanos, este um problema histórico no Poder Judiciário.

Esse avanço com a virtualização das demandas judiciais foi um passo importante, no entanto, com o passar do tempo veio a percepção e a necessidade de sistemas mais elaborados tecnologicamente, inclusive com a utilização da Inteligência Artificial. Concomitante, observa-se, o surgir e desenvolver de uma rede de inovação e inteligência com as atividades operacionalizadas pelos laboratórios de inovação, que buscam modernizar e proporcionar maior efetividade, por meio de projetos voltados a melhor gestão do Poder Judiciário.

Dessa forma, o objetivo geral do estudo é demonstrar a presença de inovação, inclusive tecnológica com o uso da inteligência artificial dentro do Poder Judiciário, além da existência de regulamentação inovadora relacionada à matéria. Como objetivos específicos busca-se identificar projetos existentes relacionados ao uso da tecnologia e inteligência artificial no Poder Judiciário, que impulsionam sua modernização e conferem maior celeridade na prestação jurisdicional, além de mostrar a criação de laboratórios de inovação com ideias e soluções para a gestão pública e constatar a importância da normatização nessa área.

O tema possui relevância em face das frequentes transformações pelas quais passa a sociedade. O assunto relacionado a inovação e utilização de aparato tecnológico, mormente aqueles voltados para a inteligência artificial expande-se dentro do Judiciário, de forma que foi necessário que o CNJ, em uma atitude vanguardista viesse a normatizar a utilização dessa tecnologia por meio da Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020. Mostra-se importante conhecer o assunto e como o uso de aparato tecnológico afeta as relações do Poder Judiciário com as demais instituições e a sociedade em geral.

Para tratar do tema, optou-se por estruturar o trabalho em três partes. Na primeira seção, aborda-se a tecnologia na sociedade contemporânea. Após, na segunda parte, a inovação no Judiciário brasileiro e, por fim, na terceira seção, trata-se da inteligência artificial e as decisões judiciais. A metodologia utilizada no estudo é descritiva e analítica, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

2 A TECNOLOGIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A sociedade contemporânea é caracterizada como de informação, uma vez que a comunicação e a troca de informações ocorrem com a utilização da tecnologia. Em 1960, nos Estados Unidos da América do Norte, George (2011, p. 46) deu nova dimensão a expressão “sociedade da informação”, que foi cunhada por Fritz Machlup (1962)¹, que em sua obra realizou uma divisão entre economia e setores que classificou entre não informacional e informacional, para conceder maior relevância a esta última.

A sociedade da Informação passou a assumir relevo e importância a partir da década de 1970. Desta forma, saber, conhecimento e comunicação passaram a ser utilizados e repassados por meio de ferramentas tecnológicas, mesmo que rudimentares, quando comparadas a visão da atualidade, mas que foram revolucionárias para à época. Em virtude disto, dois encontros mundiais

1 The production and distribution of knowledge in the United State (Machlup, 1962).

foram organizados: o primeiro, pela Organização das Nações Unidas (ONU), em Genebra em 2003 e o segundo, pela União Internacional das Telecomunicações (UIT), na Tunísia em 2005 (GEORGE, 2011, p. 46).

O avanço do comércio levou à sociedade industrial e o avanço da indústria e do consumo aliado a outros elementos, como o desenvolvimento da tecnologia, tem levado a sociedade da informação. Estas mudanças para Schwab (2016, p. 13-16) correspondem a quarta revolução, a digital e que permite, por exemplo, outras descobertas na área da genética, nanotecnologia, outras formas de energia e a computação quântica.

Assim, antes as fábricas e as grandes corporações fizeram a sociedade industrial, hoje a sociedade da informação pode ser dita que é feita pela *internet*, tendo surgido uma sociedade em rede (CASTELLS, 2003, p. 7-8). Nesta, diferente da industrial, os objetos e relações não são tangíveis, até mesmo o dinheiro não é palpável. Transações comerciais e pagamentos são realizados em criptomoedas, o patrimônio de empresas é multiplicado ou reduzido em pregões eletrônicos nas bolsas de valores, este efeito das tecnologias é exposto por Lemos (2014, p. 23) como desmaterialização das coisas. O autor cita exemplos das listas telefônicas não mais existentes em papel, das enciclopédias, revistas, jornais, *sites*, *blogs* e livros.

Ainda, serviços de *stream* que substituíram os filmes em DVDs, *e-commerce*, entre muitos outros exemplos, alguns já naturalizados, que não se percebem recentes, mesmo que com grandes modificações nos relacionamentos interpessoais, o que consequentemente exige adaptação das organizações. Um bom exemplo, maximizado pela pandemia é das Instituições de Ensino e de Eventos, que se adaptaram para o formato cem por cento digital, com a realização de aulas *on-line*, *lives*, *webinars* entre diversos novos conceitos e formas de manter as pessoas conectadas, com a participação ativa ou somente como expectadores.

Foi previsto por Levy (1993, p. 7) novas maneiras de convivência nesta sociedade interconectada pelas telecomunicações e informática, mas talvez nem mesmo o autor poderia antever tamanhas mudanças em um período tão curto como o que se viu nos primeiros seis meses de 2020.

A *internet* modificou o trabalho com os computadores, tendo passado a ferramenta de comunicação (CATALINI *et al.*, 2004, p. 62), que permitem a elaboração de projetos e trabalhos *on-line* e de forma colaborativa por usuários a milhares de quilômetros um do outro. Computadores deixaram de ser máquinas que processavam e armazenavam informações para se tornarem fonte de informações e que permitem a colaboração e a interação, com possibilidades cada vez mais avançadas de interconexão em uma grande rede.²

3 A INOVAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO

Na área de inovação direcionada ao serviço público existem várias iniciativas. O conceito de inovação voltado a esse setor, conforme Sousa e Guimarães (2014) inclui novos métodos, arranjos estruturais e processos de trabalho que colaboram para aumentar a eficiência na prestação de um serviço.

Na linha da inovação o CNJ instituiu, com a Portaria 119, de 21 de agosto de 2019, o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS), um espaço de inovação, cooperação, diálogo e articulação de políticas públicas entre o Poder Judiciário, com os entes federativos e a sociedade civil e, para se procurar atingir a Justiça e a eficiência institucional (CNJ, [s.d.]).

O referido laboratório tem como finalidade identificar e dar publicidade, no Portal de Transparência do CNJ, dos resultados das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário em favor da sociedade, de forma a ressaltar a quantidade e a qualidade das decisões proferidas, dos atos normativos e das boas práticas, além de facilitar a consulta pública, com a adoção de metodologia de indexação às Metas Nacionais do Poder Judiciário e à meta de inovação inserida pelo CNJ (CNJ, [s.d.]).

2 Ferreira (2018, p. 68-69) menciona o significado do termo “rede” (*network*) de acordo com autores como Madeleto que o define como “sistema de nodos e elos; estrutura sem fronteiras; uma comunidade não geográfica; um sistema de apoio ou um sistema físico que se pareça com uma árvore ou uma rede”, bem como menciona que a derivação do conceito de rede é a representação do “conjunto de participantes autônomos, unindo ideias e recursos em torno de valores e interesses compartilhados”.

Propõe-se, desse modo, a criação da Rede de Inovação e Inteligência do Judiciário, que funcionará por meio das atividades dos LIODS, como um Observatório e com algumas atribuições, dentre as quais a de: mapear os laboratórios de inovação e centros de inteligência do Poder Judiciário e os programas e projetos desenvolvidos pela rede de inovação ligados à pauta Global da Agenda 2030³. Também, apoiar os órgãos do Poder Judiciário no desenvolvimento de ações inovadoras, previstas na Lei n. 10.973/2014, que dispõe sobre medidas de incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Outras providências são tratadas, como o objetivo de se alcançar a capacitação, a autonomia tecnológica e o desenvolvimento industrial do país, nos termos dos arts. 218 e 219 da Constituição (CNJ, [s.d.]).

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) instituiu o seu laboratório de inovação e inteligência, o AMB LAB. Entre os objetivos do laboratório estão: a produção, identificação e publicação das ações de iniciativa dos associados que venham a beneficiar a sociedade; a produção e sugestão de soluções conjuntas e de pacificação que tenham procuram o aperfeiçoamento da gestão pública, como àquelas que visam à prevenção da judicialização excessiva, dentre outras questões que venham a contribuir com o fortalecimento da Agenda 2030, da ONU para o Desenvolvimento Sustentável (AMB, [s.d.]).

O Laboratório de Inovação da Justiça Federal de São Paulo (iJuspLab), é outro exemplo de iniciativa que busca desenvolver a inovação, destinada à cocriação de soluções para enfrentar os desafios na prestação jurisdicional, com participação de todos os atores envolvidos e foco no usuário (SÃO PAULO, 2018).

Todas essas ações voltam-se para o desenvolvimento de ideias, iniciativas, projetos que buscam aprimorar a gestão pública, na qual está incluído o Poder

3 A agenda 2030 “Um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade” trata-se de um documento em que chefes de Estado e de Governo que estiveram reunidos na sede da Organização das Nações Unidas – ONU, em Nova York, em setembro de 2015, ocasião em que anunciaram 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas que buscam equilibrar as três dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, social e ambiental. Trazem objetivos a serem desenvolvidos nos anos de 2016 a 2030 (AiDH, 2017).

Judiciário, de forma a trazer respostas aos novos desafios vivenciados pela sociedade contemporânea. Novas maneiras de conviver e de se comunicar, cada vez mais influenciadas pela expansão das tecnologias de informação e comunicação. Como lembra Carvalho (2020, p. 108) o “financiamento estatal da pesquisa e inovação sempre se fez presente no berço dos gigantes de tecnologia do mundo: o vale do silício”.

A inovação tecnológica com a aplicação da inteligência artificial também está presente dentro do Judiciário por meio de vários projetos, alguns em pleno funcionamento, outros em fase de implantação. Entre os pioneiros na inteligência artificial no do Judiciário, encontra-se o “Victor” que surgiu do mapeamento como forma de resolver os problemas relacionados à repercussão geral (BRASIL, STF, 2018). No Superior Tribunal de Justiça (STJ) a plataforma de inteligência artificial que traz informações de relevância aos Ministros relatores, intitula-se Sócrates (BRASIL, STJ, 2019). O Conselho da Justiça Federal (CJF) desenvolveu o robô Lia (Lógica de Inteligência Artificial), uma plataforma que responde as dúvidas dos usuários no portal do Conselho (CJF, 2019). O sistema Bem-te-Vi gerencia os processos judiciais do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, TST, 2019). No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJ-RN) já estão sendo testados três sistemas diferentes: Poti, Clara e Jerimum (CNJ, 2019c).

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJ-PE), desenvolveu um sistema de inteligência artificial, batizado de ELIS (TJPE, 2019). Já pelo departamento de informática do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) foi desenvolvida a plataforma Radar (TJMG, 2018). No Tribunal de Justiça de Roraima, Mandamus está sendo desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) (TJRR, 2019). E, no Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) o sistema Leia está sendo executado, desde 5 de dezembro de 2019 (TJCE, 2019).

A utilização da tecnologia tem seu aspecto mais marcante com uso da inteligência artificial que vem modernizar o Poder Judiciário e possui o potencial de proporcionar o aprimoramento da prestação jurisdicional. O Conselho Nacional de Justiça trouxe na Portaria n. 25, de 19 de fevereiro de 2019 o Laboratório

de Inovação para o Processo Judicial Eletrônico (PJe) – Inova PJe e o Centro de Inteligência Artificial aplicada ao PJe. O objetivo é pesquisar e atuar na incorporação de inovações tecnológicas e desenvolver modelos de inteligência artificial a partir da plataforma do Processo Judicial Eletrônico (PJe). Com a finalidade de desenvolver de forma colaborativa o sistema Sinapses, baseado em microsserviços de inteligência artificial, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), assinaram um termo de cooperação (CNJ, 2019).

O sistema Sinapses foi desenvolvido por analistas do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Foram criados com uso de inteligência artificial dois robôs: Sinapses e Cranium. Foram assim apelidados em uma referência ao processo cognitivo humano e, pelo fato, das tecnologias usarem de Redes Neurais Artificiais no processo de aprendizagem e predição, esta última, caracterizando-se como a capacidade de antecipar o que será utilizado no sistema ou no texto (TJRO, 2018).

Os dois robôs foram idealizados para que possam ser utilizados com qualquer finalidade, necessitando apenas, que modelos de aprendizado sejam inseridos em sua base, o que fornece a capacidade de predição de cada assunto ou área específica, o que abre a possibilidade de seu uso também na área administrativa, não somente na área judiciária. Esse modelo pode ser usufruído por outros tribunais, independentemente do sistema judiciário que façam uso e sem a necessidade de investimento em infraestrutura ou novos sistemas, uma vez que podem ser consumidos de forma nativa, por meio das APIs disponibilizadas pelo Sinapses (TJRO, 2018). A partir desse sistema o CNJ pretende expandir a inteligência artificial nos tribunais brasileiros.

4 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AS DECISÕES JUDICIAIS

Existem vários tipos de tecnologia com base em inteligência artificial que estão sendo utilizadas. Segundo Silva (2019, p. 42), existem assistentes sociais com capacidade de entender a fala, buscadores, sistemas de apoio a decisões na

área de diagnóstico por imagem, de recomendações, de classificação de textos jurídicos, entre outros. A inteligência artificial também contribui na estruturação de tecnologias disruptivas, como ocorre em relação a direção autônoma de carros.

No ciberespaço muitas vezes a privacidade abre campos para a praticidade, embora os usuários, em ocasiões, não se apercebam disso, vários dados, cotidianamente, são fornecidos e transitam por ele. Como mencionam Cheliga e Teixeira (2019, p. 88-89) uma inteligência artificial, pode conhecer muito das pessoas, que elas próprias, uma vez que o relógio, o carro, a porta e muitos outros equipamentos ganham conexão com a rede - *internet* das coisas, estas informações podem ser disponibilizadas e, muitas vezes, utilizadas por grandes corporações. Essas possibilidades relacionadas a segurança dos usuários trazem preocupações e geram uma confusão entre espaço físico e ciberespaço.

A inteligência artificial constitui-se em uma subárea da computação e tem por finalidade simular processos específicos da inteligência humana por intermédio de recurso da computação. Estrutura-se sobre conhecimentos de estatística e probabilidade, lógica e linguística (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 20-21).

O sistema de Inteligência Artificial, de forma resumida, consiste em três elementos principais: sensores (*input*), lógica operacional (algoritmo) e atuadores (*output*). Assim, consegue executar previsões, recomendações e decisões com a aptidão de influir ambientes virtuais e reais partindo de objetivos definidos por seres humanos e do uso de dados (*input*) (NUNES; MARQUES, 2020, p. 562-563).

São muitas as possibilidades de incorporação da tecnologia ao Poder Judiciário, como o uso da inteligência artificial no uso de busca e análise de dados do conflito, que trazem a percepção de tendências e padrões não identificados antes, que incluem lições sobre os conflitos dos litigantes, seus hábitos e estratégias, com a possibilidade de dimensionamento dos mesmos, bem assim, a prevenção de novas disputas por adoção de técnicas processuais existente e de outras delineadas pela tecnologia (NUNES, 2020, p. 35).

A inteligência artificial possui potencialidade relevante, mas também traz riscos que precisam ser dimensionados, principalmente quando começa a ser

utilizada para elaborar o conteúdo de decisões judiciais. Conforme Nunes (2020, p. 36-37), faz-se necessário o controle normativo no uso da tecnologia para que seja utilizada com transparência e *accountability*⁴. A crença na neutralidade da tecnologia, dentre outras questões, subestima problemas na forma de coleta e tratamento dos dados; a opacidade, carência de *accountability* e explicação sobre as decisões automatizadas, além do risco de serem ampliadas as disparidades entre os litigantes habituais e os eventuais.

Enquanto a inteligência artificial desenvolve-se, traz benefícios com auxílio na tomada de decisões, tanto privadas, como públicas, o uso de algoritmos pode trazer riscos invisíveis que decorrem, especialmente de: (i) *data sets* viciados; (ii) opacidade no modelo de atuação, consequência das técnicas de *machine e deep learning*; e (iii) possibilidade de resultados discriminatórios, embora bem estruturados. Dessa maneira, o desenvolvimento de mecanismos de governança com a colaboração de juristas, cientistas políticos e cientistas da computação, faz-se fundamental para que sejam evitados esses problemas (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018, p. 3).

A Comissão Europeia publicou, em 2019, o estudo *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, com o objetivo de oferecer orientação sobre a inteligência artificial confiável. Para que isso ocorra é necessário que a inteligência artificial tenha três componentes a serem cumpridos em todo o ciclo do sistema: (1) deve ser legal, em obediência às leis e aos regulamentos aplicáveis; (2) deve ser ética, garantindo a aplicação dos princípios e valores éticos; e (3) deve ser robusta, tanto do ponto de vista técnico quanto social, pois, mesmo existindo boas intenções, os sistemas de IA podem vir a causar danos não intencionais. De forma ideal, todos esses três componentes trabalham em harmonia e se sobrepõem em sua operação. Em caso de tensões entre esses componentes, a sociedade deve procurar

4 É o requisito de responsabilidade que está intimamente ligado ao princípio da justiça. É necessário que sejam criados mecanismos para garantir a responsabilidade e a prestação de contas dos sistemas de IA e seus resultados, antes e depois de seu desenvolvimento, implantação e uso (EUROPEAN COMMISSION, 2019, p. 19).

alinhá-los. Essas diretrizes pretendem ir além de uma lista de princípios éticos, promovendo orientações sobre como esses princípios podem ser operacionalizados em sistemas sociotécnicos (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

No Brasil, o Projeto de Lei n. 5051, de 2019 traz como objetivo estabelecer alguns princípios para o uso da inteligência artificial (SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n.5051/2019). Para Vale (2020, p. 636) o referido projeto, embora de iniciativa louvável, traz uma proposta muito simplória, pois não existe, por exemplo, um detalhamento específico de qual deve ser a forma de operacionalização da transparência dos algoritmos (*Data laundry*).

Na União Europeia existe um Regulamento de Proteção de Dados pessoais (*General Data Protection Regulation – GDPR*), publicado em abril de 2016 e que entrou em vigor em maio de 2018 (*Official Journal of the European Union*. GDPR, 2016). A inspiração nesse modelo levou a construção da Lei n. 13.709, de 23 de abril de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Essa LGPD tem reflexos na construção da inteligência artificial, pois os que a desenvolvem devem observar as regras de criação, de forma que os dados sejam programados corretamente na coleta e que ocorra a forma correta de tratamento desses dados pela inteligência artificial, daí a sua importância (CHELIGA; TEIXEIRA, 2019, p. 90).

