

THEMISRevista

JURÍDICA

Volume 03 • Número 05 • Jul-Dez 2022



REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

THEMIS REVISTA

Jurídica

Volume 03

Número 05

Julho - Dezembro 2022

Fadac

Sociedade Educacional Ltda.

THEMIS REVISTA JURÍDICA - ISSN 2763-8243 | ISSN-e 2763-8243

DOI: doi.org/10.55386/themis

Volume 03 - Número 05

Julho - Dezembro 2022

CONSELHO EDITORIAL

Editor chefe: Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor adjunto: Prof. Dr. João Paulo Vani

Secretária adjunta: Larissa Rodrigues Serafim da Silva

Revisão de texto: Célia Regina Cavicchia Vasconcelos

Produção gráfica: Grupo Editorial HN

CONSELHO CIENTÍFICO - BRASIL

Prof. Dr. Gentil de Faria

Prof. Dr. José Roberto Castro Neves

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida

Prof. Dr. José Affonso Dallegre Neto

CONSELHO CIENTÍFICO - EXTERIOR

Prof. Dr. João Leal Amado (Portugal)

AUTOR CORPORATIVO

Fadac Sociedade Educacional Ltda.

Rua Fuad Jorge Goraieb, nº 190, Sala C, Jd. Pinheiros

15091-340 – São José do Rio Preto – SP

CNPJ 30.921.021/0001-00

THEMISRevista
JURÍDICA

REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

PREFÁCIO

Com muita satisfação apresentamos mais um volume da nossa Themis Revista Jurídica, com artigos interessantes, atualizados e que obedecem ao critério editorial de sempre fomentar o debate entre os nossos leitores, em especial os operadores do Direito.

Entre os artigos submetidos à Revista, aquele intitulado o *Direito à Mentira* é um dos mais provocantes, pois trava uma batalha jurídica com os princípios da boa fé e da busca da verdade em oposição aos Direitos Humanos Fundamentais, inclusive o de não produzir prova contra si mesmo.

No campo do Direito e Literatura, análises jurídicas das obras *Cem anos de solidão*, de Gabriel García Márquez e *Quarup*, de Antonio Callado dão continuidade à proposta da Revista de visitar e revistar autores nacionais e estrangeiros consagrados na literatura mundial, relacionando os temas abordados com o Direito.

No mesmo sentido, o espaço editorial destinado ao Direito e Tecnologia está assegurado por meio do artigo intitulado *Conformidade de chatbots com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD*, assunto atualíssimo do mundo cibernético em que vivemos.

Outros temas não menos importantes permeiam este volume e poderão ser conferidos pelos nossos leitores no formato digital ou impresso que, certamente, terá a mesma acolhida das edições anteriores.

Boa leitura a todos !

Paulo Cesar Baria de Castilho
Editor-Chefe

SUMÁRIO

Breves reflexões acerca do Teletrabalho à luz da Medida Provisória nº 1.108/2022	07
Luiz Fernando Vescovi	
Questões postas: (re)pensar Bourdieu no contexto jurídico brasileiro contemporâneo - Parte II	25
Paulo Victor Fanaia Teixeira	
Antonio Callado, o Direito e suas questões no romance <i>Quarup</i>	45
Edson Benedito Rondon Filho	
O novo regime de insolvência empresarial no Brasil previsto na Lei nº 14.112/2020	59
Charles Stevan Prieto de Azevedo	
Conformidade de <i>chatbots</i> com a lei geral de proteção de dados - LGPD	75
Patrícia Peck Garrido Pinheiro	
Literatura de Gabriel García Márquez e os movimentos trabalhistas na América Latina	85
Camila Marques Bottós	
Mediação: as implicações do Princípio da Imparcialidade e da Neutralidade	109
Bruno Camargo Romanelli Fernanda Tribst Drouianov	
A efetividade do crédito tributário: temos uma solução com as reformas constitucionais do sistema tributário?	139
João Paulo Mendes Neto José Jaime Dourado Junior	

Pós-Modernidade, Direitos Humanos e Sociais: para onde caminha o direito do trabalho?	161
Paulo Cesar Baria de Castilho	
O direito à mentira como expressão dos Direitos Humanos nas relações de trabalho	181
Jéssica Serejo Luglio de Oliveira	
Normas para publicação na Revista THEMIS	207

BREVES REFLEXÕES ACERCA DO TELETRABALHO À LUZ DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.108/2022

*Brief reflections on teleworking
in the light of provisory act (MP) N. 1.108/2022*

Luiz Fernando Vescovi¹

ÁREA: Direito Trabalhista.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo tecer comentários pontuais sobre a atualização da Consolidação das Leis do Trabalho proposta pela Medida Provisória nº 1.108/2022, que altera, principalmente, o Capítulo II-A da lei geral, versando, pois, acerca das condições do instituto do teletrabalho e sua aplicabilidade em âmbito nacional. A citada Medida Provisória traz inovações normativas a quem figura na condição de teletrabalhador, porquanto introduz novos direitos que servirão para garantir a dignidade do prestador de serviços, bem como uma equidade salarial em razão do tempo que dispõe para a empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Medida Provisória nº 1.108. Atualização Normativa. Inovação Legislativa. Consolidação das Leis do Trabalho.

ABSTRACT: The present study aims to make specific comments on the update of the Consolidation of Labor Laws proposed by Provisional Measure nº 1.108/2022, which mainly amends Chapter II-A of the general law, thus dealing with the conditions of the institute of teleworking and its applicability nationwide. The aforementioned Provisional Measure brings normative innovations to those who are telecommuters, as it introduces new rights that will serve to guarantee the dignity of the service provider, as well as salary equity due to the time they have for the company.

KEYWORDS: Telework. Provisional Measure nº 1.108. Normative Update. Legislative Innovation. Consolidation of Labor Laws.