Esses dispositivos de controle, na utilização de dados, objetivam assegurar práticas transparentes e seguras. No Judiciário, da mesma forma, esse controle também se mostra importante. Como afirmam Polinelli e Antônio (2020, p. 303) para que o Judiciário brasileiro desenvolva um sistema com a capacidade de elaboração de minutas com qualidade nos casos concretos, um longo caminho de estruturação de dados e um sistema de metadados deve ser construído. As diferentes plataformas desenvolvidas pelos tribunais, não permite, ainda, a criação de um banco de dados único; a falta de padronização nos formatos dos arquivos inseridos no sistema e a digitalização de documentos que não são criados em formato eletrônico dificultam a criação de algoritmos com capacidade de

fornecer segurança jurídica necessária para a prolação de decisões que possam trazer um mínimo de padronização aos casos análogos.

Os desafios na utilização da inteligência artificial dentro do Judiciário trouxeram a necessidade de uma regulamentação, de forma que o CNJ aprovou a Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020. A resolução trata da ética, transparência e governança na produção e no uso de Inteligência Artificial por parte do Poder Judiciário (CNJ, 2020).

Inspirada nas diretrizes da Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seus ambientes, a Resolução do CNJ n. 332/2020 busca a aplicação da inteligência artificial, nos processos de tomada de decisão, com a observação de critérios éticos e de transparência, previsibilidade, possibilidade de auditoria e garantia de imparcialidade e justiça substancial, a fim de que sejam assegurados: a igualdade, a pluralidade, a solidariedade e o julgamento justo, sem qualquer tipo de discriminação e, com a garantia dos meios destinados a eliminar ou reduzir a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos (CNJ, 2020).

A resolução inova e traz pontos importantes que não são abordados por outro dispositivo legal vigente na legislação brasileira como os relacionados à governança e aos parâmetros éticos para o desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial no espaço do Poder Judiciário. Ainda traz capítulos relacionados aos direitos fundamentais; não discriminação; publicidade e transparência; governança e qualidade; segurança; controle do usuário; prestação de contas e responsabilização e pesquisa, desenvolvimento e implantação das soluções computacionais para o uso da Inteligência Artificial.

5 CONCLUSÃO

O processo judicial eletrônico transformou a forma de trabalho dentro do Judiciário, pois trouxe agilidade aos atos processuais e a possibilidade de acesso aos profissionais do Direito dos mais diferentes locais. Para além do processo judicial eletrônico, surgem dentro do Judiciário projetos voltados para a utilização de Inteligência artificial, em clara evolução e adesão à quarta Revolução Industrial.

Destaca-se que, o aparato tecnológico mostra-se propício a desenvolver uma prestação jurisdicional célere.

Ao tempo em que a inteligência artificial traz benefícios na análise de dados relativos aos conflitos e também no auxílio de tomadas de decisões, tanto públicas como privadas, deve-se observar que estas podem não estar isentas de erro, de forma que são necessários princípios básicos para o seu uso e formas de controle, inclusive de auditoria para que seja transparente em todas as suas etapas.

Com essa preocupação, a Comissão Europeia publicou, em 2019, uma carta com diretrizes éticas para orientar sobre a inteligência artificial confiável. Seguindo essa linha o CNJ instituiu a Resolução n. 223/2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de um instrumento que normatiza a utilização da inteligência artificial no Judiciário e busca conferir segurança e controle na sua utilização, com base em princípios éticos e respeito aos direitos fundamentais.

A busca pelo melhor caminho a trilhar, com maior celeridade e aumento nos julgamentos das demandas judiciais e, ainda, com a satisfação do jurisdicionado, valendo-se do auxílio da tecnologia, é uma realidade com a qual o Judiciário se depara e da qual não pode se eximir de participar. Os laboratórios de inovação contribuem nessa caminhada.

A importância e necessidade do uso da tecnologia foi maximizada com a pandemia do Covid-19. As preocupações e riscos do emprego da tecnologia, em especial da inteligência artificial, inclusive quando relacionadas às decisões judiciais já estão sendo enfrentadas, mas, ainda há um longo caminho a ser percorrido, tanto de conhecimento em relação aos seus efeitos, como de normatização.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DE INDICADORES EM DIREITOS HUMANOS PARA O DESENVOLVIMENTO – AiDH. 2017. Disponível em: http://www.aidh.org.br/images/arquivos/Caderno_AiDH_N1_public.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB. **Laboratório de Inovação**. [s.d.]. Disponível em: https://www.amb.com.br/amb-cria-laboratorio-de-inovacao-e-inteligencia/?doing_wp_cron=1590439017.6145339012145996093750. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. CNJ. Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n.5051/2019**. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8009064&ts=1582300610026&disposition=inline>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório de gestão**. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relatório%20de%20gestão.pdf>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. **Notícias STF**, 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Notícias TST**, 06 maio 2019. Inteligência artificial traz melhorias inovadoras para tramitação de processos no TST. Notícia. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque-visualizacao/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24875517. Acesso em: 28 maio 2020.

CARVALHO, Laura. **Curto-circuito**: o vírus e a volta do Estado. São Paulo: Todavia, 2020.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a *internet*, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CATALINI, Luciane *et al.* **E-commerce**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Inteligência artificial. **Notícias TJCE**, 10 dez. 2019. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/vice-presidencia-executa-programa-de-inteligencia-artificial-no-tjce/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

CHELIGA, Vinícios; TEIXEIRA, Tarcísio. **Inteligência artificial: aspectos jurídicos**. Salvador: JusPodivm, 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. Na era da inteligência artificial, Conselho da Justiça Federal lança plataforma que interage com usuários no portal. **CJF Notícias**, 24 jun. 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/na-era-da-inteligencia-artificial-conselho-da-justica-federal-lanca-plataforma-que-interage-com-usuarios-no-portal>. Acesso em: 15 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Programas e ações**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/expectativa-dolids-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 20 maio 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **Ethics Guidelines for Trustworthy AI**. Bruxelas, 2019. Disponível em: https://ai.bsa.org/wp-content/uploads/2019/09/AIHLEG_EthicsGuidelinesforTrustworthyAI-ENpdf.pdf. Acesso em: 21 maio 2020.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Eric Navarro. *Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. **Revista dos Tribunais online**, v. 995, p. 1-16, set. 2018. Disponível em: <http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

FERREIRA, Valdinéia Barreto. **E-science e políticas públicas: ciência, tecnologia e informação no Brasil.** Salvador: EDUFBA, 2018.

GEORGE, Éric. *Da “sociedade da informação” à “sociedade 2.0”: o retorno dos discursos “míticos” sobre o papel das TICs nas sociedades.* Tradução de Ângela Cristina Salgueiro Marques. **Libero**, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 45-54, jun. 2011. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/sociedade_da_informacao_2.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

LEMOS, Marcos. *De volta aos átomos: movimento maker, hardware livre e o surgimento de uma nova revolução industrial.* **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 16, p. 20-33, jan./jun. 2014.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: O futuro do pensamento na era da informática.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Plataforma Radar aprimora a prestação jurisdicional. **Notícias TJMG**, 20 jun. 2018. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisdicional.htm#.XpRqzS3O rs0>. Acesso em: 12 abr. 2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Decisão judicial e inteligencia artificial: é possível a automação da fundamentação?*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Snatos; WOLKART, Erik Navarro (org.). **Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 551-590.

NUNES, Dierle. *Virada tecnológica no Direito Processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Snatos; WOLKART, Erik Navarro (org.). **Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 15-40.

OFFICIAL JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION. GDPR, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 25 maio 2020.

PAOLINELLI, Camilla Matos; ANTÔNIO, Nacle Safar Aziz. *Dilemas processuais do século XXI: entre os cérebros eletrônicos e a implementação de garantias processuais fundamentais – sobre como assegurar decisões legítimas*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Snatos; WOLKART, Erik Navarro (org.). **Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 287-327.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade, 2019.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. ELIS. **Notícias TJPE**, 13 nov. 2019. Disponível em: https://www.tjpe.jus.br/agencia-de-noticias?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Fagencia-de-noticias&_101_assetEntryId=2079372&_101_type=content&_101_urlTitle=tjpe-usara-inteligencia-artificial-para-agilizar-processos-de-execucao-fiscal-no-recife&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fagencia-de-noticias%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3DELIS%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252Fagencia-de-noticias&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fagencia-de-noticias%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3DELIS%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252Fagencia-de-noticias&inheritRedirect=true. Acesso em: 12 abr. 2020.

RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. JUSTIÇA 4.0 - Soluções tecnológicas do TJRR facilitam atendimento, promovem qualidade de vida e inclusão social. **Notícias TJRR**, 2019. Disponível em: <https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/noticias/3899-justica-4-0-solucoes-tecnologicas-do-tjrr-facilitam-atendimento-promovem-qualidade-de-vida-e-inclusao-social>. Acesso em: 30 maio 2020.

SÃO PAULO. Justiça Federal de São Paulo. Carta de Serviços do iJusPLab. **Notícias JFSP**, 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/carta/>. Acesso em: 25 maio 2020.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Nilton Correia da. *Inteligência artificial*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. Revista dos Tribunais, 2019, p. 35-52.

SOUSA, Marcos de Moraes; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Inovação e desempenho na administração judicial: desvendando lacunas conceituais e metodológicas. **RAI – Revista de Administração e Inovação**. São Paulo, v. 11, n. 2, p. 321-344, abr./jun. 2014. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rai/article/view/100148/pdf_108. Acesso em: 02 jun. 2020.

VALE, Luís Manoel Borges do. *A tomada de decisão por máquinas: a proibição, no direito, de utilização de algoritmos não supervisionados*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). **Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 629-640.

AUTOR(A) CONVIDADO(A)

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
DA EMPRESA PARA FINS DE RESPONSABILIZAÇÃO
DE DIRIGENTES E ADMINISTRADORES POR DANOS
CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE**

***THE DISREGARD OF COMPANY'S LEGAL ENTITIES
FOR PURPOSES OF ACCOUNTABILITY OF THE
COMPANY'S MANAGERS OR ADMINISTRATORS
DUE TO ENVIRONMENTAL DAMAGES***

Luciana Cristina de Souza

Doutora em Direito pela PUC-Minas. Advogada.
Professora da Faculdade de Direito Milton Campos.
E-mail: dralucianacsouza@gmail.com

Clara Cordeiro Tupynambá Chaves

Advogada. Mestranda em Direito pela Faculdade de
Direito Milton Campos.
E-mail: claratupynamba@hotmail.com.

Resumo

O principal objetivo deste artigo é estudar as possibilidades e limites de responsabilização de agentes culpados, direta ou indiretamente, pela prática por danos causados ao meio ambiente. Analisou-se o porquê de o ordenamento jurídico ter se preocupado em atribuir personalidade jurídica às sociedades empresárias, perpassando para a necessidade de equilíbrio entre as atividades por elas desenvolvidas e o desenvolvimento sustentável por meio da preservação ambiental. Ao discorrer sobre o instituto da superação da personalidade jurídica, a presente pesquisa procurou compreender melhor os limites desse instituto, assim como da possibilidade de responsabilização dos sócios. A partir de então, analisou-se a responsabilização de terceiros estranhos à composição

societária da personalidade jurídica objeto do pleito de desconsideração. O foco central é a proteção ao meio ambiente. O objetivo deste estudo é demonstrar extensão dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica da empresa para responsabilização dos sócios e administradores pela prática de danos ambientais. A metodologia escolhida foi teórico-documental, valendo-se de técnica dedutiva aplicada à pesquisa exploratória, o qual se justifica pela atualidade do tema.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Desenvolvimento sustentável. Gestão ambiental. Responsabilidade.

Abstract

The main objective of this article is to study the possibilities and limits of liability of agents responsible for damage caused to the environment. It was analyzed why the legal system was concerned with attributing legal personality to business companies, going through the need for balance between the activities developed by them and sustainable development through environmental preservation. When discussing the institute for overcoming legal personality, this research sought to better understand the limits of this institute, as well as the possibility of accountability of members. From then on, the liability of third parties outside the corporate composition of the legal personality that was the subject of the disregard claim was analyzed. The central focus is the protection of the environment. The purpose of this study is to demonstrate the extent of the effects of disregarding the company's legal personality to hold partners and managers accountable for the practice of environmental damage. The chosen methodology was theoretical and documentary, using a deductive technique applied to exploratory research, which is justified by the current nature of the theme.

Keywords: Disregard of legal personality. Sustainable development. Environmental management. Liability.

1 INTRODUÇÃO

O direito empresarial é o ramo do Direito que se instruiu e concretizou a fim de regular as diversas formas de agrupamento de indivíduos integrantes de sociedades, com o fim de se buscar o desenvolvimento e o desempenho de atividades econômicas: as chamadas sociedades empresárias. Como todo ramo do Direito, também o direito empresarial sofreu e sofre amadurecimento e aperfeiçoamento na medida em que se dão os fatos da vida social e na medida em que os reflexos da vida empresária atingem direta ou indiretamente o comportamento da própria sociedade e as consequências advindas de atividades, em todos os setores e meios, praticadas pelos indivíduos, seja isoladamente, seja agrupados em sociedades. Consubstanciado, sobretudo, num conjunto de normas e regras positivadas cuja criação se deu com o fim de disciplinar a matéria, funda-se também, por óbvio, em princípios norteadores de aplicação e observância obrigatórias.

Ao longo dos anos se desenvolveu, como fruto desse amadurecimento, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias com o escopo de garantir que o exercício desse tipo de atividade fosse pautado pela ética nas relações jurídicas que gera, não somente quanto ao seu fim econômico, mas considerando-se, ainda, a responsabilidade social que tais pessoas jurídicas devem ter. Esse instituto tem sido aplicado há vários anos no Brasil, no entanto, o problema que se tem em foco consiste em saber quais são os limites da extensão da desconsideração da personalidade jurídica em matéria de direito ambiental, notadamente diante de crimes e delitos ambientais.

A problemática enfrentada consiste no paradoxo entre a crescente busca pelo desenvolvimento econômico perseguido por todas as empresas integrantes do mercado contemporâneo em contraponto à necessidade de proteção do meio ambiente e busca pelo desenvolvimento sustentável, gerando uma premente necessidade de criação de mecanismos hábeis a restaurar o equilíbrio entre tais demandas. A busca desenfreada pelo desenvolvimento econômico e graves danos ambientais enfrentados como consequência, têm motivado a criação de mecanismos

de controle. Citamos, a título ilustrativo, algumas palavras de Pedro Rodrigo Cavalcante Brandão sobre a responsabilidade ambiental:

Desse modo, com o fito de assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento sustentável, restou necessário criar mecanismos de controle, para que as regras de proteção não fossem descumpridas, e caso isso ocorresse, que os responsáveis fossem devidamente responsabilizados, não obstante a primordial reparação do dano realizado.

Com isso, surgiu a figura da responsabilidade ambiental, tipificada no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal (CF) de 1988, *in verbis* (1988, p. 93-94, grifos próprios): As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Verifica-se, então, que na tutela constitucional do meio ambiente, há a previsão de uma tríplice responsabilidade, consistente em sanções penais, administrativas e cíveis. (BRANDÃO, 2019, p. 180-181)

A fim de coibir a prática de ilícitos ambientais, evitando danos e implementando os mecanismos de controle supramencionados, necessário que se alcance a responsabilização do agente causador do dano ambiental. Ilustrando a importância da identificação do poluidor, seja ele direto ou indireto, trazemos à baila o quanto fora dito por Pedro Rodrigo Cavalcante Brandão:

Para a efetivação da responsabilização, é preciso a identificação o responsável, ou em outro termo, o poluidor, conceituado no artigo 3º, IV, da Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (1981, p. 2).

Ou seja, o conceito de poluidor é propositalmente amplo, de modo que, com isso, é possível uma persecução mais efetiva do causador do dano, não importando se este é responsável direto ou indireto pela atividade indevida. (BRANDÃO, 2019, p. 182)

O objetivo deste estudo é, relacionando as diretrizes e princípios que permeiam o direito empresarial à necessidade de implementação de mecanismos

de controle e de identificação e responsabilização do poluidor direto ou indireto por danos ambientais ou, mais especificamente, pela não adoção de um programa de *compliance* ambiental, estudar justamente um dos frutos deste desenvolvimento do direito que deu luz ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Mais especificamente, seus alcances, contornos, tratamentos e interpretações atribuídas ao conceito, bem como a sua utilização diante do entroncamento entre o direito ambiental e o direito empresarial. Isso porque, da mesma forma que o direito empresarial necessita se adaptar para se aperfeiçoar, o mesmo ocorre com o direito ambiental, que evolui e se desenvolve de modo a contornar as problemáticas que vão surgindo ao passar da história. Observa-se que esses dois ramos do direito se encontram e complementam na medida em que um instituto utilizado como solução de problemas no âmbito do direito empresarial poder ser igualmente utilizado na seara ambiental.

Para discorrermos sobre o tema, alguns princípios serão brevemente estudados a fim de melhor elucidar a adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para responsabilização de sócios e administradores de sociedades por atos atentatórios ao bem social que é o meio ambiente. Apresenta-se como resposta ao problema sob análise a possibilidade de, para além da finalidade precípua do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que nada mais é senão um mecanismo que visa possibilitar o adimplemento das obrigações contraídas pela sociedade quando diante de atos de má gestão praticados pelos dirigentes da empresa, alcançar-se, também, a restauração dos valores atribuídos ao bem jurídico constitucionalmente tutelado em questão, qual seja o meio ambiente, bem como a restauração do equilíbrio entre a necessidade de crescimento das empresas e a busca pelo desenvolvimento sustentável. E mais do que isso, a responsabilização não somente dos sócios, mas também administradores e dirigentes das sociedades, por eventuais danos causados ao meio ambiente.

Verificar-se-á que a possibilidade de responsabilização dos sócios e administradores prestar-se-ia também ao papel de refrear condutas dos indivíduos

passíveis de gerar dano e prejuízo ambiental por receio de vir a ser responsabilizado. Esse é o mesmo raciocínio que foi utilizado quando da criação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que surgiu para coibir a prática de atos fraudulentos, de desvio de atividade e de confusão patrimonial praticados pelos integrantes de sociedades empresárias.

Neste artigo se irá analisar as formas, alcances e efeitos da responsabilização dos dirigentes de empresas por danos ambientais, tanto civil como criminalmente falando, de forma a materializar os efeitos do princípio do poluidor pagador, perpassando brevemente por alguns conceitos e entendimentos doutrinários pertinentes. Explorar-se-ão, também, dispositivos extraídos de nosso ordenamento jurídico com o escopo de conduzir os estudos do tema ora proposto, objetivando demonstrar de forma prática a validade de adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como medida eficaz para o direcionamento de condutas dos dirigentes da empresa, bem como maior eficiência na reparação dos danos e prejuízos por eles causados.