¹ Professor da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino. Mestre em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina pela Universidad de la Empresa. Mestre em Direito Internacional pela Universidad San Carlos. Autor de vários livros e artigos jurídicos. Advogado. Site: www.luizfernandovescovi.com.br. E-mail: luizfernando@vescovi.com.br.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Teletrabalho do Artigo 75 da CLT e o Teletrabalho da MP nº 1.108/2022; 2. O Artigo 75-B, § 1º da CLT e a Flexibilização dos Requisitos do Teletrabalho; 3. O Artigo 75-B, §§ 2º e 3º da CLT, as Espécies de Jornada de Trabalho do Teletrabalho e a sua (In)aplicação; 4. O Artigo 75-F da CLT e a Prioridade no Regime de Teletrabalho; 5. As Perspectivas para o Novo Teletrabalho no Brasil; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em meados dos anos 1970, o contexto histórico da população global era o de vivenciar crises petrolíferas², que vieram a cessar somente na década seguinte. Logo, a realidade diária daquele momento era de que as pessoas gastavam muito tempo se deslocando de seus lares até seus empregos, fazendo com que optassem por efetuar o trajeto a pé, ao invés de utilizarem-se de veículos automotores movidos a combustíveis produzidos a partir do petróleo, de forma a evitar gastos desnecessários. Partindo desta situação fática, o cientista estadunidense Jack M. Nilles, em 1973, desenvolveu um projeto de pesquisa no qual trabalhadores podiam executar as suas tarefas profissionais de suas próprias casas, através de meios tecnológicos dispostos à época. Tal projeto acabou sendo batizado de *telecommuting*, ou, em português, teletrabalho.

O pesquisador, também conhecido por ser o Pai do Teletrabalho, conceitua o instituto que concebeu como “*quaisquer formas de substituição de deslocamentos relacionados com a atividade econômica por tecnologias da informação, ou a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho*”³. Esta percepção, ao longo do tempo, sofreu mudanças substanciais, haja vista que as ferramentas de tecnologia foram se aperfeiçoando e novos instrumentos científicos igualmente foram criados. Neste sentido, conceitos mais modernos de teletrabalho foram sendo formulados, como aquele idealizado por Luciano Martinez:

² Nesta época, a parcela majoritária do petróleo era exportada pelos produtores árabes que faziam parte da OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo que, em 1973, tentando desestabilizar a economia norte-americana, anunciaram um embargo petrolífero especialmente para os Estados Unidos da América, mas que acabou respingando na Europa e na África. A população evitava gastar petróleo neste período pois o insumo teve um aumento de 400% em razão do embargo (VIRTUALIA, 2009).

³ NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. São Paulo: Futura, 1997, p. 28.

O teletrabalho é muito mais do que uma modalidade de trabalho em domicílio. O teletrabalho é um conceito de organização laboral por meio da qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento⁴.

Vê-se, de pronto, que o instituto em tela é entendido como um regime de trabalho cuja essência denota o empregado não estar fisicamente presente no ambiente de trabalho para, de fato, haver a realização de suas atividades laborais, porquanto estas podem ser efetivadas por meios ditos telemáticos⁵. Na mesma toada, o Tribunal Superior do Trabalho assim o define:

É a modalidade de trabalho realizada fora das dependências do empregador, com a utilização de recursos tecnológicos e que não se enquadram na ideia de trabalho externo, isto é, do trabalho que, em razão de sua natureza, é desempenhado em locais externos, como é o caso de motoristas, representantes, vendedores, etc.⁶.

Da interpretação da definição supra, percebe-se que a Corte Laboral trouxe importante destaque no tocante ao fato de que *teletrabalho* é função diversa de *trabalho externo*, vez que este é atividade realizada fora das dependências funcionais, em razão da própria natureza de sua atribuição, como nos exemplos acima, a qual não pode ser executada em ambiente virtual.

Deste modo, tem-se que o regime de teletrabalho foi criado com o escopo de otimizar o tempo do empregado, posto que este não mais irá precisar deslocar-se de um ponto a outro para efetuar suas obrigações profissionais, sendo, portanto, possível realizá-las onde quer que esteja, não precisando, necessariamente, estar em sua residência⁷. Muitas são as vantagens de sua utilização prática, tais como o menor gasto de tempo e de dinheiro com o traslado e a flexibilização dos horários de trabalho. Por outro lado, igualmente existem desvantagens já reconhecidas pela doutrina majoritária e pelo cotidiano laboral, dentre as quais,

⁴ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 143.

⁵ É a tecnologia que permite uma comunicação à distância entre os serviços de informática através de redes de telecomunicações (DORE, 2020).

⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Teletrabalho: o trabalho de onde você estiver. *Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

⁷ Teletrabalho é um termo mais abrangente, que inclui o trabalho realizado em casa ou em outros locais que não sejam a empresa – em espaços de *coworking*, cafeterias, etc. Já o *home office* é um termo específico ao trabalho realizado em casa, abrangendo também trabalhadores autônomos e *freelancers* (TST, 2020).

o maior gasto com energia elétrica, uma menor socialização entre trabalhadores e, ainda, a possibilidade de sobrecarga de trabalho, uma vez que, neste caso, não existe uma rotina laboral definida⁸.

O teletrabalho, sob o viés jurídico, é tido como um modelo de trabalho que se encontra assentado na Consolidação das Leis de Trabalho desde o ano de 2017, quando do advento da Lei nº 13.467, popularmente conhecida por Reforma Trabalhista. Antes dela, a única previsão normativa vigente acerca deste regime encontrava-se inserida no artigo 6º, *caput* e parágrafo único da CLT, que já dispunha:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Com as diversas atualizações trazidas pela Reforma, o instituto do teletrabalho ganhou maior espaço dentro da Consolidação das Leis do Trabalho, recebendo, inclusive, um capítulo próprio, Capítulo II-A, que hoje se estende do artigo 75-A ao 75-F. Nestes dispositivos estão descritos, dentre outros elementos e situações, o seu conceito e as condições para migração ao trabalho presencial.