Este estudo se justifica na medida que a extensão dos efeitos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica ao âmbito do direito ambiental, seja quanto à reparação de prejuízos causados ao meio ambiente e, conseqüentemente o dever monetário de indenizar, ou quanto à responsabilização criminal dos indivíduos que contribuíram para o resultado danoso, podem representar um papel importante na conscientização dos indivíduos, membros da sociedade, dirigentes e administradores, ensinando sensibilidade ambiental na maneira de atuação das empresas, ainda que por receio de reprimendas e responsabilização pessoal dos tomadores de decisão. Como marco teórico, foi utilizado o artigo “A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental”, cuja autoria é atribuída a Graziela de Oliveira Köhler (KÖHLER, 2012). Para realização da pesquisa ora apresentada, utilizaram-se os métodos de pesquisa bibliográfica e o método analítico-dedutivo que, por raciocínio lógico e análise crítica dos dados e informações levantados, propiciaram uma conclusão a respeito do tema indicado.

2 AUTONOMIA PATRIMONIAL DA PESSOA JURÍDICA

Inicialmente, trazemos à baila alguns dos princípios que regem o direito empresarial: livre iniciativa; liberdade de concorrência; preservação da empresa; função social da empresa; liberdade de competição; liberdade de associação; princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais; princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais; e, finalmente, o princípio que nos chama especial atenção e possui extrema relevância para o tema abordado neste trabalho: princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária.

Nosso ordenamento jurídico, por meio de normas e princípios reguladores, assegura e atribui, à estrutura organizacional denominada “sociedade empresária” no exercício da atividade econômica, aquilo a que chamamos de personalidade jurídica. Assim é que o Direito brasileiro atribui personalidade não somente às pessoas naturais, mas também às pessoas jurídicas. Da atribuição de personalidade às pessoas jurídicas decorrem deveres e direitos, vedações e faculdades que, ao fim, propiciam a segurança jurídica necessária ao exercício de atividades mercantis e empresariais, tanto para aqueles que empreendem e executam as atividades empresárias e mercantis quanto para aqueles que com as sociedades empresárias se relacionam.

De se destacarem, a delimitação de patrimônio e a determinação de responsabilidades são regulações necessárias à sociedade empresária e à própria sociedade, sem o que as relações não se veriam protegidas pela necessária segurança jurídica. Assim é que a lei assegura às sociedades empresárias a separação entre seu próprio patrimônio e o patrimônio daqueles que delas são integrantes ou dirigentes. Assim preceitua o nosso Código Civil:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019).

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019). (BRASIL, 2002)

É sabido que o risco é fator inerente ao exercício de atividade econômica. Principalmente por isso, e considerando que os empresários e sócios não podem se esquivar de responsabilidades (que alcançam não apenas a responsabilidade civil, mas também a criminal e a administrativa), e considerando também que, justamente pela responsabilidade que lhes é cobrada e imposta, empresários e sócios devem manter o necessário escopo patrimonial, a respaldar suas atividades, é-lhes assegurada a prerrogativa – que espelha, ao mesmo tempo, direito e dever – de segregação e distinção entre seu patrimônio e o da sociedade. Isso porque se se tratasse de responsabilidade ilimitada, pela qual o patrimônio dos sócios responderia e respaldaria, em solidariedade e de forma indeterminada, pelos atos da sociedade, restaria dificultado ao extremo o exercício da atividade econômica, o que configuraria um verdadeiro desestímulo a investimentos e ao empreendedorismo.

Lado outro, a circunstância de se haver limitado a responsabilidade dos sócios ao patrimônio da sociedade por responsabilidade limitada fez surgir situações costumeiras e reiteradas em que a gestão desleal ou mesmo fraudulenta de sócios levava a situações de inexecuibilidade de obrigações, já que o enriquecimento pessoal muitas vezes se pode dar às custas da operacionalização das empresas e o esvaziamento de seu patrimônio.

Nessa toada, surgiu e cresceu a necessidade de se solucionarem casos em que a limitação da responsabilidade ao quantum patrimonial subscrito à empresa significava, ou significa, verdadeira fraude aos credores – fraude em seu sentido mais amplo. Um balanceamento entre o princípio da Autonomia Patrimonial da Sociedade Empresária e os princípios da Limitação da Responsabilidade dos Sócios pelas Obrigações Sociais e Subsidiariedade da Responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais se fez necessário e foi, de início, nascido e construído nos tribunais pátrios.

De suma importância, considerando os princípios acima citados e em especial os que visam a proteção do patrimônio dos sócios e dirigentes das empresas, é entender como se dá o casamento, ou mescla, entre o Princípio da Autonomia Patrimonial da Sociedade Empresária, o Princípio da Limitação da Responsabilidade dos Sócios pelas Obrigações Sociais e o Princípio da Subsidiariedade da Responsabilidade dos Sócios pelas Obrigações Sociais.

De fato, os princípios que se acima apresentam conceitos aparentemente conflitantes, o que demanda, por óbvio, um esforço de interpretação que, conjugada com a aplicação fática, permitirá o correto e necessário discernimento e emprego. Começamos por entender que o Princípio da Limitação da Responsabilidade dos Sócios Pelas Obrigações Sociais, para além dos demais, assegura que, independentemente do tipo societário e responsabilidade dos sócios adotada, as dívidas da sociedade somente poderão alcançar a execução dos bens dos sócios após utilizado e esgotado todo o patrimônio pertencente à sociedade.

Se, para as sociedades de responsabilidade limitada, a responsabilidade dos sócios é, como a própria denominação sugere, limitada e circunscrita ao patrimônio da empresa, para que a responsabilização ultrapasse o patrimônio e personalidade da sociedade a fim de alcançar pessoalmente seus sócios e dirigentes, foi necessário relativizar alguns dos princípios basilares do direito empresarial, assim como dispositivos de nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, lembremo-nos de que a personalidade jurídica conferida às sociedades repousa principalmente no fato de assegurar que o patrimônio dos sócios esteja protegido dos riscos provenientes da atividade econômica e atuação no mercado, o que, por óbvio, poderia ser visto por alguns como uma janela de oportunidade a ser utilizada para ludibriar credores. Afinal, se o patrimônio dos sócios está de fato protegido dos riscos provenientes do desempenho a atividade econômica, inclusive diante de falência da sociedade, nada impediria aos fraudadores que contratassem dívidas incontáveis em nome de uma pessoa jurídica. Caso a sociedade viesse a falir, seu patrimônio seria consumido, ainda que suficiente, permanecendo intocado o patrimônio dos falsários.

Nesse contexto, um princípio que asseguraria a proteção necessária ao fomento à atividade econômica passa a ser visto como uma via de prática de atos fraudulentos contra os credores:

Em função da autonomia de patrimônio verificável a partir da personificação da sociedade que passa a ser titular de um patrimônio distinto, inconfundível com o patrimônio particular de cada sócio que a compõe, passou a pessoa jurídica da sociedade, em certas circunstâncias, a ser instrumento para a perpetração de fraude contra os credores. Torna-se a pessoa jurídica manipulável por sócios ou administradores inescrupulosos, com vistas à consumação de fraudes ou abusos de direito, cometidos por meio da personalidade jurídica da sociedade que lhes serve de anteparo. (CAMPINHO, 2005, p. 65)

Vislumbra-se, pois, de onde surge a necessidade de criação de mecanismos hábeis a contornar essa situação, de modo a prevenir e evitar que atos de má gestão, desvio de finalidade, fraude ou confusão patrimonial poderiam dar azo à responsabilização pessoal dos culpados. Seguindo esse raciocínio é que nosso legislador, doutrina e jurisprudência vêm trabalhando conjuntamente na delimitação dos limites, alcances e contornos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tão importante à manutenção da ordem e da segurança jurídica no cenário empresarial.

3 O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como explanado alhures, a segregação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio pessoal de seus sócios é ferramenta importantíssima ao fomento e desempenho da atividade econômica de empresários eis que, sem essa proteção, o risco seria demasiadamente elevado, desmotivando o empreendedorismo, inviabilizando o investimento e inserção de empresários no mercado e, corolário lógico, o desenvolvimento econômico da coletividade. Contudo, com o intuito de evitar possíveis fraudes a credores oriundas dessa autonomia patrimonial

conferida à sociedade, necessário se fez a criação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades.

Este instituto nada mais é senão a prerrogativa de que, uma vez constatada a presença de alguns requisitos estabelecidos em lei, adiante tratados de forma mais detalhada, seja, a personalidade jurídica inicialmente conferida à sociedade afastada para que, conseqüentemente, também sua autonomia patrimonial seja desconstruída. Com isso, partindo-se do pressuposto de que a sociedade não mais estaria acobertada pelos princípios da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, possibilitar-se-ia o atingimento do patrimônio dos sócios para fins de satisfação das obrigações contraídas pela sociedade. Com isso, desmotivados estariam os sócios das pessoas jurídicas a incorrerem nas condutas previstas em lei e passíveis de subsidiarem o pleito de desconsideração da personalidade jurídica, restaurando a ordem e equilíbrio no ambiente empresarial.

Outro problema, contudo, passa a ser observado quando os sócios e integrantes das pessoas jurídicas passam a nomear terceiros estranhos ao quadro societário das sociedades como administradores e dirigentes, passando a eles a função de praticar atos atentatórios à boa fé, fraudulentos e com o intuito de prejudicar credores em benefício próprio. Falava-se, até então, em responsabilização dos sócios, mas quando o administrador ou dirigente da sociedade é pessoa alheia à composição societária da pessoa jurídica, amparo não mais se encontrava no instituto ora estudado.

Justamente com o escopo de contornar essa situação e buscando a maior eficiência do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, nosso legislador logo cuidou de retificar a questão, passando-se a falar, também, em responsabilização dos administradores da empresa. Passemos, pois, à análise do dispositivo que traz consigo a previsão da desconsideração da personalidade jurídica e possibilidade de atingimento não só dos bens particulares dos sócios e também dos administradores. É o que preleciona o art. 50 do Código Civil, conforme redação abaixo:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002)

Percebe-se, assim, que, uma vez desconsiderada a personalidade jurídica, nosso ordenamento positivado não limita o alcance da responsabilidade à figura dos sócios da pessoa jurídica. De fato, presentes as circunstâncias e requisitos para que se dê a desconsideração da personalidade jurídica, até mesmo o patrimônio de seus dirigentes ou administradores, ainda que terceiros estranhos à composição do quadro societário, poderá ser alcançado para que se cumpram as obrigações contraídas.

Ferramenta importantíssima quando falamos em prevenção a práticas de fraude contra credores, trata-se de uma norma de fundamental importância à manutenção do equilíbrio no contexto empresarial. Importa salientar, contudo, que a teoria da superação da personalidade jurídica não pode ser banalizada sob pena de comprometer a segurança jurídica, harmonia e equilíbrio do ambiente empresarial.

Algumas teorias foram criadas sobre os limites da desconsideração da personalidade jurídica e situações em que poderia ser suscitada. Contudo, para que possamos compreendê-las, começaremos nosso estudo pelas principais normas de nosso ordenamento que remetem à matéria. Trazemos à baila, pois, o art. 28, seus parágrafos inclusive, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado).

A Desconsideração da Personalidade Jurídica da Empresa para fins de Responsabilização de Dirigentes e Administradores por Danos Causados ao Meio Ambiente

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (BRASIL, 1990)

Dois pontos merecem especial atenção e o primeiro é que dentre os fundamentos legais arrolados e passíveis de embasarem o pleito pela desconsideração da personalidade jurídica, temos a prática de atos de abuso de direito, excesso de poder, infração da Lei, fato ou ato ilícito ou violação do Estatuto ou Contrato Social, assim como a falência, o estado de insolvência e o encerramento ou inatividade por má administração. Em um segundo momento, nos deparamos com o teor do parágrafo 5º do mesmo dispositivo legal, em que a personalidade jurídica também poderia ser desconsiderada quando constatado obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Alguns doutrinadores entendem que da análise deste último dispositivo, ter-se-ia que as hipóteses elencadas no *caput* de aludido instrumento seriam meramente exemplificativas, relativizando e banalizando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e contradizendo os princípios estudados acima, em especial a autonomia patrimonial da sociedade e limitação da responsabilidade dos sócios.

De igual forma, a Lei de Crimes Ambientais no seu art. 4º, também trouxe a previsão, de forma ampla, que a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser perseguida sempre que sua personalidade fosse obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (BRASIL, 1998). Em 2002, nosso legislador, por meio do Código Civil e de seu artigo 50, conforme já citado acima, cuidou de dispor sobre a questão, conferindo maior segurança aos empresários e proteção aos princípios empresariais,

abarcando, por sua vez, a possibilidade de responsabilização do administrador da sociedade, ainda que não-sócio, conforme já explanado supra. Em suma, a desconconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização dos sócios ou do administrador da seara cível pressupõe desvio de finalidade, confusão patrimonial ou prática de atos de má gestão, contudo, a princípio, discute-se a necessidade de constatação ou não dos requisitos essenciais para a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade cível ou criminal em matéria de direito ambiental. Corroborando tudo o que acima fora exposto, trazemos abaixo a inteligência posta pela autora Graziela de Oliveira Köhler em seu artigo “A aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental”:

Configurada a responsabilidade civil ambiental, o agente poluidor ou degradador terá a obrigação de reparar o dano causado; sendo o agente pessoa jurídica que venha a descumprir a obrigação e, consequentemente, não possuir bens suficientes para garantir o cumprimento desta, o direito autoriza a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica para levantar o “véu” da sociedade e alcançar os bens particulares dos sócios, a fim de satisfazer o cumprimento da obrigação decorrente do evento danoso. Não obstante, a redação do art. 4º da Lei dos Crimes Ambientais permite a desconconsideração da personalidade jurídica sem apontar qualquer requisito para a constituição dessa premissa. E é exatamente nesse ponto que difere da legislação civil (Lei 10.406/2002 que instituiu o Novo Código Civil), que consolidou a aplicação dessa teoria somente nos casos de abuso de direito, fraude ou confusão patrimonial,¹⁴ sendo esses elementos considerados essenciais para a caracterização da teoria sob comento. (KÖHLER, 2012, p. 134).

Com efeito, demonstrado está que a ocorrência do dano ambiental e constatação de responsabilidade pelo resultado danoso, direta ou não, possibilita a aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica também em matéria de direito ambiental.

4 O PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR

Em matéria de direito ambiental, preocupação crescente tem sido verificada quanto à necessidade de prevenção de desastres naturais e danos ambientais. Juntamente com essa preocupação, um princípio intrínseco ao direito ambiental tem assumido especial relevância, a saber: o princípio do poluidor pagador, que traz consigo a ideia de punição e compensação por parte daquele que polui, na medida do dano ambiental causado. Nesse sentido é que o poluidor estaria obrigado de suportar os gastos provenientes da recuperação do dano por ele causado ao meio ambiente.

A problemática que se apresenta é que, por vezes, o prejuízo ambiental é imensurável e incalculável, de modo que a punição arbitrada ao poluidor, como por exemplo grandes multinacionais, chega a ser irrisória perto de: i) o prejuízo efetivamente causado ao meio ambiente; e ii) o lucro auferido e proveniente da atividade econômica que deu azo ao dano causado. Nesse contexto, falar-se-ia em uma espécie de alvará para poluir, condicionado ao fato de que os custos por sua reparação fossem suportados pelo poluidor, o que por vezes pode compensar à empresa responsável. Simplesmente porque os lucros auferidos da atividade econômica degradante podem vir a ser demasiado superiores à punição efetivamente arbitrada e infinitamente inferiores ao prejuízo e degradação causados ao meio ambiente.

Questiona-se, pois, se a proteção da figura do sócio ou do administrador quanto à consequência oriunda da prática de crimes ambientais, estaria consentindo ou dando espaço para que, acobertados pela pessoa jurídica atrás da qual se escondem, práticas reiteradas de atos prejudiciais ao meio ambiente fossem perpetradas. A lógica é a mesma que a utilizada quando falamos em fraude contra credores praticada por sócios ou administradores acobertados pelo princípio da limitação de sua responsabilidade. Uma vez que estão seguros de qualquer responsabilização, aceitável seria a prática de referidas condutas.

Monetariamente falando, sabemos que a figura do administrador pode ser alcançada pelo instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mas o que se discute é a possibilidade de falarmos em responsabilidade integral pelas consequências provenientes do crime ambiental, inclusive criminal. Pelo preceito extraído do art. 2º da Lei de Crimes Ambientais já retro mencionada, “quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade”. Na sequência, em resposta ao nosso questionamento, temos que serão responsabilizados, inclusive, “o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”.

Demonstrado está que o administrador das empresas não está impune de responder pelos prejuízos e consequências advindos de suas práticas delituosas, sempre na medida de sua culpabilidade. Quando falamos em direito ambiental, a ele temos atrelada a ideia de conscientização da sociedade a desenvolver uma sensibilidade ambiental, voltada para a proteção do meio ambiente, prevenção e reparação de danos.

Como é de conhecimento geral, uma das grandes preocupações atreladas a esse ramo do direito reside no fato de que a busca desmedida por crescimento daqueles que desenvolvem atividades econômicas, por vezes acaba priorizando o lucro em detrimento de proteção e manutenção do meio ambiente e, em função disso, causando grandes impactos e afetando diretamente a saúde do ecossistema. Por esse motivo e conforme já tratado, incentivos a práticas pró ambiente e reprimendas àqueles que ofendem a integridade deste bem tão precioso à coletividade tem sido cada vez mais buscados e, dentre os mecanismos disponíveis em nosso ordenamento jurídico para consecução dessas metas (de incentivo e repressão), merece especial atenção o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito ambiental para tratarmos não somente da responsabilidade financeira do agente poluidor, mas também criminal.

Segundo o art. 225, § 3º de nossa Carta Magna, condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação pecuniária de reparar os danos causados (BRASIL, 1988). Ainda que não se fale expressamente em desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização de administradores, uma vez constatada a concorrência do dirigente da sociedade com a prática da conduta danosa, explicação não existe para que não se aplique o mesmo raciocínio utilizado quando falamos de reparação financeira por prejuízos causados ao meio ambiente.

Logo, justificada estaria a desconsideração da personalidade jurídica para atingimento de responsabilização pessoal dos tomadores de decisão pelas consequências dos atos praticados sob o seu comando ou concordância. Não fosse isso o bastante, conforme elucidado acima a própria Lei de Crimes Ambientais prescreve, em seu artigo 2º, que “diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la” podem ser punidos.