Em linhas gerais, além daquilo que se encontra disposto na CLT, o teletrabalho teve apenas uma normativa que tratava a seu respeito, a Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, a qual dispunha acerca das medidas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do Coronavírus (Covid-19), e que teve sua vigência encerrada em 19 de julho daquele mesmo ano, por meio do Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92. Demais regulamentos sobre a matéria se prestam exclusivamente para grupos específicos, como são os casos da Resolução nº 151/2015, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cujo destinatário é a Justiça do Trabalho, e da Resolução nº 227/2016, do Conselho Nacional de Justiça, cujo destinatário é o Poder Judiciário.

⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Teletrabalho: o trabalho de onde você estiver. *Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

Não obstante, em 25 de março de 2022 foi publicada a Medida Provisória nº 1.108, a qual alterou parcialmente o teor do Capítulo II-A da CLT, trazendo avanços para a aplicação deste modelo trabalhista no Brasil. Assim, o presente ensaio tem por escopo tecer comentários sobre as principais alterações que a MP trará ao ordenamento jurídico, vez que a mesma tem o intuito de modificar o conteúdo sobre o teletrabalho previsto na CLT.

1. O TELETRABALHO DO ARTIGO 75 DA CLT E O TELETRABALHO DA MP Nº 1.108/2022

Antes de 2017, o teletrabalhador não possuía direitos “específicos”, o que, de um certo modo, trazia insegurança jurídica quanto a aplicação do regime, vez que o único respaldo era o previsto no artigo 6º da CLT, mera disposição genérica para as relações de trabalho. Por conta desta carência e do aumento substancial de atividades laborais nesta modalidade, houve forte demanda pela criação de uma estrutura melhor formulada, de maneira que sua utilização pudesse ser delineada por uma diretriz de conteúdo mais robusto, que envolvesse as condições particulares do teletrabalho.

A Reforma Trabalhista trouxe, então, o Capítulo II-A, “Do Teletrabalho”, descrevendo questões acerca do tema em toda a sua extensão. Os artigos, respectivamente, tratam sobre a definição do que se considera “teletrabalho” (artigo 75-B); a obrigatoriedade desta condição estar descrita expressamente no contrato do empregador que irá prestar seus serviços nesta categoria, e suas funções acuradas (artigo 75-C); as possibilidades de alterar para prestação de serviço presencial, desde que haja mútuo acordo entre as partes, tendo prazo mínimo de 15 dias para a transição (artigo 75-C, §§ 1º e 2º); a responsabilidade de aquisição, manutenção ou fornecimento de equipamentos tecnológicos, tal como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado e a previsão a respeito em contrato (artigo 75-D); a obrigação do empregador de instruir seus teletrabalhadores, de forma expressa e ostensiva, quanto aos cuidados para evitar acidentes e a disseminação de doenças em ambiente de trabalho, devendo, este, assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as orientações ditadas por aquele (artigo 75-E, *caput* e parágrafo único).

As mudanças trazidas pela MP auxiliaram em muito no desenvolvimento do regime no ordenamento pátrio, observando-se que a relação de emprego, agora, se limita pelo dispositivo vigente. Entretanto, a situação começou a se modificar – e apresentar novas diligências – com a pandemia de Covid-19, quando, através de medidas sanitárias, adveio o chamado *lockdown*, fazendo

com que o teletrabalho e o home office passassem a ser os meios empregados para se prestar serviços, já que o modelo presencial restava suspenso. Sobre o tema, Gilberto Stürmer e Denise Fincato, discorrem que:

Em 06 de fevereiro de 2020, foi publicada a Lei nº 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Em relação ao Direito do Trabalho, as principais Medidas Provisórias editadas foram a 927, de 22 de março de 2020 e a 936, de 01 de abril de 2020.

A MP 927/20 estabeleceu no seu art. 3º que, para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para a preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras medidas, o teletrabalho⁹.

O teletrabalho, a partir deste momento, tornou-se amplamente aplicado, posto que as normativas emergenciais o indicavam como a alternativa mais adequada para aquele instante. Porém, alguns especialistas da área da saúde se opuseram a sua imediata aplicabilidade, como facilmente se percebe nos dizeres abaixo:

A falta de espaço, mobília, internet e computadores, aliada ao aumento do estresse e da ausência de convívio social, estão gerando depressões, crises de ansiedade, ultra conexão com o trabalho e desgaste familiar. Todos esses pontos fundamentam a crítica ao uso indistinto do *home office* e do teletrabalho que por vezes é implementado sem atentar para as peculiaridades pessoais, familiares e estruturais de cada trabalhador¹⁰.

Apesar de ser um método laboral com a função elementar de proteger o trabalhador da exposição ao vírus da Covid-19, o mesmo também contava com pontos negativos, analisando que o isolamento feito “a toque de caixa” não permitiu preparação “física”, trazendo prejuízos significativos à saúde mental do empregado. Outro problema proveniente do teletrabalho era figurar na exceção do regime de duração de trabalho do Capítulo II da CLT, em particular, no artigo

⁹ STÜRMER, Gilberto; FINCATO, Denise. Teletrabalho e covid-19. *PUCRS*. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_06_22-direito-covid-19-ppgd-artigos_e_ensaios-teletrabalho_e_covid-19.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁰ TENÓRIO, Ricardo Jorge Medeiros. A saúde mental e ergonômica no trabalho remoto no pós-pandemia. *Espaço Acadêmico*. Edição Especial, v. 20, abr./2021, p. 97.

62, devido à dificuldade de controle das horas trabalhadas, onde não há, pois, direito ao pagamento de horas extras, adicional noturno, etc.¹¹.