Falando em responsabilização dos tomadores de decisão das empresas também no âmbito criminal, entendemos ser pertinente trazer à tona o entendimento da Advocacia Geral do Estado (AGE) sob o n. 15.877, em 23 de maio de 2017, assinado por Nilza Aparecida Ramos Nogueira:

Estamos opinando, portanto, no sentido de recomendar aos órgãos ambientais do Estado a adoção da teoria que defende a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental para conferir eficácia aos direitos-garantias fundamentais da personalidade ou intranscendência da pena, previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição da República de 1988, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido, o qual deixa clara a distinção entre pena retributiva e obrigação decorrente de dívida de valor, após regular o

processo administrativo de constituição. É admitida a responsabilidade concorrente, com a inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado provar que não concorreu para a prática da infração. Não se fala em solidariedade ou subsidiariedade. Só responde quem pratica o ato ou se omite no dever legal e quem concorre para a infração. a definição de concorrência será apurada no âmbito do processo administrativo, recaindo sobre o órgão ambiental fiscalizador o dever de identificar, no auto de infração, o autor direto e eventuais concorrentes (MINAS GERAIS, 2017).

Veja-se que o parecer é exarado em favor da adoção da teoria da responsabilidade concorrente. Dessa forma, não se falaria em responsabilidade subsidiária ou solidária do sujeito responsável pela prática do ato danoso, mas sim em culpabilidade do agente que, concomitantemente com a pessoa jurídica, contribuiu para o resultado danoso. Falar-se ia em responsabilização pessoal, na medida de sua culpabilidade, de forma independente às reprimendas impostas à pessoa jurídica. Afastada estaria, portanto, a aplicação do princípio da limitação da responsabilidade dos sócios e, por analogia, dos administradores.

Desta forma, os dirigentes e administradores de sociedades não estariam acautelados pela legislação de modo a possibilitar-lhes a impunidade quanto às consequências provenientes de seus atos e, assim, desestimulada estaria a prática de atos desmedidos em prol da obtenção de lucro em detrimento do desenvolvimento sustentável e, portanto, condutas prejudiciais ao meio ambiente. Uma consequência importante da possibilidade de responsabilização do administrador civil e criminalmente seria justamente a forçosa condução dos administradores a atuarem de forma escorreita, em conformidade com as normas de direito ambiental, buscando prevenir a ocorrência de desastres e danos passíveis de serem enquadrados como condutas tipificadas, sob pena de responderem pessoalmente pelo delito.

Não significaria dizer, contudo, que a responsabilização da pessoa jurídica estaria inteiramente afastada em detrimento da responsabilização da pessoa física responsável pela conduta lesiva, mas sim em uma responsabilidade

concorrente entre ambos, de modo que ambos responderiam pelos prejuízos e delitos causados na medida de sua culpabilidade. “O comando legal para punibilidade de qualquer pessoa que esteja envolvida na decisão organizacional é de tal magnitude que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato” (MARTINS; COSTA; MARTINS; ROSINI, 2017, p. 154).

Desta forma, relativizados estariam os princípios da autonomia patrimonial da sociedade empresária e os princípios da Limitação da Responsabilidade dos Sócios pelas Obrigações Sociais e Subsidiariedade da Responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, de modo que a responsabilização dos sócios, e mais ainda, dos administradores e dirigentes da sociedade, poderia ser perseguida.: “[...] em se tratando de crimes contra o meio ambiente os responsáveis pela empresa podem ser penalizados pelos crimes cometidos em exercício de suas funções, quando se aplica o instituto da desconsideração da pessoa jurídica” (BRASIL, 1998 *apud* SILVA; BEZERRA; GUIMARÃES, 2017, p. 12-13).

Ainda nesse sentido, “o instituto da desconsideração da pessoa jurídica poderia ser aplicado de forma eficaz para que, não só a empresa fosse responsabilizada, mas também seus administradores, tanto em via cível como penal” (SILVA; BEZERRA; GUIMARÃES, 2017, p. 15). Fato é que embora não se fale expressamente em desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização criminal dos administradores pelas infrações praticadas pela sociedade, regida sob sua direção, uma vez constatada a ciência, anuência ou efetiva prática dos atos delituosos pelo diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que poderiam agir de forma a impedirem a sua prática e não o fizeram, motivada e autorizada estaria a sua responsabilização, na medida de sua culpabilidade, de forma independente da responsabilização da pessoa jurídica.

Conclui-se, portanto, ser perfeitamente possível a superação da personalidade jurídica e autonomia patrimonial da empresa para responsabilização do tomador de decisão que concorreu para o resultado danoso, tanto sob os

aspectos civis quanto criminais, na medida de sua culpabilidade, de forma concorrente, não subsidiária ou solidária.

5 A IMPORTÂNCIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE EMPRESAS PARA RESPONSABILIZAÇÃO DE DIRIGENTES E ADMINISTRADORES POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE

Quando falamos em danos causados ao meio ambiente, tratamos de ofensas a um bem de uso comum do povo, cuja obrigação de manutenção e conservação recai sobre toda a coletividade. Trata-se de um dever de manutenção a um direito fundamental, conferida por nossa Carta Magna em seu artigo 225, abaixo transcrito:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. (BRASIL, 1988)

Estamos diante de uma “dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma, simultaneamente, de um objetivo e tarefa estatal e de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 92).

Como bem exposto nos tópicos supra delineados, o aparato estatal precisou encontrar mecanismos hábeis a coibir a prática de atos danosos ao meio ambiente e assegurar o direito fundamental, constitucionalmente garantido, à preservação e proteção ao meio ambiente, tratando-se de uma garantia fundamental o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sobre a funcionalização da responsabilidade civil, André da Fonseca Brandão discorre em seu artigo intitulado “O paradigma existencialista do Direito Civil Constitucional e sua contribuição para o aperfeiçoamento da reparação de danos ambientais”, do livro “Responsabilidade Civil Ambiental 2”, organizado por Marcia Andrea Bühring:

A aplicação da responsabilidade civil deve, efetivamente, atender, para além da recomposição de patrimônio lesado, igualmente a recomposição de valores existenciais a serem tutelados por força da Constituição. Percebe-se que, enquanto evoluía o Direito Ambiental por força de um valor constitucional diverso (a proteção do meio ambiente), no âmbito do Direito Civil se desenrolava processo análogo por força da dignidade da pessoa humana. (BÜHRING, 2019, p. 56)

Dentre os mecanismos existentes, chama-se especial atenção para a aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa para responsabilização dos responsáveis, diretos ou indiretos, pela prática dos atos danosos ao meio ambiente.

Para além da responsabilização pecuniária, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa para alcance do patrimônio de seus sócios e, quiçá, de seus administradores, como exposto alhures no tópico pertinente ao instituto ora estudado, representa uma ferramenta hábil a desencorajar a prática de atos lesivos e restaurar o equilíbrio entre o desenvolvimento desenfreado e desmedido das empresas e um meio ambiente equilibrado e saudável. Os sócios, dirigentes e administradores das empresas que, muitas vezes, atropelam as boas práticas de mercado e a adoção de um *compliance* ambiental bem estruturado para prevenção de práticas lesivas ao meio ambiente, passarão a agir de forma diversa, cuidando de adotar um planejamento para implementação de um programa de *compliance* ambiental, que nada mais é senão um conjunto de procedimentos a serem aplicados internamente para adequação das práticas da empresa à legislação ambiental.

Com isso, o prejuízo patrimonial imposto ao bem difuso ora tratado, qual seja o meio ambiente, em decorrência das práticas de atos lesivos ao meio ambiente será consideravelmente reduzido, por medo dos dirigentes das empresas de serem responsabilizados, assim como será alcançada a recomposição dos valores existenciais do bem jurídico meio ambiente, tutelado por força da Constituição, contemplando, pois os objetivos da aplicação da responsabilidade civil defendidos por Marcia Andrea Bühring, acima citados: a recomposição (ou

prevenção de lesão) do patrimônio lesado e a recomposição de valores existenciais constitucionalmente tutelados.

Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto poderosíssimo quando falamos de coibição de práticas infrativas e fraudulentas. Notadamente quando falamos da possibilidade de responsabilização dos dirigentes e administradores de empresas, ainda que não integrante do quadro societário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do tema proposto e conforme demonstrado ao longo deste trabalho, os princípios gerais que regem a atividade econômica, os princípios inerentes do direito ambiental, o dever de proteção ao meio ambiente, e o instituto da desconsideração da personalidade jurídica estão intimamente relacionados. Demonstrou-se que a criação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi motivada pela necessidade de adaptação do ordenamento jurídico para cerceamento de condutas de indivíduos que, acobertados por uma legislação menos gravosa e pelos princípios regentes da atividade econômica, atuavam de má fé, de forma fraudulenta e se desviando das finalidades da pessoa jurídica. A possibilidade de superação da personalidade jurídica para responsabilização dos sócios tornou-se uma forma de relativização de alguns dos princípios basilares do direito empresarial, tais quais o princípio da autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade dos sócios, a fim de restaurar a ordem e boa-fé.

Novamente por necessidade, falou-se em adaptação do ordenamento a fim de autorizar, igualmente, quando verificada a presença dos requisitos da desconsideração, a responsabilização não somente dos sócios, mas também dos dirigentes e administradores de empresas. Demonstrou-se que, assim como essa necessidade se manifestou posteriormente em outros ramos, como o direito do consumidor por exemplo, na seara ambiental uma preocupação latente começou a surgir no que tange à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para extensão também dos efeitos da legislação que disciplina os crimes e delitos ambientais.

A Lei de Crimes Ambientais, citada acima, preleciona que a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser perseguida sempre que sua personalidade configure obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Em seu art. 2º fala ainda sobre a responsabilização de diretores, administradores, membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso e podendo agir de forma a evitá-la, deixem de impedir sua prática. Nossa carta magna, por sua vez, dita que condutas e atividades consideradas lesivas o meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação pecuniária de reparar os danos causados.

Em resposta ao problema apresentado, constatamos que expressamente não se fala em desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização criminal dos administradores pelas infrações praticadas pela sociedade, regida sob sua direção, mas se fala, contudo, em responsabilização civil e criminal de todos os infratores que concorrem para a prática do dano causado.

Considerando que a sociedade é dirigida por seus administradores, uma vez comprovada a concordância ou ciência da prática dos atos delituosos, fundamento não há para que não se busque sua responsabilização, na medida de sua culpabilidade, sendo que a legislação autoriza a responsabilização de todos os que concorrem para a prática do delito ambiental, de forma independente da responsabilização da pessoa jurídica. Para tanto, entende-se que seria superada a personalidade jurídica e autonomia patrimonial da empresa para responsabilização do tomador de decisão que concorreu para o resultado danoso. Em outras palavras: desconsiderada estaria a personalidade jurídica da empresa para fins de responsabilização civil ou criminal do dirigente, na medida de sua culpabilidade.

É de se dizer que os objetivos propostos foram alcançados, uma vez que, partindo da análise prática de tudo quanto fora exposto acima, a intenção do legislador, a natureza do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, os princípios que regem o direito ambiental, combinação dos vastos dispositivos

legais que versam sobre o tema, assim como o entendimento doutrinário supra arrolado, podemos concluir que a desconsideração da personalidade jurídica seria possível para responsabilização dos responsáveis pela prática de crimes contra o meio ambiente, a fim de que sejam penalizados pelos crimes cometidos no exercício de suas funções, tanto na esfera cível quanto criminal.

Ademais, ao estudarmos a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito ambiental, concluiu-se que, para além de seu escopo principal, sua aplicação e a consequente responsabilização dos sócios das empresas pode funcionar como uma ferramenta de prevenção e condução de comportamentos destes agentes que, por temor à punição advinda da conduta gravosa ao meio ambiente, podem repensar suas decisões e forma de condução de negócios.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Pedro Rodrigo Cavalcante. *Responsabilidade ambiental: análise dos fundamentos e instrumentos jurídicos para coibir lesões ao meio ambiente*. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, p. 180-182, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. **Lei n. 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. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BÜHRING, Marcia Andrea (org.). **Responsabilidade civil-ambiental 2**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2019.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS, Marcos Antonio Madeira de Mattos; COSTA, Alexandre Formigoni; MARTINS, Karla Cristina da e Silva de Mattos; ROSINI, Alessandro Marco. *Crimes ambientais e sustentabilidade: discussão sobre a responsabilidade penal dos gestores e administradores de empresas*. **Revista Metropolitana de Sustentabilidade - RMS**, São Paulo, v. 7, n. 3, p. 143-158, 2017.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Parecer 15.877, de 23 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/Pareceres2017/parecer-15.877.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Rafael Gomes Miranda da; BEZERRA, Tereza Cristina Pereira; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **A desconsideração da pessoa jurídica em casos de desastres ambientais**: estudo de caso do rompimento da barragem em Mariana/MG.FIDES, Natal, v. 8, n. 1, 2017.

KÖHLER, Graziela de Oliveira. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental*. **Revista do Curso de Direito da FSG**. Caxias do Sul, ano 6, n. 11, p. 127-138, 2012.

AUTOR(A) CONVIDADO(A)

**A EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ERRADICAÇÃO
DA POBREZA A PARTIR DA DESTINAÇÃO
GEOGRÁFICA DO FUNDO ESTADUAL DE
COMBATE À POBREZA (FECOP)**

***THE CONSTITUTIONAL IMPLEMENTATION
OF THE ERADICATION OF POVERTY FROM THE
GEOGRAPHICAL DESTINATION OF THE STATE
FUND TO COMBAT POVERTY (FECOP)***

Rafael Vieira de Alencar

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor substituto da UFC. Procurador-geral Adjunto do Município de Maranguape.

E-mail: rafaelvalencar@usp.br

Kimberly Ferreira Simpício

Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará.

E-mail: kimberlysimpicio@gmail.com

Resumo

Localizado na região mais carente do Brasil, a população pobre e extremamente pobre do Estado do Ceará demanda forte atuação pública assistencial para suprir suas necessidades. Por tal razão, a partir da análise da função alocativa e distributiva da despesa pública voltada ao cumprimento das necessidades daquele grupo populacional, este estudo tem como objetivo demonstrar a destinação dos recursos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECOP) aos programas especiais focados na manutenção da vida da população pobre e extremamente pobre, no estado do Ceará. A abordagem da pesquisa qualitativa,

tendo como foco a análise e confronto dos relatórios de desempenho da gestão, no período de 2015 ao primeiro semestre de 2018, a fim de identificar de que maneira se realizou a alocação dos recursos. Verificou-se que houve um aumento da arrecadação do FECOP no período estudado, a alocação da despesa se voltou, principalmente, para as funções da educação, agricultura, saúde e à assistência social, bem como que houve maior destinação para a região da Grande Fortaleza, com quase 50% de todos os recursos, seguida do Cariri e do Sertão de Sobral, o que não coincide com o mapa da divisão da pobreza no Estado.

Palavras-Chave: Ciências Sociais Aplicadas. Administração Pública. Aplicação de Recursos Públicos. Erradicação da Pobreza no Estado do Ceará. Fundo Estadual de Combate à Pobreza.

Abstract

Located in the most deprived region of Brazil, the poor and extremely poor population of the State of Ceará demands strong public assistance to meet their needs. For this reason, based on the analysis of the allocating and distributive function of public expenditure aimed at meeting the needs of that population group, this study aims to demonstrate the allocation of resources from the State Fund to Combat Poverty (FECOP) to special programs focused on maintaining the life of the poor and extremely poor population in the state of Ceará. The qualitative research approach, focusing on the analysis and confrontation of management performance reports, in the period from 2015 to the first half of 2018, in order to identify how the allocation of resources took place. It was found that there was an increase in fecop collection in the period studied, the allocation of expenditure focused mainly on the functions of education, agriculture, health and social assistance, as well as that there was greater destination for the Region of The Great Fortaleza, with almost 50% of all resources, followed by Cariri and the Sertão de Sobral, which does not coincide with the map of the division of poverty in the State.

Keywords: *Applied Social Sciences. Public administration. Application of Public Resources. Eradication of Poverty in the State of Ceará. State Fund to Combat Poverty.*

1 INTRODUÇÃO

A pobreza, enquanto realidade histórica, passou a ter maior relevância no âmbito internacional a partir da Cúpula do Milênio de 2000, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Na ocasião, encarou-se a temática como uma situação concreta de difícil mensuração, que se exterioriza como uma grande barreira para o crescimento econômico, o desenvolvimento social e a elaboração de políticas públicas dos países. (ONU, 2000)

Durante o referido evento, 191 (cento e noventa e um) Estados-membros aderiram a Declaração do Milênio, documento que formalizava o compromisso supranacional de erradicação da pobreza e promoção do desenvolvimento humano, reduzindo, assim, a extrema pobreza e a precariedade. (ONU, 2000)

No ano seguinte, durante a 56ª sessão da Assembleia da ONU, como meio de concretização das referidas propostas, foi proposto o “*Road Map towards the implementation of the United Nations Millenium Declaration*”, documento que traçava os “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)”, e definia as metas e esferas de atuação prioritárias, sobretudo, no que se refere à saúde, à educação e ao combate à extrema pobreza no mundo, devendo ser alcançadas até o ano de 2015. (ONU, 2001)

Como objetivos foram estabelecidos: a) a erradicação da extrema pobreza e da fome; b) a universalização do ensino primário; c) a promoção da igualdade entre os sexos e da autonomia da mulher; d) a redução da mortalidade infantil; e) a melhora da saúde materna; f) o combate à HIV/AIDS (*Human Immunodeficiency Virus/Acquired Immonudeficiency Syndrome*) à malária e a outras doenças; g) a garantia da sustentabilidade ambiental; e h) o estabelecimento de uma parceria global para o desenvolvimento (ONU, 2001). Segundo Jeffrey Sachs (ONU,

2005) tudo isso como decorrência da percepção que o mundo compartilha um destino comum.

Acerca do objetivo de erradicação da fome, mostra-se relevante destacar os estudos realizados, pelo brasileiro Josué de Castro, nos quais o autor ratifica a ideia de que a fome representa um fenômeno de ordem universal que deve ser combatido, mas que a atenção que é dada ao referido fenômeno, muda conforme o país. (CASTRO, 1965)

Nesse sentido, o autor aponta que há regiões que são tidas consideradas as terras clássicas da fome, como a Ásia Oriental e Sul-Oriental, nas quais o estágio da técnica de produção não possibilita que se supere, de forma definitiva, as intempéries do clima ou o desgaste do solos. Da mesma forma, destaca que há, também, países em que reinam as moléstias de carência resultantes dos tipos regionais de alimentação. (CASTRO, 1965)

Arremata Castro afirmando que o quadro da fome no mundo tem suas modalidades geográficas. As diferenças locais se relacionam ao conjunto dos traços de ordem geográfica, tanto naturais, quanto humanos. Elas possibilitam descrever os gêneros de vida e, a partir deles, se reconhecer a fome, conforme afirma: “Procurei um método de estudo que fornecesse a visão mais ampla do problema, uma perspectiva em que as implicações, as influências e as conexões de seus múltiplos fatores naturais e culturais, pudessem tornar-se inteligíveis”. (CASTRO, 1965, p. 49)

Mais de uma década após a fixação dos Objetivos do Milênio, Ban Ki-moon (ONU, 2013) afirma que os ODM foram os mais bem-sucedidos esforços empenhados pela comunidade mundial contra a pobreza. Apesar disso, ainda em 2013, evidenciava-se uma taxa mundial de mortalidade infantil de 43 mortes para cada mil nascidos e uma de mortalidade materna de 210 mortes para cada cem mil nascimentos. No mesmo sentido, em 2015, o relatório sobre os ODM revelava um passivo social de 836 milhões de pessoas na extrema pobreza, – vivem com menos de 1,25 dólar por dia – e 57 milhões de crianças fora do sistema educacional. (ONU, 2015)

Diante desse contexto, percebe-se que a despeito dos progressos concretizados desde 2000, a melhora da qualidade de vida da população ainda se mostra como um grande desafio mundial.