Em se tratando de laborar além daquilo que é devido, quando da opção pelo regime de teletrabalho, o Estudo Longitudinal de Saúde do Adulto (ELSA-Brasil) realizou pesquisa, em 2021, com 5.639 participantes, onde restou demonstrado o prejuízo em relação ao sistema de horas, conforme extrato que segue:

No total, 76% dos participantes relataram exercer o teletrabalho durante a pandemia. Destes, 48% consideraram que as atividades profissionais dentro de casa foram maiores que o de costume e apontaram dificuldades para administração das próprias rotinas. Cerca de 1/3 dos entrevistados, por exemplo, afirmaram que nunca controlavam quando deveriam fazer um intervalo, nem mesmo eram capazes de definir em quais dias deveriam trabalhar ou estabelecer a hora de começar e terminar as atividades¹².

Fica claro que o fato de o teletrabalhador não receber pelas horas a mais em que exerce suas atividades era problemático, incorrendo em danos ao mesmo, além do descontentamento, haja vista que o profissional sofria com desgaste por não conseguir regularizar seu horário de trabalho, tanto de início e fim, quanto aos horários de intervalo. Esse foi um dos motivos que incentivaram a criação da Medida Provisória nº 1.108, pois ela trouxe novidades benéficas ao trabalhador, e respondeu a questões que ainda seguiam em aberto quanto à inserção do regime do teletrabalho¹³.

A MP mudou o teor da CLT em diversos artigos. As alterações de maior importância são: o teletrabalho por jornada figura como passível de receber horas extras; a prestação de serviços pode ser realizada fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não; o teletrabalhador pode prestar seus serviços por jornada, por tarefa ou produção e os trabalhadores com prioridade no regime são os empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou crianças sob guarda judicial até 4 anos de idade.

Tais mudanças expressam grande impacto no sistema laboral brasileiro, tendo em vista que o teletrabalhador – aquele que exerce atividades por jornada

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Teletrabalho: o trabalho de onde você estiver. *Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

¹² SIQUEIRA, Egberto. Sobrecarga de trabalho na pandemia é maior para as mulheres, aponta estudo ELSA-Brasil. *EdgarDigital - UFBA*. Disponível em: <<https://www.edgardigital.ufba.br/?p=22522>>. Acesso em: 30 mai. 2022.

¹³ MASSOTE, Fernanda. MP nº 1108/2022 e o controle de jornada no teletrabalho. *Mega Jurídico*. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/mp-no-1108-2022-e-o-controle-de-jornada-no-teletrabalho>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

– receberá horas extras, adicional noturno, férias, além de poder utilizar-se do banco de horas. O principal objetivo da MP ora em discussão é o de proteger o ente hipossuficiente para que este tenha remuneração e garantias trabalhistas congruentes ao desempenho de suas funções.

2. O ARTIGO 75-B, § 1º DA CLT E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS DO TELETRABALHO

A Medida Provisória nº 1.108 acrescentou 9 parágrafos ao artigo 75-B da CLT, onde havia apenas o parágrafo único, alterando, inclusive, algumas partes do seu próprio conteúdo. Até mesmo o *caput* sofreu alguns ajustes, conforme pode ser observado na tabela comparativa abaixo:

Artigo 75-B, caput, antes da MP nº 1.108	Artigo 75-B, caput, depois da MP nº 1.108
Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.	Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

O dispositivo em questão é o que define o instituto jurídico do teletrabalho e revela as suas delimitações. O novo texto normativo trouxe melhor entendimento a seu respeito, uma vez que dispõe de uma descrição mais robusta que a anterior. Ademais disto, passou a abarcar o trabalho remoto, também conhecido por *home office* que, muito embora constituam regimes distintos, são tidos, na prática laboral, como semelhantes¹⁴.

O legislador, quando da confecção da versão final da redação da Medida Provisória, acabou por remover o termo “*preponderantemente*”, que se encontrava na narração original da CLT, deixando-a como “*de maneira preponderante ou não*”, abrindo caminho à uma nova interpretação, conforme lição de Ricardo Calcini e Leandro Bocchi de Moraes, que a seguir se traslada:

¹⁴ CALCINI, Ricardo; MORAES, Leandro Bocchi de. Nova MP do teletrabalho: aspectos pragmáticos. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-07/pratica-trabalhista-nova-mp-teletrabalho-aspectos-pragmaticos#author>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

Com a nova redação da norma pela atual MP nº 1.108/2022, o próprio conceito do teletrabalho previsto no artigo 75-B celetista passa por uma metamorfose, pois, a partir de uma atenta leitura do dispositivo, com as respectivas alterações, percebe-se uma enorme e efetiva flexibilização. [...]. E, mais, o termo “preponderante” foi excluído propositadamente pela medida provisória que, em seu lugar, passou a admitir o comparecimento, sobretudo habitual, do empregado às dependências da empresa, sem que isso desnature o regime de teletrabalho ou trabalho remoto. Ficou mantida, contudo, a exigência da utilização de tecnologias de informação e de comunicação para a execução dos serviços à distância, que, por sua natureza, não se configura e/ou se confunde com o trabalho externo¹⁵.

É cediço que houve uma larga tentativa de relativizar a questão do comparecimento do funcionário teletrabalhador ao local físico, uma vez que a regra anterior apenas reconhecia visitas esporádicas para a realização de algumas tarefas mais pontuais. Para efeitos de melhor análise das alterações ocorridas por conta da MP de 2022, segue abaixo tabela comparativa:

Artigo 75-B, Parágrafo Único	Artigo 75-B, § 1º
O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.	O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas, que exijam a presença do empregado no estabelecimento, não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

À vista disto, o texto vigente propõe que o teletrabalhador possa vir a comparecer com certa habitualidade no ambiente físico do empregador sem que isso prejudique a sua condição, eis que *“o fato do trabalhador ter que ir presencialmente ao escritório, por exemplo, mesmo que com certa frequência, não descaracterizará o contrato de teletrabalho”*¹⁶.

¹⁵ CALCINI, Ricardo; MORAES, Leandro Bocchi de. Nova MP do teletrabalho: aspectos pragmáticos. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-07/pratica-trabalhista-nova-mp-teletrabalho-aspectos-pragmaticos#author>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

¹⁶ BRAZ, Cassiano D'Angelo. MP 1108/22 ajusta critérios para o teletrabalho e regulamenta uso de vale alimentação. *Nosso Direito em Ação*. Disponível em: <<https://www.nossodireito.com.br/2022/04/20/mp-1108-22-ajusta-criterios-para-o-teletrabalho-e-regulamenta-uso-de-vale-alimentacao>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

Em que pese o requisito essencial para designar o instituto do teletrabalho seja, pois, a prestação do serviço em local que não o da empresa, através de equipamentos telemáticos e de instrumentos tecnológicos, a MP nº 1.108, por sua essência, se afasta de tal rigidez, inserindo um regime mais maleável, na qual, mesmo que o teletrabalhador se faça presente no ambiente empregatício de modo frequente, não irá ser descaracterizado como tal, levando-se, assim, em consideração que existem atividades que carecem de atendimento tão específico que somente poderão ser realizadas na modalidade presencial.

3. O ARTIGO 75-B, §§ 2º E 3º DA CLT, AS ESPÉCIES DE JORNADA DE TRABALHO DO TELETRABALHO E A SUA (IN)APLICAÇÃO

Alguns dos maiores problemas enfrentados na prática do teletrabalho, principalmente no período em que as regras de isolamento social estavam mais enérgicas, eram, sem dúvidas, as questões relativas ao horário de trabalho, aos intervalos (intrajornada e interjornada) e às horas extras, bem como, em casos isolados, ao adicional noturno.

Em 2020, o Tribunal Superior do Trabalho compreendeu que *“devido à dificuldade de controle, não há direito ao pagamento de horas extras e de adicional noturno”*¹⁷, demonstrando uma tendência protetiva maior ao empregador do que ao empregado, na medida em que o último trabalhava, muitas vezes, a mais que o devido (em relação à sua jornada de trabalho tradicional), auferindo, ao final, verdadeira disparidade salarial entre as espécies.

Havia, por certo, uma efetiva demanda para que esta situação viesse a mudar, o que de fato ocorreu com a chegada da MP nº 1.108. Nos §§ 2º e 3º do artigo 75-B estão assentadas as alterações em relação a tais adicionais:

§ 2º. O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa.

§ 3º. Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por produção ou tarefa, não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação.

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Teletrabalho: o trabalho de onde você estiver. *Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

A partir disto, o teletrabalho não mais configurava “exceção” do Capítulo II, estando à margem de receber tudo quanto é garantido pela CLT. Contudo, à luz da interpretação da lei, somente os teletrabalhadores que prestam serviços na modalidade “por jornada” é que tem tal direito. Os trabalhadores que exercem funções “por produção” ou “por tarefa” não gozam de tal proteção, pois a elementar da sua atividade é produzir e receber conforme a produção, não sendo, para isto, estabelecido um horário de trabalho específico¹⁸.

O teletrabalhador apenas pode vir a receber todos os direitos dos demais trabalhadores quando trabalhar por jornada, tendo em vista que é a única maneira de poder se caracterizar as horas devidamente trabalhadas, sendo possível, também, contabilizar as horas extraordinárias e os momentos em que prestou serviço no horário considerado noturno, vez que o trabalhador por tarefa ou por produção é remunerado por cada produto produzido, ou seja, quanto maior a produção maior o salário a ser recebido.

4. O ARTIGO 75-F DA CLT E A PRIORIDADE NO REGIME DE TELETRABALHO

O teletrabalho, embora hoje reconhecido pelas empresas e pela comunidade jurídica, era considerado um sistema de trabalho pouco usual, e, como mencionado anteriormente, este regime veio a ser difundido no período da pandemia de Covid-19, com o isolamento social e a prestação de serviços à distância.

Como na CLT não havia nenhuma ressalva e/ou recomendação quanto à aplicação do teletrabalho, foram seguidas, de início, diretrizes trazidas por agentes de saúde. Um exemplo é a Instrução Normativa nº 109, de 29 de outubro de 2020, originária da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal, que, em seu artigo 7º, indicava que:

Art. 7º. Deverão ser priorizados para a execução de trabalho remoto, mediante autodeclaração, as seguintes situações abaixo constantes da Portaria nº 2.789, de 2020, do Ministério da Saúde:

I - servidores e empregados públicos que apresentem as condições ou fatores de risco descritos abaixo:

a) Idade igual ou superior a sessenta anos;

¹⁸ NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Com a reforma trabalhista, poderei receber só por produtividade? *Exame*. Disponível em: <<https://exame.com/carreira/com-a-reforma-trabalhista-poderei-receber-so-por-produtividade>>. Acesso em: 5 jun. 2022.

- b) Cardiopatias graves ou descompensadas (insuficiência cardíaca, infartados, revascularizados, portadores de arritmias, hipertensão arterial sistêmica descompensada) e miocardiopatias de diferentes etiologias (insuficiência cardíaca, miocardiopatia isquêmica);
- c) Pneumopatias graves ou descompensadas (dependentes de oxigênio, asma moderada/grave, DPOC);
- d) Imunodepressão e imunossupressão;
- e) Doenças renais crônicas em estágio avançado (graus 3, 4 e 5);
- f) Doenças cromossômicas com estado de fragilidade imunológica;
- g) Neoplasia maligna (exceto câncer não melanótico de pele);
- h) Doenças hematológicas (incluindo anemia falciforme e talassemia); e
- i) Gestantes e lactantes.