Ao se restringir o paradigma de análise para o território brasileiro, que o subdesenvolvimento dos países, decorre, principalmente, pela combinação da desigualdade social, com serviços precários e ineficazes de saúde e educação. Acerca da temática Barros (2000) afirma que o Brasil é um país desigual destinado a combater um efeito histórico de fragilidades sociais e de distribuição, que acarretaram a exclusão ou mínimas condições de acesso, de parte da população, a aspectos essenciais. Afirma ainda, que há uma propensão ao aumento da pobreza e da desigualdade social e de renda.

Barros, Henrique e Mendonça, (2000, p. 123) ao se referir à condição da pobreza, afirma que, [...] “o Brasil não é um país pobre e sim um país extremamente injusto e desigual, com muitos pobres e que possui grandes recursos para combater a pobreza [...]”.

Disserta ainda, que a desigualdade brasileira possui um dos mais elevados graus em todo o mundo, mesmo com o fato de ser um país com renda per capita relativamente alta e, ainda assim, manter, nos últimos 20 anos, cerca de 40% da população abaixo da linha de pobreza. (BARROS, 2000).

Hoffmann (2007) observa que em 2005, 41% da população menos assistida, possuíam apenas 10% da renda total, e que 9,3% da população mais rica, estava com aproximadamente 43,5% da renda total no ano.

No mesmo sentido Morgan (2017), constata que, de 2001 a 2015, mais da metade da renda nacional estava concentrada com 10% da população, considerados os mais ricos, e que 50% da população mais pobre, obtinham um cinco vezes menos no Brasil.

Ratificando aquilo que foi demonstrado pela ONU no plano internacional, esses resultados evidenciam que a desigualdade também permanece elevada no Brasil.

Diante dessa realidade, como um dos esforços nacionais no combate à pobreza e à desigualdade social, bem como com o objetivo de cumprir o compromisso constitucional de erradicar a pobreza e desenvolver o país, foi

instituído, no ano 2000, por meio da Emenda à Constituição n. 31/2000, o fundo de combate à pobreza, que visa promover benefícios à sociedade e erradicar a desigualdade social.

Após a inclusão do art. 82 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) na Constituição Federal, o referido fundo de combate à pobreza foi sendo, por meio de sua legislação tributária, incorporado aos estados brasileiros.

Desta forma, este trabalho, se justifica pela importância social e econômica de analisar os recursos do fundo de combate à pobreza, destinados a fins sociais, arrecadados pelos estados brasileiros, verificando a efetivação dos objetivos da República, a partir dos fundos instituídos com o objetivo constitucional de redução dos índices de pobreza.

O recorte geográfico aqui delineado toma como pressuposto as dificuldades enfrentadas pela população do Nordeste do Brasil, apontados nos estudos nacionais, sobretudo, por Celso Furtado, desde quando recebeu a incumbência do presidente Juscelino Kubitschek, de pensar uma solução para a realidade social e econômica experimentada no Nordeste brasileiro, principalmente, após as secas de 1958. (FURTADO, 1964)

Nesse contexto, o autor realiza um diagnóstico das razões do subdesenvolvimento nordestino e, de início, nega as visões clássicas até então vigentes de que o problema econômico e social do Nordeste decorreria das secas, o que o fazia ser contrário às soluções hídricas, como a construção de açudes, que vinham sendo realizados pelo governo federal por meio do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS), que, em verdade, mais beneficiavam os proprietários de terra do que o povo. (FURTADO, 1964)

Da mesma forma, o autor se opõe à visão de que o subdesenvolvimento seria uma etapa necessária do processo de desenvolvimento econômico, como proposto por Rostow (1959) e amplamente aceito na literatura internacional do período, passando a defender a ideia de que o subdesenvolvimento decorre de uma formação histórico-estrutural particular e que só pode ser superado por meio de transformações estruturais. (FURTADO, 1964)

Como exemplo de fatores que influenciaram na referida formação, o autor aponta a colonização regional e seu papel determinante na dicotomia social da região, já que, em um primeiro momento, na faixa litorânea úmida, a empresa agrícola exportadora de açúcar se baseava na exploração do trabalho escravo. Após, com a extinção formal da escravidão, no final do século XIX, as relações de trabalho pré-capitalistas passaram a se utilizar de diferentes formas de semiescravidão, semisservilismo, de “meia” e de cambão. Num segundo momento, ao demandar animais de carga e alimentos, a economia exportadora necessitou desenvolver a própria periferia, no interior, que lhe seria subordinada e dependente. Aliado a isso, o crescimento demográfico fazia com que a população se deslocasse para terras mais áridas, dificultando as próprias condições de subsistência. (FURTADO, 1964)

Em terceiro lugar, a economia agrícola do semiárido, voltada, principalmente, à exportação de algodão, se valia da força de trabalho de uma população que não dispunha de terras, não auferia salários e sobrevivia por meio da troca de sua força de trabalho por parte da produção (essa forma de partilha era conhecida como “meia”). Segundo o autor, essas três características perduraram por séculos, enraizando o subdesenvolvimento numa estrutura, marcada pela dualidade, voltada, externamente, para relações mercantis, ao passo que, no plano interno, prevaleciam relações de trabalho pré-capitalistas ou não mercantis, voltadas para a subsistência. (FURTADO, 1964)

O Ceará, estado cujo este trabalho objetiva focar, não destoa da realidade do restante do Nordeste em relação às dificuldades observadas na saúde, educação e habitação, por exemplo, e ilustrará a pesquisa aqui pretendida, posto que, além dos problemas comuns aos demais Estados do Brasil, enfrenta, também, há muito tempo, problemas típicos da população residente no semiárido e anteriormente mencionados nos estudos de Celso Furtado.

Nesse cenário, em 2017 apenas 44,9% da população cearense possuía acesso ao sistema de saneamento básico, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) Contínua. Segundo aludida amostra, em

relação à disponibilidade de água, no Nordeste, apenas 66% dos domicílios possui disponibilidade diária, enquanto na região Sul, o percentual chega a 97,5% de acordo com a mesma pesquisa. (IPECE, 2017)

Compreendendo a finalidade dos tributos e a necessidade de discorrer sobre o Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECOP), este estudo justifica-se pela necessidade de abordar seus principais aspectos legais, e de como a receita destinada ao referido fundo tem sido aplicada nos programas para tentar suprir as dificuldades primárias de sobrevivência da população pobre e extremamente pobre do Estado, promovendo a discussão sobre a real necessidade e função do FECOP, no Ceará.

A presente pesquisa delimitou-se em analisar os Relatórios de Desempenho de Gestão no período entre o ano de 2015 e o primeiro semestre de 2018, pois até a conclusão deste estudo, o relatório do segundo semestre de 2018 ainda não está disponível no *site* oficial do FECOP. O comparativo dos anos de 2015, 2016, 2017 e 2018 surge da necessidade de analisar os quatro últimos períodos mais recentes. Busca-se analisar os dados do Estado do Ceará, frente a todos os aspectos aqui mencionados, pela importância de entender como o FECOP vem sendo aplicado em um Estado onde exista uma parcela bastante considerável da população vivendo em extrema pobreza.

Desta forma, serão analisados os quatro períodos mais recentes do FECOP, no que se refere aos conteúdos de seus relatórios oficiais, confrontando a arrecadação com a execução da despesa orçamentária do Fundo. A partir disso, serão discriminados os valores destinados para cada Secretaria de Estado, bem como a classificação dos gastos com base nas Funções de Governo, a fim de evidenciar aquelas que obtiveram uma maior destinação dos recursos FECOP. Por fim, serão analisados os valores destinados por região, realizando um cotejo crítico com o mapa da pobreza no Estado do Ceará, para aferição se as zonas mais pobres foram aquelas que mais se beneficiaram com a destinação dos recursos.

Diante do exposto, evidencia-se a questão de partida deste estudo: Qual o impacto social da destinação do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECOP) no cumprimento do dever constitucional de erradicar a pobreza?

Para responder a questão, surge o objetivo geral da pesquisa: demonstrar a viabilização dos recursos do FECOP e a sua destinação aos programas especiais focados na manutenção da vida da população pobre e extremamente pobre, no Estado do Ceará. Para concretizar esse resultado, a pesquisa tem como objetivos específicos: apresentar o marco legal e o histórico de criação do FECOP, a vinculação da utilização de suas receitas e os aspectos tributários que influem em sua composição; confrontar a previsão da receita arrecadada anualmente com a despesa total executada nos programas estabelecidos de relevante interesse social, destinados à população pobre e extremamente pobre do Estado do Ceará; comparar a distribuição da execução da despesa nos municípios com o mapa da pobreza do Estado, de acordo com os programas essenciais por região do Ceará; e discutir o alcance do seu objetivo com a sociedade como ferramenta de diminuição das desigualdades sociais, a partir do cotejo entre as áreas que recebem maior parte dos recursos com as áreas de maior demanda social.

Diante dos objetivos específicos acima mencionados, objetiva-se identificar o cumprimento da função alocativa e distributiva da despesa pública sobre os recursos originados da atividade econômica da sociedade, com a sua principal fonte de arrecadação, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) no Ceará.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A fim de facilitar a compreensão do tema abordado, foram desmembrados alguns conceitos importantes nos pontos seguintes, como os conceitos de pobreza e onde o Ceará se encontra em termos percentuais.

2.1 A difícil missão de conceituar a pobreza

A pobreza pode ser verificada, com maior intensidade, em alguns países que em outros. Por isso, diversos são os conceitos que buscam definir de maneira mais precisa o que seria a pobreza.

Além de insuficiência de renda, alguns autores trazem ainda seus pontos de vista baseados na realidade social. Lemos (2008) entende que a pobreza é a ausência de capacidades básicas, variando de capacidades físicas que se ligam ao fato da falta da disponibilização de alimentação, vestuário, moradia e mortalidade previsível, como também a privação da vida comunitária, nas decisões políticas, por exemplo.

Nesse sentido, observa-se:

A pobreza não pode ser definida de forma única e universal, contudo, podemos afirmar que a pobreza se refere a situações de carência em que os indivíduos não conseguem manter um padrão mínimo de vida condizente com as referências socialmente estabelecidas em cada contexto histórico. Desse modo, a abordagem conceitual da pobreza absoluta requer que possamos, inicialmente, construir uma medida invariante no tempo das condições de vida dos indivíduos em uma sociedade. A noção de linha de pobreza equivale a essa medida. Em última instância, uma linha de pobreza pretende ser o parâmetro que permite, a uma sociedade específica, considerar como pobres todos aqueles indivíduos que se encontrem abaixo do seu valor. (BARROS; HENRIQUE; MENDONÇA, 2000, p. 124).

Para Amartya Sen (2007), a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza.

O baixo nível de renda é um dos causadores de uma vida pobre, ao mesmo tempo em que a renda é um meio de obter capacidades e sair da pobreza medida por ela. Se existe um aumento de capacidades, em tese, existe um aumento de renda como consequência dessa elevação de produtividade. Por isso, um aumento de capacidade deveria conduzir ao poder de auferir renda. (SEN, 2007).

Apesar disso, nem sempre a capacidade leva ao aumento de riqueza, uma vez que os aspectos sociais e econômicos de uma sociedade implicam diretamente na geração de oportunidades para as pessoas “capacitadas”. Porém, é nítido que o aumento das capacidades como a educação, saúde e segurança, colaboram para que as pessoas pobres consigam libertar-se dessa condição.

Por fim, Amartya Sen (2007), entende que a ausência das liberdades substantivas é relacionada com a falta de renda, que priva as pessoas de obterem o mínimo para sobreviver, a possibilidade de saciar suas necessidades mais básicas, como a fome, tratamento das doenças, oportunidade de vestir-se e de ter um lar.

Como mencionado, é difícil aferir a pobreza. Em um cenário global, em 2018, o Banco Mundial procurou, por meio de métodos quantitativos de abordagem, medir esse índice, que indicou que quase metade da população mundial (3,4 bilhões de pessoas) ainda luta para satisfazer as suas necessidades básicas. Mas firma o compromisso de continuar buscando atingir o objetivo de erradicar a pobreza extrema, definida como a renda inferior a US\$1,90 (cerca de R\$ 7,06) por dia, até 2030. (WORLD BANK GROUP, 2018, p. 67-69)

O Brasil está classificado entre os países com renda média-alta, para os quais o Banco sugere a linha de US\$ 5,5 (cerca de R\$ 20,45 por dia) para classificar as pessoas na pobreza, apesar disso, não existe uma linha oficial que meça a pobreza no país, variando conforme os critérios adotados. (IBGE, 2018, p. 57)

Ainda de acordo com o critério de renda, o IBGE divulgou dados de 2017, na Síntese de Indicadores Sociais, e havia 7,4% de pessoas (compreendendo mais de 15 milhões de pessoas), de acordo com o seu parâmetro, com rendimento domiciliar per capita inferior a US\$ 1,90/dia, e 26,5% da população (ou quase 55 milhões de pessoas) com rendimento inferior a US\$ 5,50/dia. (IBGE, 2018, p. 57)

Além dos critérios estatísticos, entende-se que a pobreza possui outras óticas reais, o que reforça o fato de ser uma barreira tão difícil de superar. Se o problema fosse somente renda, seria, sem dúvidas, mais simples organizar apenas políticas públicas que fossem voltadas ao aumento da renda nas famílias do país.

2.2 A ótica da pobreza no Estado do Ceará

O Ceará atingiu em 2018, de acordo com o IBGE, 9.076.426 de habitantes, se mantendo como o oitavo Estado mais populoso do Brasil. Cercado por problemas que permeiam a população, possui elevado nível de pobreza e extrema pobreza,

também possui indesejados indicadores sociais de mortalidade, criminalidade e expectativa de vida, atrelados a desigualdade e concentração de renda, a pouca infraestrutura, e o problema da crise hídrica que se estende sem pausas em seis anos de seca, conforme dados apresentados pelo IPECE na Síntese dos Indicadores Sociais do Ceará de 2017.

Sem destoar da realidade do país, de acordo com a PNAD Contínua do ano de 2017, a região Nordeste concentrava 44,8% da sua população sendo classificada como pobre, vivendo com menos de US\$ 5,50 por dia. No Ceará, 44,7% estão nessa faixa, 18,2 pontos percentuais acima da proporção nacional (26,5%). (IBGE, 2018, p. 57-59)

Para o Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (IPECE), são considerados extremamente pobres os que possuem renda inferior a R\$ 70,00 per capita, enquanto os considerados pobres possuem renda inferior a R\$ 140,00 reais, sendo ambos os valores deflacionados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC). Nesse aspecto, em 2017, o Instituto apresentou que a população extremamente pobre no Estado era de 9,90%, enquanto os pobres representavam 19,90%. (IPECE, 2018, p. 10)

A PNAD Contínua de 2017 mostrou que apenas 43,8% dos domicílios cearenses possuem serviço de esgotamento sanitário, ficando próximo da média da região Nordeste com 43,3%, enquanto a cobertura nacional é de 64,1%. (IPECE, 2018, p. 22)

O Ceará possui apenas 78,8% de cobertura de abastecimento de água, enquanto o nível regional é de 79,5% e o nacional é de 84,9%. Isto é, ainda em 2017, mais de 20% da população não possui acesso ao serviço, causando indisponibilidade de água para o próprio consumo dos domicílios. (IPECE, 2018, p. 21)

Em relação à educação, existe uma melhora dos índices nos últimos anos, mas o Estado ainda concentra um índice de 14,2% de pessoas analfabetas. É relevante lembrar que a baixa escolaridade e as altas taxas de analfabetismo da população brasileira são reflexos de problemas estruturais históricos, que impediram o acesso de milhões de pessoas ao sistema público de ensino (IPECE, 2017, p. 44).

No mercado de trabalho, o Ceará apresentou um índice de desemprego em 12,3%, enquanto o Nordeste tinha 14%, e o Brasil na mesma data possuía 12,5%. Índice menor que a média nacional, mas que representou um aumento em relação aos períodos anteriores a 2015. A taxa de desemprego entre os jovens de 14 a 29 anos possui um índice mais elevado, o que demonstra a necessidade de atenção especial para essa faixa etária, justamente por estarem mais propícios de ligação com a elevação das taxas de crime no país. (IPECE, 2017, p. 59).

O rendimento real mensal médio no Ceará em 2017 era de R\$ 1.432,00, existindo diferença de salário em relação ao sexo, enquanto homens ganham em média R\$ 1.552,00, mulheres ganham, em média, R\$ 1.260,00. Entre a Região Metropolitana de Fortaleza (RMF), a região urbana e a rural, quem possui maior média salarial é a RMF. (IPECE, 2018, p. 10; 61; 67-68)

O Ceará apresenta um nível histórico de concentração de renda em relação aos outros Estados do Brasil, entre os números publicados, a maior redução dessa desigualdade ocorreu na Região Metropolitana de Fortaleza (12,9%), seguida da zona Urbana (5,0%) e zona Rural (0,45%), embora a RMF mostre maior desigualdade de renda.

2.3 Marco legal do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECOP)

Por intermédio da Emenda Constitucional n. 31/00, foi instituído em âmbito federal o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOP), que discrimina no art. 79 o seu objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação o, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. Inicialmente, o fundo foi criado para vigorar até 2010 e deveria ser regulado por lei complementar (BRASIL, 2000).

Em dezembro de 2010, por meio da Emenda Constitucional n. 67, de 22 de dezembro de 2010, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o *caput* do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi prorrogado por tempo indeterminado.

Atualmente, 23 Estados e o Distrito Federal instituíram o FECOP, exceto o Amapá, Pará e Santa Catarina. No Ceará, criado por meio da Lei Complementar n. 37, de 26 de novembro de 2003, e regulamentado pelo Decreto n. 29.910, de 29 de setembro de 2009, o FECOP vem como uma ferramenta de gestão de natureza contábil, com o objetivo de viabilizar, para a população pobre e extremamente pobre do Estado do Ceará, acesso a níveis dignos de subsistência, mediante a aplicação de recursos em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, reforço da renda familiar, combate à seca, e outros programas de relevante interesse social, de modo a promover a melhoria da qualidade de vida.

Para isso, o art. 1º do Decreto n. 31.894, de 29 de fevereiro de 2016, as alíquotas que serão majoradas são referentes aos produtos, ao passo que, de acordo com o art. 2º, do referido Decreto, o adicional de ICMS deve ser recolhido nas seguintes operações, sendo elas o desembaraço aduaneiro, nas operações de importação dos produtos de que trata o art. 1º mencionados acima; da entrada neste Estado; das saídas internas, inclusive no fornecimento da energia elétrica e na prestação de serviço de comunicação.

Como mencionado acima, a alíquota destinada à composição FECOP incide sobre os produtos considerados supérfluos, a fim de colaborar com o enfrentamento da pobreza no Estado por meio de programas especiais destinados às áreas com maior necessidade de assistência para a população pobre, e extremamente pobre, do Ceará.

O público alvo das ações do FECOP compreende toda pessoa, grupo ou famílias, que apresente privação acentuada dos elementos básicos para sobrevivência digna.

A Lei n. 14.859, de 28 de dezembro de 2010, estabelece, em seu artigo 1º, que é considerado pobre para a inscrição em programas sociais e para a obtenção de benefícios do Estado, toda pessoa que apresente privação acentuada dos elementos básicos para a sobrevivência digna, tais como: alimentação, habitação e vestuário, podendo comprovar o estado de pobreza em que vive através de:

- a) fatura de energia elétrica que demonstre o consumo de até 80 kwh mensais;
- b) fatura de água que demonstre o consumo de até 10 (dez) metros cúbicos mensais;
- c) comprovante de inscrição em benefícios assistenciais do Governo Federal;
- e d) comprovante de obtenção de rendimento mensal inferior a meio salário mínimo por membro do núcleo familiar.

Por meio da Lei Complementar n. 37, de 26 de novembro de 2003, os pobres foram classificados administrativamente, pela ótica monetária, pessoas que vivem com menos que $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo *per capita*.

2.4 Programas de atuação do FECOP

O Fundo Estadual de Combate à Pobreza possui um público específico, estabelecido de acordo com os critérios de pobreza. Nessa sistemática, existem alguns programas que têm como objetivo a concretização da finalidade do FECOP, dividindo-se em programas assistenciais e estruturais.

Os programas assistenciais são voltados para aqueles considerados extremamente pobres. Com isso, o Estado busca favorecer o acesso a bens e serviços sociais para proporcionar o mínimo a essas pessoas que se encontram em uma situação mais vulnerável.

Os programas estruturais são destinados para os considerados pobres, a fim de proporcionar condições de acumular meios físico, humano e social, com suas ações voltadas para educação, ocupação e renda, infraestrutura e participação social, e que possibilite a migração da condição de pobre para não pobre.

Com isso, fica mais claro que os valores oriundos do FECOP têm um percurso a ser seguido junto aos programas específicos para cada necessidade da população, essas ações são integradas e transversais, a fim de garantir a otimização de recursos e insumos.

Por isso, todos os programas têm um objetivo em comum, que é buscar garantir que essas pessoas saiam da situação de pobreza e extrema pobreza, e o Estado deve criar as condições de estímulo necessárias para a população corresponder ao objetivo assistencial e estrutural do Fundo.

A gestão do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECOP) é realizada por meio de um Conselho Consultivo de Políticas de Inclusão Social (CCPIS) e uma Gerência Executiva do Fundo (GEF), tendo como suporte operacional os executores e parceiros locais.

Quanto ao orçamento dos programas e projetos continuados, eles têm seus orçamentos e metas aprovados anualmente, que devem ser transferidos da Secretaria da Fazenda (SEFAZ) direto para as Secretarias setoriais responsáveis pela implementação das ações planejadas, em caráter não reembolsável, após aprovação do CCPIS e conforme solicitação da GEF.

3 METODOLOGIA

A pesquisa foi realizada por meio do método indutivo e bibliográfico, colocando a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares. Por isso, nesse método parte-se da leitura das bibliografias e documentos acerca do tema que se deseja conhecer (GIL, 2008).

A abordagem da pesquisa foi qualitativa, no que se refere à análise de como os valores do FECOP estão sendo utilizados para o bem-estar social dos mais necessitados. Conforme Creswell (2010, p. 186), “a pesquisa qualitativa é um meio para explorar e entender o significado que os indivíduos ou os grupos atribuem a um problema social ou humano. O processo de pesquisa envolve [...] as interpretações feitas pelo pesquisador acerca do significado dos dados”.

Quanto aos objetivos, a pesquisa se classifica como descritiva, pois investigou diversas informações acerca da destinação dos recursos do FECOP e o seu impacto para a sociedade. De acordo com Triviños (1987, *apud* GERHARDT; SILVEIRA, 2009, p. 35), “a pesquisa descritiva exige do investigador uma série de informações sobre o que deseja pesquisar. Esse tipo de estudo pretende descrever os fatos e fenômenos de determinada realidade”.

Quanto ao delineamento, a pesquisa é considerada uma pesquisa bibliográfica e documental, pois conforme Gil (2008, p. 50), “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”.

Ademais, foram utilizados como meios de pesquisa a consulta a sítios eletrônicos, revistas, reportagens, leis e outras fontes essenciais para o bom desempenho da pesquisa. Na pesquisa documental, conforme Cervo, Bervian e Silva (2007 *apud* Rocha *et al.*, 2016, p. 86) “são investigados documentos com o propósito de descrever e comparar usos e costumes, tendências, diferenças e outras características. ”

O presente estudo foi realizado por meio da técnica de levantamento que, segundo Beuren, (2006) revela sua importância por extrair informações úteis para os futuros estudos ou para mapear a realidade presente de um determinado grupo ou da sociedade.

Com isso, a pesquisa buscou analisar os quatro últimos períodos disponíveis do FECOP, a fim de contribuir com os estudos envolvendo a temática. Para isso, utilizou-se da análise dos conteúdos dos relatórios oficiais do FECOP, confrontando a arrecadação com a execução da despesa orçamentária do Fundo. Os documentos disponíveis foram os Relatórios de Desempenho da Gestão bem como os Relatórios Financeiros Trimestrais, todos foram extraídos do *site* oficial do FECOP, que é gerido pela Secretaria de Planejamento e Gestão do Ceará (SEPLAG).

Foram discriminados os valores destinados para cada Secretaria de Governo, somando todos os valores, por ano, em 2015, 2016, 2017 e o primeiro semestre, no que se refere a 2018, já que o relatório anual do último ano do

estudo até o encerramento deste trabalho não estava disponível. Utilizou-se uma média do período analisado nas 16 funções de Governo, a fim de mostrar aquelas funções que mais obtiveram destinação do FECOP, elaborando um gráfico de percentual em ordem decrescente.

Foram analisados os valores destinados por região, comparando com o mapa da pobreza do Ceará. Com isso, será realizado um *ranking* das regiões que mais obtiveram destinação e, um outro, com as regiões que mais sofrem com a pobreza no Estado.

4 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS

Diante das premissas que norteiam esse trabalho, os dados foram analisados em tópicos únicos, conforme o estudo que segue.

4.1 A arrecadação do FECOP

Nesta seção são apresentados os resultados das análises dos Relatórios de Desempenho da Gestão do primeiro semestre de 2015 ao primeiro semestre de 2018. Na Tabela 1 são apresentados os valores relativos ao total arrecadado do Fundo.

**Tabela 1 - Total arrecadado do FECOP,
1º semestre de 2015 ao 1º semestre de 2018.**

Período	Ano			
	2015	2016	2017	2018
1º semestre	210.505.000,00	249.461.337,50	263.271.617,06	263.983.551,11
2º semestre	226.057.840,56	271.337.575,27	272.582.220,93	...
Arrecadação anual em reais	436.562.840,56	520.798.912,77	535.853.837,99	...

Fonte: Relatórios de desempenho da Gestão dos anos de 2015 a 2018, SEPLAG, adaptada pelos autores.

Houve um aumento na arrecadação do Fundo no período selecionado, tempestivamente esse fator pode ser explicado pelo aumento da arrecadação de ICMS, conforme tabela 2:

Tabela 2 - Arrecadação do ICMS

Anos estudados	Arrecadação anual do ICMS
2015	9.859.113.146,00
2016	10.436.139.901,00
2017	11.353.930.906,00
2018	11.978.962.445,00

Fonte: CONFAZ dos anos de 2015 a 2018, adaptada pelos autores.

O aumento na arrecadação do ICMS pode se justificar pelos recentes investimentos que buscam parcerias de empresas privadas para a geração de empregos e aquecimento da economia, como o Porto do Pecém, a Siderúrgica, o Aeroporto de Jericoacoara, o *hub* da *AirFrance*, dentre outras potencialidades, que indicam para uma recuperação da atividade econômica do Estado, produzindo bens e serviços para o consumo da população com um consequente aumento na arrecadação do imposto (SEPLAG, 2018).

Outro fator a se considerar é a inflação que altera o preço dos produtos, consequentemente, em dados numéricos, existe um aumento da arrecadação. Com o intuito de verificar o quanto foi arrecadado e quanto foi aplicado nos programas assistenciais e estruturais, os dados foram coletados por semestre a fim de ajudar na compreensão da porcentagem de execução do Fundo, conforme Tabela 3:

Tabela 3 - Arrecadação vs. Execução da despesa

Período	Arrecadação	Execução	Índice de execução financeira (%)
2015	436.562.840,56	437.069.494,05	100,12%
1º semestre	210.505.000,00	150.825.018,56	71,65%
2º semestre	226.057.840,56	286.244.475,49	126,62%
2016	520.798.912,77	557.772.821,42	107,10%
1º semestre	249.461.337,50	238.184.526,79	95,48%
2º semestre	271.337.575,27	319.588.294,63	117,78%
2017	535.853.837,99	525.267.669,87	98,02%
1º semestre	263.271.617,06	237.221.596,87	90,11%
2º semestre	272.582.220,93	288.046.073,00	105,67%
2018	263.983.551,11	173.414.082,19	65,69%
1º semestre	263.983.551,11	173.414.082,19	65,69%

Fonte: Relatórios de desempenho da Gestão dos anos de 2015 a 2018, SEPLAG, adaptada pelos autores.

Em 2015 e 2016 a porcentagem de execução do Fundo ultrapassou o total arrecadado, considerando somente o valor total, existe um bom desempenho quanto a aplicação da verba pelas Secretarias responsáveis, fazendo frente às necessidades da população com a aplicação dos recursos, apesar disso, existem algumas variações entre a destinação e a execução, conforme cada programa regido por sua Secretaria específica.

Já em 2017, houve 98,02% de índice de execução financeira, mostrando um saldo que poderia ter sido utilizado completamente, e diante do cenário cearense em relação aos baixos índices de uma vida digna, existe uma demanda por programas que forneçam assistência aos mais pobres. Quando existe um saldo decorrente da não utilização de recursos em um Estado pobre como o Ceará, não é uma boa alternativa, pois demonstra ineficiência na aplicação desses recursos e vai de encontro com as funções de um orçamento, sendo elas

a alocativa, distributiva e estabilizadora, funções que buscam ajustar a alocação de recursos, a distribuição de renda e a estabilidade econômica.

O Relatório de Desempenho da Gestão de 2017 informa que no ano referido a execução foi bastante eficiente, considerando todo o fluxo orçamentário, conforme a Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, os três estágios da despesa pública são o empenho, a liquidação e o pagamento; mas não comenta sobre o saldo restante.

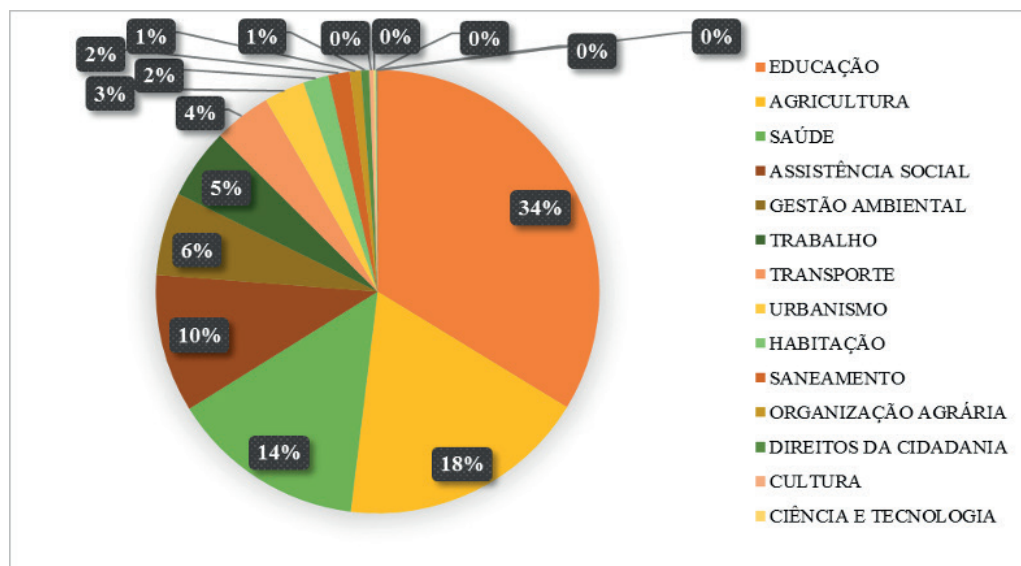
Em 2018, observa-se o menor percentual de execução comparando o primeiro semestre com o mesmo período dos anos anteriores analisados, apontando possivelmente para um resultado anual em que se repetiria a tendência de 2017 de restar um saldo positivo. Apesar disso, o Relatório do primeiro semestre de 2018 traz a mesma justificativa que a do relatório de 2017, de que a execução foi bastante eficiente, considerando o fluxo orçamentário e quando observados os dados relativos ao desempenho financeiro por Secretaria de Estado.

4.2 Execução orçamentária do Fundo por Função de Governo

Conforme determina o inciso VI, artigo 13 do Decreto n. 29.910, de 29 de setembro de 2009, é necessário que trimestralmente sejam divulgados os resultados do FECOP, com o objetivo de mostrar toda a movimentação financeira do Fundo, e evidenciar o total dos recursos arrecadados com o total dos recursos aplicados pelas secretarias setoriais que são responsáveis pela execução do FECOP.

Analisando os dados extraídos dos Relatórios de Desempenho da Gestão do período de 2015 ao primeiro semestre de 2018, foi realizada uma média dos anos estudados, a fim de obter um resultado que demonstrasse qual tem sido a prioridade de investimento por parte do Estado. Com isso, obtêm-se os seguintes dados em relação ao percentual de aplicação por Função do Governo, conforme Gráfico 1:

Gráfico 1 - Percentual de aplicação por Função de Governo



Fonte: Relatórios de desempenho da Gestão dos anos de 2015 a 2018, SEPLAG, adaptado pelos autores.

Notadamente, os recursos foram destinados para quatro principais funções, objetivando ajudar a população em questões relacionadas à educação, agricultura, saúde e assistência social.

Em relação à Educação, é importante destacar o programa Ensino Integrado à Educação Profissional, que recebeu durante o período estudado cerca de 21,60% dos recursos em relação aos outros programas, e possui como objetivo oferecer aos jovens estudantes uma formação técnica que possibilite sua inserção no mundo do trabalho. O programa faz frente à demanda social do Estado em relação aos jovens, que são mais propícios a entrar no mundo do crime, é o que aponta o Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (IPECE).

O segundo programa da educação é o Acesso e Aprendizagem das Crianças e Jovens na idade adequada, que visa o aumento da alfabetização e aprendizagem de crianças e jovens na idade correspondente ao Ensino Fundamental, que estejam entre 0 e 16 anos de idade.

Logo em seguida, a área que mais recebeu visibilidade dos recursos do governo foi a Agricultura, com os programas Desenvolvimento da Agropecuária Familiar e Inclusão Econômica e Enfrentamento à Pobreza Rural. O Estado vem buscando tornar os agricultores familiares produtores qualificados, viabilizando o acesso a estrutura básica produtiva, de modo que tenham incrementos de renda, se tornem competitivos e tragam melhores condições de vida e bem-estar, transformando-os em produtores credenciados para comercializarem seus produtos. Vale lembrar também que esses agricultores familiares possuem um importante papel na comercialização dos produtos dos Programas de Aquisição de Alimentos e no Programa Nacional de Alimentação Escolar (SEPLAG, 2018).

Em terceiro vem a Função Saúde, que conta com o programa intitulado de Atenção à Saúde Integral e de Qualidade que tem como objetivo promover a integralidade e o aprimoramento da política da atenção básica, especializada, ambulatorial e hospitalar, tendo como público-alvo a população usuária do Sistema Único de Saúde (SUS).

Por fim, a quarta maior destinação ficou para a Assistência Social, com o programa Proteção Social Básica, que visa atender às famílias e indivíduos em situação de vulnerabilidade social, prevenindo situações de risco e fortalecendo os vínculos familiares e comunitários, possui como unidade de atendimento o Centro de Referência da Assistência Social (CRAS). Também conta com o programa de Inclusão e Desenvolvimento do Trabalhador e tem como objetivo principal viabilizar maiores e melhores oportunidades de qualificação profissional, colocação no emprego e no serviço autônomo e inserção produtiva.

4.3 A aplicação dos recursos por Regiões

Nesta seção, serão analisados os valores aplicados por regiões, em 2015 o Ceará possuía 8 regiões, a partir de 2016 após uma análise das características socioeconômicas, geoambientais e culturais, para aprimorar as atividades de

monitoramento e implementação de políticas públicas estaduais, de acordo com a Secretaria do Planejamento e Gestão, o Estado passou a ser dividido em 14 regiões.

Na Tabela 4 abaixo, observa-se a antiga e a nova divisão das regiões e os respectivos percentuais de aplicação do Fundo:

Tabela 4 - Percentual de aplicação por Regiões

Regiões	2015	Regiões	2016	2017	1º sem de 2018
RMF	47,09	Cariri	9,46	9,49	10,00
Litoral Oeste	7,79	Centro Sul	4,38	3,19	3,00
Sobral/Ibiapaba	9,09	Grande Fortaleza	49,5	50,75	57,00
Sertão de Inhamuns	5,42	Litoral Leste	2,01	1,77	2,00
Sertão Central	7,81	Litoral Norte	3,59	3,86	3,00
Baturité	2,59	Litoral Oeste/Vale do Curu	3,4	2,96	3,00
Litoral Leste/Jaguaribe	6,9	Maciço de Baturité	2,52	2,97	2,00
Cariri/Centro Sul	13,21	Serra de Ibiapaba	2,39	2,44	2,00
Estado do Ceará	0,09	Sertão Central	3,94	4,88	4,00
-	-	Sertão de Canindé	2,62	2,10	2,00
-	-	Sertão de Crateús	4,8	4,85	4,00
-	-	Sertão de Inhamuns	1,82	1,61	1,00
-	-	Sertão de Sobral	5,99	5,86	4,00
-	-	Vale do Jaguaribe	3,59	3,79	3,00
-	-	Estado do Ceará	-	-	-
Dados em:	%	Dados em:	%	%	%

Fonte: Relatórios de desempenho da Gestão dos anos de 2015 a 2018, SEPLAG, adaptada pelos autores.