II - servidores e empregados públicos na condição de pais, padrastos ou madrastas que possuam filhos ou responsáveis que tenham a guarda de menores em idade escolar ou inferior, nos locais onde ainda estiverem mantidas a suspensão das aulas presenciais ou dos serviços de creche, e que necessitem da assistência de um dos pais ou guardião, e que não possua cônjuge, companheiro ou outro familiar adulto na residência apto a prestar assistência.

III - servidores e empregados públicos que coabitem com idosos ou pessoas com deficiência e integrantes do grupo de risco para a COVID-19.

Em não havendo nenhum outro regramento que versasse sobre o tema, a proteção aos grupos de risco ficou cristalizada. Tal entendimento seguiu produzindo efeitos até o momento da publicação da Medida Provisória nº 1.108, que adicionou o artigo 75-F ao Capítulo II-A da CLT, com a seguinte redação:

Art. 75-F. Os empregadores deverão conferir prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto.

Desse modo, houve uma integração sobre o tema, sanando, em definitivo, as dúvidas quanto a aplicação do regime, notadamente porque a própria MP já sugere em seu texto quem deve ser prioridade, conferindo, ainda, a possibilidade de estender tais efeitos aos aprendizes e aos estagiários, conforme indica o artigo 75-B, § 6º da norma geral do direito do trabalho.

Em síntese, o recém-criado artigo 75-F propicia um preceito que deve ser considerado quando da sua aplicação, sendo inequívoco que o legislador visava amparar os colaboradores enquadrados em condições de maior vulnerabilidade: pessoas com deficiência, em atenção às suas necessidades

mais específicas, e também os trabalhadores que têm filhos ou crianças sob seus cuidados, com idade até 4 anos, observando-se a criação de laços com aquele infante que precisa de seus genitores e/ou tutores para ter um crescimento e desenvolvimento saudável.

5. AS PERSPECTIVAS PARA O NOVO TELETRABALHO NO BRASIL

A Medida Provisória nº 1.108 tem por pretensão principal sanar a insegurança jurídica que gerava quando da aplicação do instituto do teletrabalho, ficando mais urgente ainda com o advento imediato da pandemia de Covid-19.

Com as inovações por ela trazidas, tais como: estender o teletrabalho aos estagiários e aprendizes, ou ainda o teletrabalhador que optar por exercer atividade por jornada, incorporar aos direitos que já detém o direito de receber as garantias previstas na CLT, fica demonstrado existir, a partir de então, um novo regime laboral, com aplicação diversa daquela que se tinha anteriormente.

E para prestar maior auxílio técnico aos empregados desta categoria, o Ministério do Trabalho e Previdência, juntamente com a publicação da referida MP, lançou o projeto social denominado “Programa Caminho Digital”, entendido como:

[...] um programa do Ministério do Trabalho e Previdência que tem o objetivo de centralizar e promover as iniciativas de capacitação com foco no desenvolvimento de habilidades digitais e inserção profissional voltados para a Economia 4.0.

A Escola do Trabalhador 4.0 - uma parceria da pasta com a Microsoft - é parte do programa Caminho Digital e oferece cursos gratuitos em temas de tecnologia e produtividade, com o objetivo de preparar o trabalhador para o mercado¹⁹.

O Programa Caminho Digital surge como uma maneira de o governo federal auxiliar o empregado a se preparar para o mercado de trabalho, ou então, ascender na sua carreira com maiores conhecimentos na área de tecnologia, tendo em vista que o mundo atual, o dito “4.0”, é totalmente digital e automatizado, restando claro que o teletrabalho é, pois, uma ferramenta inovadora e bastante funcional na prestação de seus serviços em razão de o

¹⁹ SANTOS, Ananda. Caminho Digital: governo lança programa de capacitação digital e inserção profissional. *Contábeis*. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/noticias/50928/governo-lanca-programa-de-capacitacao-digital-e-insercao-profissional>>. Acesso em: 5 jun. 2022.

funcionário poder realizar as funções distante fisicamente do ambiente laboral habitual²⁰.

As mudanças normativas, bem como as novas oportunidades oferecidas pelo Estado, definem, por certo, um novo cenário laborativo pós-pandemia, observando que as tecnologias da informação tomam cada vez mais espaço dentro do universo corporativo, em virtude de as reuniões não mais precisarem ser realizadas presencialmente, podendo-se utilizar de recursos virtuais como o Skype, o Microsoft Teams, o Google Meet ou o Zoom, ou mesmo os meios digitais de videochamadas como, a exemplo, pelo aplicativo WhatsApp²¹. Logo, a tendência do teletrabalho é a de expansão, visto que as comunidades se tornaram mais e mais informatizadas, deixando claro que o mundo laboral não ficará para trás neste quesito.

A MP nº 1.108, portanto, abriu um leque de direitos aos teletrabalhadores no tocante à tutela do hipossuficiente, trazendo nova visão acerca da aplicabilidade do instituto, posto que, agora, as questões referentes ao Capítulo II-A da CLT foram modificadas para melhor lapidar a perspectiva laboral daquele que faz a empresa produzir, e é tido como elemento central para o funcionamento da mesma: o empregado.

CONCLUSÃO

O teletrabalho, desde a sua introdução na Consolidação das Leis do Trabalho, através da Reforma Trabalhista de 2017, até o mês de março de 2022, antes da publicação da Medida Provisória nº 1.108, figurava como uma exceção quanto às garantias trabalhistas descritas na legislação, ganhando maior visibilidade apenas após o início do período de isolamento social, decorrente da pandemia de Coronavírus.

Não obstante, o tema foi foco principal da MP, que tem por objetivo efetuar alterações normativas no sentido de fechar as brechas deixadas pela atualização anterior, ofertando, pois, maior estabilidade nas relações jurídicas de cunho empregatício, considerando que a partir da data de sua publicação, as mudanças passariam a, de fato, ocorrer, oferecendo uma relação de emprego com maior paridade aos seus componentes.

²⁰ FREDERICO, Luiz Fernando. Teletrabalho (quase) obrigatório é a tempestade perfeita para implementar a cultura da inovação. *Haze Shift*. Disponível em: <<https://hazeshift.com.br/teletrabalho-cultura-inovacao>>. Acesso em: 5 jun. 2022.

²¹ A TECNOLOGIA e as novas relações a distância após pandemia. *Tv Brasil*. Disponível em: <<https://tvbrasil.ebc.com.br/impressoes/2020/05/tecnologia-e-novas-relacoes-distancia-apos-pandemia>>. Acesso em: 5 jun. 2022.

Desde então, os teletrabalhadores contam com uma estrutura legal mais desenvolvida, e que abrange, de forma satisfatória, seu pleito, observando-se que o texto hoje em vigor goza de um número maior de artigos, e com isso, dispositivos mais específicos acabam figurando na norma jurídica, delineando, assim, o vínculo empregado-empregador de modo mais seguro e preciso, buscando, ao final, alcançar a equidade entre as partes.

À guisa de conclusão, tem-se que a Medida Provisória nº 1.108 chega para beneficiar o trabalhador, sendo-lhe reconhecidos direitos outrora desprezados de modo que sua prestação de serviço seja remunerada a contento, além de, em certos casos, poder executar tarefas, ainda que com habitualidade, de forma presencial no estabelecimento do empregador, sem que, com isso, haja prejuízos em seu contrato de trabalho na qualidade de teletrabalhador, dentre outros. Em síntese, a alteração no disposto da Consolidação das Leis do Trabalho surge para melhorar as condições destes trabalhadores porquanto expandem seus direitos, buscando-se, em tempo, efetivar a justiça nas vinculações laborais em que se encontram.

REFERÊNCIAS

A TECNOLOGIA e as novas relações a distância após pandemia. *Tv Brasil*. Disponível em: <<https://tvbrasil.ebc.com.br/impressoes/2020/05/tecnologia-e-novas-relacoes-distancia-apos-pandemia>>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRAZ, Cassiano D'Angelo. MP 1108/22 ajusta critérios para o teletrabalho e regulamenta uso de vale alimentação. *Nosso Direito em Ação*. Disponível em: <<https://www.nossodireito.com.br/2022/04/20/mp-1108-22-ajusta-criterios-para-o-teletrabalho-e-regulamenta-uso-de-vale-alimentacao>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

CALCINI, Ricardo; MORAES, Leandro Bocchi de. Nova MP do teletrabalho: aspectos pragmáticos. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-07/pratica-trabalhista-nova-mp-teletrabalho-aspectos-pragmaticos#author>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

DORE, Eder. O que é telemática? Como ela é aplicada nas empresas? *Map Link*. Disponível em: <<https://maplink.global/blog/o-que-e-telematica>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

FREDERICO, Luiz Fernando. Teletrabalho (quase) obrigatório é a tempestade perfeita para implementar a cultura da inovação. *Haze Shift*. Disponível em: <<https://hazeshift.com.br/teletrabalho-cultura-inovacao>>. Acesso em: 5 jun. 2022.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MASSOTE, Fernanda. MP nº 1108/2022 e o controle de jornada no teletrabalho. *Mega Jurídico*. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/mp-no-1108-2022-e-o-controle-de-jornada-no-teletrabalho>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Com a reforma trabalhista, poderei receber só por produtividade? *Exame*. Disponível em: <<https://exame.com/carreira/com-a-reforma-trabalhista-poderei-receber-so-por-productividade>>. Acesso em: 5 jun. 2022.

NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. São Paulo: Futura, 1997.

O MUNDO e a crise do petróleo de 1973. *Virtualia*. Disponível em: <<https://virtualia.blogs.sapo.pt/43321.html>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

SANTOS, Ananda. Caminho Digital: governo lança programa de capacitação digital e inserção profissional. *Contábeis*. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/noticias/50928/governo-lanca-programa-de-capacitacao-digital-e-insercao-profissional>>. Acesso em: 5 jun. 2022.

SIQUEIRA, Egberto. Sobrecarga de trabalho na pandemia é maior para as mulheres, aponta estudo ELSA-Brasil. *EdgarDigital - UFBA*. Disponível em: <<https://www.edgardigital.ufba.br/?p=22522>>. Acesso em: 30 mai. 2022.

STÜRMER, Gilberto; FINCATO, Denise. Teletrabalho e covid-19. *PUCRS*. Disponível em: <<https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/>>

sites/11/2020/06/2020_06_22-direito-covid-19-ppgd-artigos_e_ensaios-teletrabalho_e_covid-19.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TENÓRIO, Ricardo Jorge Medeiros. A saúde mental e ergonômica no trabalho remoto no pós-pandemia. *Espaço Acadêmico*. Edição Especial, v. 20, abr./2021, p. 96-105.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Teletrabalho: o trabalho de onde você estiver. *Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

Submissão: 30.junho.2022

Aprovação: 29.agosto.2022

QUESTÕES POSTAS: (RE)PENSAR BOURDIEU NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

PARTE II

*Questions raised: (re)thinking about Bourdieu
in the contemporary brazilian legal context
Part II*

Paulo Victor Fanaia Teixeira¹

ÁREA: Direito. Sociologia.

RESUMO: O acúmulo de informações, dados e conhecimento empírico sobre atividades jurídicas pelos profanos, dadas as novas ferramentas de informação e comunicação, e a profusão e maior abrangência do conteúdo jornalístico profissional hoje desafiam os conceitos de campos, habitus, agentes e profanos. Como a teoria de Bourdieu responde às mudanças da contemporaneidade? O presente estudo – que se pretende dividir em três artigos – propõe reflexões teóricas sobre a obra do sociólogo francês e questiona de que modo atores do campo jurídico podem (ou devem) encarar leitores de notícias jurídicas e suas atuações enquanto agentes externos, sobretudo no que tange políticas de comunicação. O estudo aponta para a existência de um público diverso, complexo e merecedor de maior atenção pelos teóricos, indica mudanças paradigmáticas sensíveis na relação destes com os agentes do campo jurídico e enseja questões concretas sobre novas relações sociais. Resta à sociologia o desafio de enquadrá-las e interpretá-las. E ao direito?