Em todos os anos analisados, a Região Metropolitana de Fortaleza, atualmente chamada de Grande Fortaleza, angariou mais de 45% de todos os recursos, com uma tendência de crescimento.

Em 2015, houve uma concentração de recursos na Região Metropolitana de Fortaleza com 47,70%, Cariri/Centro Sul com 13,21% e Sobral/Ibiapaba com 9,09%, juntos somaram quase 70% de todos os recursos.

Nos anos seguintes, a maior parte dos recursos ficaram com a região da Grande Fortaleza, Cariri e Sertão de Sobral, a destinação para essas regiões ficou em média 67% do total, comparando com 2015, existe uma menor concentração em números, mas isso se deve ao fato da nova divisão das regiões de planejamento.

Cabe ressaltar o número de pessoas pobres e extremamente pobres por regiões, a fim de comparar com o valor a elas destinado. Os dados foram disponibilizados pelo IPECE em 2012, e foram a base para os Relatórios de Desempenho da Gestão durante todo o período estudado. A população de pobres é estimada em 4.479.607, contendo neste universo, 1.502.924 de extremamente pobres.

A Tabela 5 foi elaborada a partir do total da população, discriminando aqueles considerados pobres, e os extremamente pobres, realizando um percentual dessa população em relação a população total, a fim de identificar nas regiões de planejamento onde essas pessoas estão mais concentradas.

Tabela 5 - Pobres e extremamente pobres nas Regiões de Planejamento

Região	População Total	População pobre (renda inferior a 1/2 salário mínimo)	percentual de pobres em relação à população total	População extremamente pobre	percentual de extremamente pobres em relação à população total
Cariri	962.018	569.554	59,20%	199.339	20,72%
Centro Sul	376.478	225.900	60,00%	90.121	23,94%
Grande Fortaleza	3.741.198	1.486.077	39,72%	294.544	7,87%
Litoral Leste	191.231	114.021	59,62%	38.837	20,31%
Litoral Norte	373.775	271.009	72,51%	128.115	34,28%
Litoral Oeste/Vale do Curu	364.116	257.178	70,63%	112.772	30,97%
Maciço de Baturité	230.523	152.117	65,99%	59.591	25,85%
Serra de Ibiapaba	335.506	226.247	67,43%	89.225	26,59%
Sertão Central	373.278	240.184	64,34%	102.478	27,45%
Sertão de Canindé	195.281	135.968	69,63%	65.061	33,32%
Sertão de Crateús	342.696	225.763	65,88%	108.941	31,79%
Sertão de Inhamuns	130.799	88.870	67,94%	39.718	30,37%
Sertão de Sobral	460.463	277.165	60,19%	103.394	22,45%
Vale do Jaguaribe	375.019	209.554	55,88%	70.788	18,88%
Estado do Ceará	-	-	-	-	-
Total	8.452.381	4.479.607	53,00%	1.502.924	17,78%

Fonte: IPECE e SEPLAG (2012), adaptada pelos autores.

Observa-se que em números absolutos, a região da Grande Fortaleza é a que concentra mais pobres e extremamente pobres. Isso pode ser explicado por ser uma região mais populosa e de sofrer com o processo migratório da sociedade vinda do interior em busca de sobrevivência e de melhores oportunidades, principalmente os jovens, que já não querem seguir os mesmos caminhos dos pais na agricultura familiar.

Foi realizado um cálculo percentual que buscou demonstrar quanto da população de cada região está classificada como público alvo do FECOP, já que essa relação direta afeta o desenvolvimento das cidades e do Estado como um todo. A região do Litoral Norte, por exemplo, possui aproximadamente 72,50% de pobres, desse total, 34,28% é extremamente pobre, e recebe em média 15 vezes menos que a região da Grande Fortaleza, que possui 39,72% do público alvo.

Em seguida, observa-se a região do Litoral Oeste/Vale do Curu, com 70,63% de pobres, desses, 30,97% são extremamente pobres, e recebeu 16 vezes menos que a maior destinação, a da Grande Fortaleza.

Essa realidade pode ser visualizada nas outras regiões conforme a Tabela 5, isso mostra que apesar das novas regiões de planejamento que sofreram nova divisão ou apenas a mudança de nome dessas regiões, os recursos continuam sendo aplicados na mesma ordem de prioridade, existindo maior destinação para a região da Grande Fortaleza, que possui maior número de pobres, mesmo que a relação direta com o total da população não seja tão expressiva se comparada às outras regiões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo demonstrar a destinação dos recursos do FECOP aos programas especiais focados na manutenção da vida da população pobre, e extremamente pobre, no Estado do Ceará, durante o período de 2015

ao primeiro semestre de 2018, como instrumento de efetivação do objetivo constitucional de erradicação da pobreza.

Verificou-se que houve um aumento na arrecadação do Fundo acompanhado pelo aumento na arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços no Estado do Ceará.

No que concerne à execução da despesa, quase todo o saldo está sendo utilizado, contudo, ainda existem saldos restantes que poderiam reforçar os programas ou novas criações de programas do Fundo, visto que ainda não se atingiu completamente o seu objetivo com a sociedade público alvo do FECOP, qual seja, a erradicação da pobreza e extrema pobreza.

As funções de governo que foram prioritárias durante todo o período foram educação, agricultura, saúde e assistência social, constatando assim que o Estado, por intermédio do FECOP, busca viabilizar principalmente o acesso à educação profissional e a alfabetização na idade certa, intenta promover os agricultores familiares para desenvolvimento profissional, busca disponibilizar assistência para a população necessitada por meio do SUS e busca promover a proteção das famílias em condições de vulnerabilidade social e oportunidades de qualificação e inserção profissional.

De modo geral, o FECOP foi aplicado nas regiões que possuem maior número de pobres, sendo elas as regiões da Grande Fortaleza, Cariri e Sertão de Sobral. Existe uma grande diferença entre as três regiões que recebem mais atenção, já que a Grande Fortaleza recebeu em média metade dos recursos do Fundo.

Partindo de outro ponto, a proporção de pobres e extremamente pobres na Grande Fortaleza é a menor entre as 14 regiões, enquanto isso, o Litoral Norte tem a maior relação direta com mais de 70% da população considerada público do FECOP e recebeu em média 15 vezes menos que a região da Grande Fortaleza, que possui 39,72% do público.

A causa dessa desproporcionalidade pode ser explicada pelo fato de que a Grande Fortaleza é a região mais populosa e ainda sofre do processo

migratório das pessoas do interior do Estado, principalmente indo para a capital e as cidades metropolitanas, onde existe mais emprego, desenvolvimento e investimento.

Com isso, conclui-se que os recursos do FECOP foram destinados para a população pobre, e extremamente pobre, do Estado do Ceará, mas destaca uma ressalva referente à necessidade de maior aplicação dos recursos nas regiões que possuem mais pobres em relação à população total, pois uma região que possui mais de 70% da sociedade em estado de pobreza dificulta a manutenção da dignidade dessas pessoas.

Portanto, sugere-se a realização de uma pesquisa de campo, possuindo como amostra uma região que recebe muito investimentos e uma que recebe pouco, comparando também o quantitativo de pobres para analisar quais são as necessidades prioritárias de acordo com suas principais atividades econômicas e com as condições ambientais do local, e confrontar como os recursos são aplicados nestes municípios da amostra respeitando as necessidades expostas.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. **Quase metade do mundo vive com menos de USD \$5.50 por dia**. The World Bank. 17 out. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2L0kckB>. Acesso em: 05 abr. 2019.

BARROS, Ricardo Paes; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. *A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*. In: HENRIQUES, R. (org). **Desigualdade e pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000. p. 21-48. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7708> Acesso em: 09 out. 2020.

BEUREN, Ilse Maria (coord.). **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://bit.ly/2x3uA2G>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, Fortaleza, CE. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 dez. 2000. Disponível em: <http://bit.ly/2J0scz9>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010**. Prorroga, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, Fortaleza, CE. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2L2gKWx>. Acesso em: 12 abr. 2019.

CASTRO, Josué de. **Geopolítica da Fome**: ensaio sobre os problemas de alimentação e de população. 7. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Brasiliense, 1965.

CEARÁ. **Prestação de Contas e Relatório de Desempenho do Fundo Estadual de Combate à Pobreza**. Fortaleza: Secretaria do Planejamento e Gestão, 2015 a 2018. Disponível em: <http://bit.ly/rel5621>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CEARÁ. **Mensagem à Assembleia Legislativa 2019**. Fortaleza: Secretaria do Planejamento e Gestão, 2018. Disponível em: <http://bit.ly/234Gxwa>. Acesso em: 02 maio 2019.

CEARÁ. **Decreto nº 29.910, de 29 de setembro de 2009**. Regulamenta a Lei Complementar Estadual, nº 37, de 26 de novembro de 2003, que institui o Fundo Estadual de Combate à Pobreza. Diário Oficial do Estado do Ceará, Fortaleza, 30 set. 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2MXRaVj>. Acesso em: 16 abr. 2019.

CEARÁ. **Decreto c31.894, de 26 de fevereiro de 2016.** Estabelece Procedimentos relativos ao cálculo e recolhimento do adicional do ICMS destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECOP). Diário Oficial do Estado, Fortaleza, 29 fev. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2N02XCn>. Acesso em: 16 maio 2019.

CEARÁ. **Lei Complementar nº 37, de 26 de novembro de 2003.** Dispõe sobre a instituição do Fundo de Combate à Pobreza – FECOP. Diário Oficial do Estado, Fortaleza, 27 nov. 2003. Disponível em: <http://bit.ly/2L1bkeo>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CEARÁ. **Lei nº 14.859 de 28 de dezembro de 2010.** Disposições da Constituição Estadual acerca do conceito de pobreza, a forma de sua comprovação e dá outras providenciais. Diário Oficial do Estado, Fortaleza, 06 jan. 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2WWPMBU>. Acesso em: 20 abr. 2019.

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

CONFAZ. **Boletim de Arrecadação de Tributos Estaduais.** Disponível em: <http://bit.ly/2MVkfAC>. Acesso em: 16 maio 2019.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa:** métodos qualitativo, quantitativo e misto. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil.** São Paulo: Nacional, 1964.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. *Métodos de Pesquisa.* SEAD, Porto Alegre: UFRGS, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2XodBXI>. Acesso em: 23 maio 2019.

HOFFMANN, R. *Transferências de Renda e Redução da Desigualdade no Brasil e em Cinco Regiões, entre 1997 e 2005.* In: **Desigualdade de renda no Brasil:** uma análise da queda recente. Orgs: BARROS, R.; FOGUEL, M.; ULYSSEA, G. Brasília: IPEA, 2007. p. 17-40. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Livrocompleto3.pdf> Acesso em: 09 out. 2020.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2018. Rio de Janeiro: Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf> Acesso em: 09 out. 2020.

IPECE. **Indicadores Sociais do Ceará 2017**. Fortaleza, 2018. Disponível em: <http://bit.ly/12agc9>. Acesso em: 09 abr. 2019.

LE MOS, José de Jesus Sousa. **Mapa da exclusão social no Brasil**: radiografia de um país assimetricamente pobre. 2. ed. Fortaleza, Ceará: Banco do Nordeste do Brasil, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2RrLEsp>. Acesso em: 13 mar. 2019.

MORGAN, M. M. *Extreme and Persistent Inequality: New Evidence for Brazil Combining National Accounts , Surveys and Fiscal Data, 2001-2015*. **World Wealth & Income Database**, v. 12, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do milênio**. Nova Iorque: ONU, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Road Map towards the implementation of the United Nations Millenium Declaration** – report of the secretary-geral. Fifty-sixth session. New York: ONU, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UN Millenium project**. New York: ONU, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Millenium development goals report**. New York: ONU, 2013. Disponível em: https://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20. Acesso em: 22 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Millenium development goals report**. New York: ONU, 2015. Disponível em: https://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20. Acesso em: 22 mar. 2020.

ROSTOW, Walt W. *The stages of economic growth*. **The economic history review**, v. 12, n. 1, p. 1-16, 1959. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2591077?seq=1> Acesso em: 09 out. 2020.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

WORLD BANK GROUP. **Poverty and shared prosperity 2018**: Piecing together the poverty puzzle. Washington: The World Bank, 2018. p. 67-69. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30418/9781464813306.pdf> Acesso em: 09 out. 2020.

SUBMETIDO: 01/04/2020

APROVADO: 19/10/2020

**PROTEÇÃO INTEGRAL DA JUVENTUDE COMO PRECEITO
CONSTITUCIONAL FRENTE À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA:
LEI 13.846/2019 NA PRESTAÇÃO DO BENEFÍCIO DE
PENSÃO POR MORTE AOS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES**

***INTEGRAL PROTECTION OF YOUTH AS A
CONSTITUTIONAL PRECEPT IN FRONT OF LEGISLATIVE
CHANGE: LAW 13.846/2019 IN THE PROVISION OF THE
PENSION BENEFIT FOR DEATH TO ABSOLUTELY DISABLE***

Sônia Aparecida de Carvalho

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Regional Integrada de Alto Uruguai e das Missões (URI) de Santo Ângelo - RS. Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Doutora em Direito pela *Universidad de Alicante* (UA - Espanha). Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora e pesquisadora.
E-mail: sonia.adv.2008@hotmail.com

Maykon Fagundes Machado

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista FAPESC-UNIVALI. Graduado em Direito pela UNIVALI. Advogado.
E-mail: adv.maykonfagundes@gmail.com

Pâmela Vieira Mohr

Especialista em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Conselheira Federal da Previdência Social da 16ª Junta de Recursos de Curitiba-PR, representante de classe das empresas. Advogada.
E-mail: pamela.mohr@mds.gov.br

Resumo

O presente relato da pesquisa possui como objeto a verificação precípua da possível inconstitucionalidade de dispositivo contido na Lei n. 13.846/2019, sobretudo observando que ele constitui prazo decadencial, entendido por outro lado como prescricional – para a juventude, leia-se crianças e adolescentes. Desse modo, tem a presente pesquisa objetivo geral de esclarecer tais contornos, principalmente a fim de situar o leitor no avanço legislativo ora criado em benefício da proteção da criança e do adolescente, e ainda, tendo como objetivo específico identificar essa dita inconstitucionalidade. Na presente abordagem, inicia-se destacando a evolução legislativa em prol da juventude, situa-se o leitor em seguida acerca do benefício da pensão por morte e do processo legislativo que ensejou a edição da norma, e por fim, aponta-se em caráter científico a possível inconstitucionalidade de dispositivo que estabelece prazo decadencial para concessão do benefício aos dependentes crianças e/ou adolescentes. Na presente pesquisa utiliza-se o método indutivo e o procedimento da análise bibliográfica.

Palavras-chave: Juventude. Pensão por Morte. Lei n. 13.846/19. Preceito Constitucional.

Abstract

The present report of the Research has as its object the primary verification of the possible unconstitutionality of the device contained in Law 13.846/2019, especially noting that it constitutes a decadential term, understood on the other hand as prescriptive – for Youth, read children and adolescents. Therefore, the present research has the general objective to clarifying such outlines, mainly in order to situate the reader in the legislative advance now created for the benefit of the protection of children and adolescents, and also, with the specific objective to identify this so-called unconstitutionality. In this approach, the legislative evolution in favor of youth begins, highlighting the reader next about the benefit of the death pension and the legislative process that led to the edition of the norm,

and finally, it points out in character scientific the possible unconstitutionality of a device that establishes a decadential term for granting the benefit to dependent children and / or adolescents. In this research, the inductive method and the bibliographic analysis procedure are used.

Keywords: Youth. Death Pension. Law n. 13.846/19. Constitutional Precept.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade a análise do Acordo Internacional entre o Brasil e os Estados Unidos. Assim, verifica-se que, diante do contexto social em que vivemos, onde há um grande índice de migração dos povos de vários países do mundo, há a necessidade de estudos para contribuição e compreensão das adversidades que a sociedade vem enfrentando.

O seu objetivo é a análise do que possa ser possível aproveitar para fins de tempo de contribuição, como solicitar e quais os efeitos no período básico de cálculo, tendo em vista se tratar de um instituto recente.

O trabalho a ser apresentado fundamenta-se na abordagem do acordo internacional como gênero, passando pela análise da necessidade de integração dos acordos internacionais no ordenamento jurídico e quais direitos foram elencados nos acordos já firmados pelo Brasil.

Na sequência, buscar-se-á analisar o acordo internacional entre o Brasil e os Estados Unidos, verificando-se a necessidade de compreensão do porquê ocorre a integração de um acordo internacional em matéria previdenciária ao ordenamento jurídico e quais os motivos que servem de fundamento e base para tal ato.

Por fim, verificar-se-á os efeitos do acordo internacional, analisando-se os riscos sociais abrangidos e as particularidades nos cálculos do salário benefício.

O problema central do presente trabalho é a falta de previsão de direitos sociais essenciais à garantia do exercício efetivo da dignidade da pessoa humana no acordo internacional entre o Brasil e os Estados Unidos que poderá afetar o segurado frente à vulnerabilidade social.

A hipótese que norteia a pesquisa é no sentido de verificar se o acordo internacional entre Brasil e Estados Unidos protege o segurado de forma ampla dos riscos sociais evidenciados na sociedade contemporânea.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e a exposição de resultados compõe-se na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (PASOLD, 2011, p. 25-105).

2 A EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS CONQUISTADAS ÀS CRIANÇAS, AOS ADOLESCENTES E JOVENS

Desde as mais remotas épocas antigas, tem se registro dos pertinentes avanços em relação às garantias e Direitos assegurados às crianças e adolescentes.

Na Grécia antiga, especificamente em Atenas, a educação se formulava nos ensinamentos familiares e decorrente dos aprendizados particulares. Ponce (1981, p. 50), nesse contexto destaca sobre os ensinamentos que: “[...] desde que um homem cresce, e uma vez que as leis ensinam que existem deuses, não cometerá jamais qualquer ação ímpia, nem pronunciará discursos contrários às leis”.

Note-se que a cultura antiga tratava as crianças e adolescentes de uma forma completamente adversa dos dias atuais, isso desde o império romano e, até mesmo analisado todo o oriente antigo. Nesse enfoque, Barros (2005, p. 70-71) destaca que:

No Oriente Antigo, o Código de Hamurabi (1728/1686 a.C.) previa o corte da língua do filho que ousasse dizer aos pais adotivos que eles não eram seus pais, assim como a extração dos olhos do filho adotivo que aspirasse voltar à casa dos pais biológicos (art. 193). Caso um filho batesse no pai, sua mão era decepada (art. 195). Em contrapartida, se um homem livre tivesse relações sexuais com a filha, a pena aplicada ao pai limitava-se a sua expulsão da cidade. (art. 154).

Nesse sentido, é nítido assim que durante toda a antiguidade, inexistia proteção adequada às crianças e adolescentes. As crianças nesse período, principalmente as de classe subalterna, serviam apenas como serviçais a serviço do Estado, na melhor das hipóteses sendo arduamente treinada para sobreviver no mundo.

Sob esse viés, pontua Azambuja (2006, p. 12) a fim de confirmar o dito acima, da seguinte maneira:

Em Roma (449 a.C.), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, n. 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta n. 2). Em Roma e na Grécia Antiga, a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o chefe da família, podia castigá-los, condená-los e até excluí-los da família.

Veja-se assim que, na antiguidade desconhecia-se a essência da categoria Infância, haja vista que somente por meados do Século XVI para o XVII começou-se a ter uma visão um tanto quanto distorcida acerca da outrora dita categoria, explica-se.

Nesse momento histórico, os infantes até eram notados até seus 07 (sete) anos, entretanto após tal idade sobrevinha aos tais o peso da vida adulta de forma biologicamente prematura com as abusivas e injustas punições.

Posta tal cronologia, sabe-se que até o final do século XIX, as crianças estavam sob o julgo desigual do Estado e da Igreja, vindo somente a partir do Século XX com o avanço da ciência e da mentalidade da Sociedade à época, terem o devido direito ao afeto e a infância (BARROS, 2005, p. 74).

Sendo assim, com a devida constatação do sentido da categoria Infância, alguns movimentos começaram a surgir, esses fundados na proteção do referido Direito da Criança e do Adolescente. Iniciando-se os debates em 1919 – ante a

criação do Comitê de Proteção da Infância, quando houve-se assim a efetivação internacional das obrigações relativas às crianças, influenciando a logo em seguida criada, Declaração dos Direitos da Criança.

Aponta-se assim, a respectiva cronologia no que tange o cenário internacional alinhado a busca pelos legítimos Direitos da Criança e do Adolescente:

- 1946: O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas recomenda a adoção da Declaração de Genebra. Logo após a II Guerra Mundial, um movimento internacional se manifesta a favor da criação do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância – UNICEF.
- 1948: A Assembleia das Nações Unidas proclamam em dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nela, os direitos e liberdades das crianças e adolescentes estão implicitamente incluídos.
- 1959: Adota-se por unanimidade a Declaração dos Direitos da Criança, embora este texto não seja de cumprimento obrigatório para os Estados membros.
- 1969: É adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22/11/1969, estabelecido que, todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, tanto por parte de sua família, como da sociedade e do Estado (TOMÁS, 2009, p. 23-24).

Desse modo, esclarece-se ao leitor que a cronologia acima destacada, demonstra que o debate acerca da efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente não se trata de assunto obsoleto e sem relevância, mas percebido o contexto das épocas antigas salientadas, tais discussões foram imprescindíveis com o evoluir das Sociedades.

Um dos grandes avanços decorrentes desses longos debates e estudos, foi a concretização da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Seus desdobramentos inclusive incentivaram mais tarde, pela criação do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil.

Tais discussões internacionais, certamente repercutiram no Brasil que, teve de certo modo adaptações a partir do Século XIX, a fim de inserir nas suas respectivas Constituições, o valioso tema Proteção à Criança e ao Adolescente, nunca de forma sólida e estável, frisa-se.

Somente com o advento da esperada Democracia, com a Constituição de 1988, destacou-se de forma constitucional o tema em seu art. 227, salientando os Direitos inerentes à infância e suas garantias inerentes.

A partir da Constituição brasileira de 1988 instituir dispositivo constitucional acerca da Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, regulamentou-se tal previsão com a confecção de um Estatuto abarcando minuciosamente os Direitos inerentes à infância e juventude.

Nesse aspecto, Veronese (1997, p. 110) pontua acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente da seguinte forma:

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio pôr fim a estas situações e tantas outras que implicavam numa ameaça aos direitos da criança e dos adolescentes, suscitando, no seu conjunto de medidas, uma nova postura a ser tomada tanto pela família, pela escola, pelas entidades de atendimento, pela sociedade e pelo Estado, objetivando resguardar os direitos das crianças e adolescentes, zelando para que não sejam sequer ameaçados.

Sendo assim, a dignidade da criança passou-se a ser privilegiada e o Direito ao feto e a infância preservada por tal diploma supra, isso inclusive de justíssima forma a repelir quaisquer discursos autoritários acerca de supressão de Direitos já adquiridos em nome de qualquer que seja o propósito criado.

A teoria da proteção integral da criança, possuindo respaldo histórico conforme aqui brevemente relatado carece de observação e de até mesmo aprimoramento, a fim de coibir eventuais retrocessos futuros, seja em quaisquer esferas do direito.

Na dúvida, não se retira direitos adquiridos, mas os garante, sobretudo observado seu digno propósito legítimo em conjunto com seu valor histórico.

3 O BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E A EDIÇÃO DA MP871 CONVERTIDA NA LEI N. 13.846/2019

O benefício de pensão por morte é previsto ao conjunto de dependentes do segurado, conforme disciplinado pelo artigo 16 e seus incisos da Lei n. 8.213/1991:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei n. 13.146, de 2015) (Vigência).

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei n. 13.146, de 2015) (Vigência) (BRASIL, 2019).

Portanto, para que haja a concessão do benefício de pensão por morte é necessário que exista o fato gerador do benefício, qual seja, o óbito do segurado, meio pelo qual a classe de dependentes, poderá por meio de obediência a concorrência e hierarquia entre as classes, requerer o benefício e tê-lo concedido.

Neste sentido, a redação do artigo 74, inciso I da Lei n. 8.213/1991, anterior à edição da Lei n. 13.846/2019, dizia o seguinte:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 1997) (Vide Medida Provisória n. 871, de 2019).

I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste; (Redação pela Lei n. 13.183, de 2015) (BRASIL, 2019).

Neste sentido, o recebimento do benefício aos dependentes retroagiria até a data do óbito quando requerida no prazo de 90 dias, devendo ser observada a contagem da data do fato gerador do benefício. Entretanto, caso requerido após esse período, o recebimento do benefício ocorreria a partir da Data de Entrada do Requerimento (DER).

Assim, não havia qualquer menção ao filho menor de 16 anos, o absolutamente incapaz, sendo que este, quando do requerimento do benefício, fazia jus ao recebimento desde o fato gerador e não da DER, conforme a legislação infraconstitucional, o princípio de proteção integral aos menores de 18 anos e o próprio caráter alimentar do benefício.

Deste modo, Fábio Zambitte Ibrahim discorre acerca da prescrição contra os absolutamente incapazes e sobre o recebimento do benefício de forma retroativa à data do óbito também nos casos de absolutamente incapazes, conforme dispõe:

A intenção foi submeter a todos a mesma regra: se o requerimento ultrapassar noventa dias (item II), a data de entrada do requerimento – DER será o marco inicial para a data de início do pagamento – DIP, ainda que a data de início do benefício – DIB seja fixada no óbito. Todavia, conforme orientações constantes da Nota Técnica CGMBEN/DIVCONS n. 112/2008, não corre prescrição contra os menores de dezesseis anos e contra os incapazes, nos termos do art. 79 da Lei n. 8.213/91, sendo, portanto, devido o benefício de pensão por morte e de auxílio-reclusão aos dependentes menores desde a data do óbito ou reclusão do instituidor, independentemente da data de sua ocorrência e desde que não sejam novos dependentes a benefício já concedido. Desta forma, acertadamente, o INSS já adota tal procedimento, somente iniciando o prazo de 30 dias (hoje, 90 dias) no momento em que o filho completa 16 anos (IBRAHIM, 2016, p. 673).

Nesta linha de raciocínio, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari também versam sobre o assunto, tratando sobre o entendimento jurisprudencial e do princípio geral do direito, como segue:

É firme também o entendimento jurisprudencial de que contra o absolutamente incapaz não correm prazos prescricionais e decadenciais, pois é princípio geral do direito que não há como exigir de pessoa incapaz para os atos da vida civil que tome medidas tendentes à preservação de seus direitos. Neste sentido: AC 2003.70.01.004795-8/PR, TRF da 4ª Região, Relator Juiz Sebastião Ogê Muniz, DE 6.12.2006; TNU, PU 05085816220074058200, Relator Juiz Antônio Amaral e Silva, DOU 9.8.2012 (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 728).

Deste modo, a Medida Provisória (MP) n. 871 de 18 de janeiro de 2019 foi editada com intuito de regulamentar principalmente a apuração de irregularidades e para combater as fraudes realizadas no âmbito da previdência.

Ademais, os benefícios que sofreram alterações pela MP n. 871/2019 foram o auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte, aposentadoria rural, salário-maternidade e o auxílio-reclusão.

Em sua exposição de motivos, a MP n. 871/2019 também afirma existir déficit desde 1995 com o crescimento das despesas e com o pagamento de benefícios superando o crescimento das receitas.

Para o presente artigo é necessário observar que a MP 871/2019 altera a redação da pensão por morte, em especial na concessão do benefício aos dependentes menores de 18 (dezoito) anos, como se pode observar a explanação discorrida na exposição de motivos:

Outra medida importante ora proposta **para melhorar a qualidade do gasto previdenciário** é o estabelecimento de prazo de até 180 dias para se ter direito a receber o benefício de forma retroativa à data do óbito no caso dos filhos menores de 16 anos (BRASIL. 2019-a). (grifou-se).

Em análise a exposição de motivos, observa-se que para alteração da concessão de benefício aos dependentes menores de 16 anos, resta evidente que a única preocupação do legislador foi no sentido econômico, vez que estabelece prazo de até 180 dias para recebimento do benefício de forma retroativa à data

do óbito no caso dos filhos menores de 16 anos, indo na contramão de todo entendimento jurisprudencial sedimentado, dos princípios constitucionais e da própria legislação infraconstitucional.

Não obstante, além do fato supracitado, a MP também revoga a aplicação do artigo 79 da Lei n. 8.213/1991 que trata do seguinte “Art. 79. Não se aplica o disposto no art. 103 desta Lei ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei.” (BRASIL, 2019).

Para elucidação do tema, faz-se necessário observar a redação do artigo 103 da Lei n. 8.213/1991, antes das alterações advindas da Lei n. 13.846/2019, consoante dispõe:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei n. 10.839, de 2004)

Desta feita, o artigo 103 da Lei n. 8.213/1991 trata do prazo decadencial para revisão do benefício, ou seja, a alteração prevê a aplicação do prazo decadencial aos absolutamente incapazes, fato este que não ocorria ao pensionista absolutamente incapaz, sendo que o prazo decadencial iniciava a transcorrer após o dependente completar 16 anos.

Assim, a MP n. 871/2019 foi convertida na lei 13.846 de 18 de junho de 2019, após aprovação no Senado que fora realizado no dia 03 de junho de 2019, último dia para votação da Medida Provisória.

Portanto, a Lei n. 13.846/2019 revoga a disposição do artigo 79 da Lei n. 8.213/1991 e altera a disposição do artigo 74, inciso I também da Lei n. 8.213/1991, como se pode observar:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes; (Redação dada pela Lei n. 13.846, de 2019) (BRASIL, 2019).

Diante deste contexto, verifica-se que a MP n. 871/2019, que foi convertida na Lei n. 13.846/2019 tratou de editar grandes alterações no tocante aos direitos dos absolutamente incapazes.

Ocorre que tais alterações apenas restringiram direitos dos dependentes absolutamente incapazes, sendo totalmente contrária a todo entendimento sedimentado ao longo dos anos, assim como do princípio e da legislação infraconstitucional.

4 A LEI 13.846/2019 E A OFENSA CONSTITUCIONAL E INFRA-CONSTITUCIONAL EM FACE DOS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

Inicialmente consta observar que os benefícios previdenciários possuem o caráter alimentar, sendo, em regra, uma renda substitutiva por se tratar da única renda do segurado.

Desta forma, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2018, p. 728) também refletem o mesmo entendimento acerca da natureza “alimentar dos benefícios previdenciários e a renovação do direito à prestação a cada mês (trato sucessivo)” dos benefícios previdenciários, como se pode observar:

Trata-se de direito de natureza eminentemente alimentar, gerador, no mais das vezes, da subsistência básica do ser humano, cuja demora ou indeferimento descabido podem causar danos irreparáveis à existência digna de quem dependa das prestações do seguro social (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 728).

Assim, deve ser destacado que dentro da carta de benefícios previdenciários, há o benefício de pensão por morte. Portanto, a garantia da pensão por morte é essencial à subsistência dos dependentes para assegurar uma vida digna.

Neste sentido, o caráter alimentar se trata do que é primordial à manutenção da vida como as vestimentas, os medicamentos, a educação, o lazer, a cultura, o cuidado com a saúde e o bem estar físico e mental, assim como a própria alimentação. Trata-se, por conseguinte, de um preceito básico constitucional, verificado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha de raciocínio segue o trato sucessivo do benefício, vez que se renova mensalmente em face da necessidade do benefício como forma prática da garantia da subsistência dos dependentes.

Dentro deste panorama devem ser observados os absolutamente incapazes, haja vista que necessitam de maior proteção para salvaguardar seus direitos, assim a própria Constituição Federal insculpiu, em seu artigo 227, o princípio da proteção integral, consoante dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010) (BRASIL, 2019-b).

Logo, resta evidente a preocupação do legislador constituinte com as crianças, adolescentes e jovens, por meio do qual tratou de editar um capítulo destinado também a eles com a disposição do artigo supracitado.

Não somente o legislador constituinte se preocupou com as crianças, adolescentes e jovens, pois o legislador infraconstitucional passou a garantir que contra os absolutamente incapazes não corresse prescrição, como dispõe o artigo 198, do Código Civil de 2002 “Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º” (BRASIL, 2019-c), tratando-se, portanto, de uma forma de salvaguardar direitos àqueles que ainda estão em fase de formação e desenvolvimento intelectual e merecessem amparo.

Isto posto, ressalta-se estreita simetria entre o Código de Civil de 2002 com as garantias trazidas pela Constituição Federal de 1988, vez que a intenção em ambos os casos está voltada tão somente para resguardar ao ser humano em estágio de formação todo o cuidado e amparo.

De igual forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente adveio com o objetivo de defender e assegurar os direitos da criança e do adolescente, sendo nítida tal característica em seu artigo 3º, como disposto:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 2019-d).

Ainda que verificada toda essa proteção constitucional e infraconstitucional ao absolutamente incapaz, a Lei n. 13.846/2019 veio com o viés totalmente arbitrário ao conceito de proteção ao absolutamente incapaz, tratando de regulamentar o prazo de até 180 dias para se ter direito a receber o benefício de forma retroativa à data do óbito e a transcorrência do prazo decadencial.

Portanto, a violação constitucional é cristalina, vez que o princípio constitucional da proteção integral imbuído pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, traz a necessidade de proteção e neste caso principalmente aos absolutamente incapazes que ainda não estão completamente formados e desenvolvidos.

Deste modo, a não retroação do recebimento do benefício para a data do fato gerador por não ter sido obedecido o prazo de 180 dias, conforme estipulado pela nova Lei n. 13.846/2019 que altera o inciso I do artigo 74 da Lei n. 8.213/1991, ignora o caráter alimentar do benefício e a necessidade que o absolutamente incapaz tem em relação a sua própria subsistência.

O trato sucessivo do benefício garante a dignidade do dependente, contudo, privar o absolutamente incapaz de receber o benefício desde o óbito do instituidor do benefício é igual lhe negar alimentação, vestuário, medicamentos e entre outras necessidades básicas de um ser humano.

O intuito do legislador foi traduzido em tão somente colocar em uniformidade todos os indivíduos perante a lei, porém deixou de observar suas desigualdades, conforme pressupõe o princípio constitucional da igualdade, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Urge ressaltar que o absolutamente incapaz não pode ser comparado com um ser humano completamente desenvolvido, portanto, é principalmente nesse estágio de formação que a criança e o adolescente merecem que seus direitos sejam salvaguardados.

A revogação do artigo 79 da Lei n. 8.213/1991 que conferia ao absolutamente incapaz a não fluência do prazo de decadência para revisão do ato de concessão ou indeferimento do benefício, reflete, de forma clara, que o legislador em nenhum momento se ateve aos princípios constitucionais e às legislações infraconstitucionais.

Destaca-se que o direito da previdência social possui sua base no primado social, partindo a análise dos direitos humanos e direitos fundamentais, entretanto ao editar a MP n. 871/2019 que foi convertida na Lei n. 13.846/2019, resta claro que na exposição de motivos a única vertente observada foi o viés econômico.

Assim, observa-se que na afirmativa transcrita na exposição de motivos consta a seguinte frase “outra medida importante ora proposta para melhorar a qualidade do gasto previdenciário” (BRASIL, 2019-a), ou seja, trata como melhoria do gasto previdenciário a revogação de direitos essenciais à manutenção da subsistência dos absolutamente incapazes.

Outrossim, não restam dúvidas de que a alteração legislativa não observou a questão social vinculada ao aspecto econômico, tratando-se apenas da economia em números sem observar a vertente que rege toda a Previdência Social, ferindo

de forma evidente o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes, ignorando a fragilidade e sua condição ainda em desenvolvimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente relato da pesquisa, conclui-se que durante os anos, construiu-se uma forte legislação em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes, aponta-se isso inicialmente a fim de situar o leitor que, tais Direitos possuem significativa importância em razão de concederem garantias aos jovens e crianças, principalmente por serem vulneráveis perante a Sociedade.

Desse modo, destacou-se que o Processo Legislativo que institui o diploma legal até aqui comentado, embora formulado com a intenção de corrigir vícios de forma e de linguagem, acabou por introduzir uma dicotomia – essa, sobretudo de caráter inconstitucional, esperando-se pela declaração dela.

Sendo assim, conclui-se o presente relato da pesquisa, aduzindo-se sobretudo que, direitos e garantias fundamentais não podem ser suprimidos por falha legislativa de linguagem, nem por quaisquer vícios – seja esses materiais ou formais.

Torna-se necessário então perceber, a importância da técnica legislativa, a fim de elaborar tais dispositivos, tendo-se inclusive um amplo debate e análise aprofundada, sobretudo sob o prisma da Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança?* **Revista Virtual de Textos e Contextos**. São Paulo, v. 1, n. 5, nov, p. 1-19, 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/1022/802>. Acesso em: 30 set. 2020.

BARROS, Nívea Valença. **Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente**. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social. 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia Forense). Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.609, de 13 de julho de 1990 d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 871, de 18 de janeiro de 2019 a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-871-19.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 21. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed., ver., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PONCE, Aníbal. **Educação e luta de classes**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1981.

TOMÁS, Catarina Almeida. **Dia Mundial da Criança: um percurso difícil**. São Paulo: Atlas, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

AUTOR(A) CONVIDADO(A)