PALAVRAS-CHAVE: campo jurídico; jornalismo; leitores; profanos; Bourdieu.

¹ Bacharel em Jornalismo pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Mestre em Sociologia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto – Portugal – FLUP-UP. Pesquisador em Jornalismo Jurídico; Ex-editor e Ex-repórter de Olhar Jurídico. paulovictorfanaia@gmail.com

ABSTRACT: The accumulation of information, data and empirical knowledge about legal activities by the profane, given the new information and communication tools, and the profusion and wider scope of professional journalistic content today challenge the concepts of fields, habitus, agents and profane. How does Bourdieu's theory respond to contemporary changes? The present study - which is intended to be divided into three articles - proposes theoretical reflections on the work of the French sociologist and asks how actors in the legal field can (or should) face legal news readers and their actions as external agents, especially in what regarding communication policies. The study points to the existence of a diverse, complex and deserving of greater attention by theorists, indicates sensitive paradigmatic changes in their relationship with agents in the legal field and raises concrete questions about new social relationships. Sociology faces the challenge of framing and interpreting them. What about the law?

KEYWORDS: legal field; journalism; readers; profane; Bourdieu.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Contexto. 2. Sobre a pesquisa. 3. Sobre os leitores. 4. Dos dados obtidos. 5. Reflexões a partir do estudo. 6. Estruturar o debate. Referências.

INTRODUÇÃO

No dia 03 de abril de 2018, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes participou do “VI Fórum Jurídico de Lisboa - Reforma do Estado Social no Contexto da Globalização”, em Portugal. Faltavam poucos dias para a votação – via Plenário do STF – do Habeas Corpus (HC) rogado pela defesa do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Lula buscava impedir a execução provisória da sentença do ex-magistrado federal Sérgio Moro, no âmbito da Operação Lava Jato. Juiz-conselheiro nas terras lusitanas, o ministro fora questionado pela imprensa local e correspondentes brasileiros sobre a decisão da qual tanto se falava no Brasil, ocasião em que manifestou:

O processo público talvez tenha se tornado exageradamente público no Brasil. Assim como falávamos que tínhamos 100 milhões, 200 milhões de técnicos de futebol, agora temos 200 milhões de juízes. Todos entendem de *Habeas Corpus*. Isso não é mais conversa de jornalista, é de jornalista.

São questões postas e temos que conviver com isto. O importante é que entendam do que se trata para depois emitir opinião e nem sempre isso acontece. Temos que melhorar a relação da informação do público e daqueles que comentam. (AMATO, 2018, abril 03)

A declaração foi o estalo para a definição da abordagem teórica do estudo dos leitores de notícias jurídicas, encaixando-se, como luva, ao arcabouço teórico desenvolvido pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, especificamente sobre o Campo Jurídico. Foi naquele 03 de abril que nascera então a dissertação: “Juizes, Jornalistas e Jornaleiros: Estudo sociológico sobre leitores de notícias jurídicas” (TEIXEIRA, 2020), sobre a qual discorreremos agora, na continuação desta série de artigos.

1. CONTEXTO

Antes de nos debruçar sobre os resultados do estudo, cumpre contextualizá-lo. O autor da pesquisa (e do presente artigo) atuou como jornalista jurídico entre os anos de 2016 e 2018, no veículo *Olhar Jurídico*, do portal de notícias *Olhar Direto*, com sede no Estado de Mato Grosso. A editoria é composta de subeditorias, tais como: criminal, cível, constitucional, ambiental, direito do consumidor, eleitoral, trabalhista, tributário, entre outras – sendo as duas primeiras as mais populares, sobretudo naqueles anos de intensas movimentações na Polícia Federal e nos Ministérios Públicos, Federal e Estadual.

O veículo permite que, em cada notícia publicada e disponível para leitura, exclusivamente no formato *online*, leitores possam inserir comentários. Eles podem ser publicados ou vetados, a depender da conformidade com as exigências formais do veículo - regras de conduta - tais como proibição de linguagem ofensiva e inserção de opiniões que firam a legalidade, a moral e os direitos de terceiros (naqueles anos, o sistema era gerenciado pela equipe do veículo, hoje pelo *Facebook*). Ainda, a qualidade de cada opinião é submetida ao escrutínio dos demais leitores (através dos botões de “Curtir” e “Discutir” abaixo de cada comentário). Ao longo destes anos, por todas as manhãs, era função do repórter jurídico a leitura e autorização dos comentários (em média, cinquenta ao dia). Entre uma xícara de café e outra, opiniões, reclamações, exclamações, desabafos, observações, análises, declarações de apoio (ao magistrado, ao órgão investigador ou ao réu), denúncias, ironias e sarcasmo recheavam a plataforma de comentários de “Olhar Jurídico”. O primeiro contato com as notícias do dia

– naqueles anos – não partiam de autoridades, assessorias ou instituições, mas dos próprios leitores.

Notícias que atingiam um número expressivo de leitores recebiam quantidade igualmente significativa de acessos e, portanto, comentários dos leitores. A repercussão maior ficava para atividades do judiciário cujos desdobramentos atingiam outras áreas, como meio empresarial, comércios e eventos, sobretudo a vida política. Condenações e decretos de prisão preventiva de figuras do Executivo e Legislativo estaduais, no âmbito de operações policiais e do Gaeco (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) que, infelizmente, não foram poucas, recebiam volume ainda maior de comentários dos populares. Em dias de operação, *Olhar Jurídico* tornava-se protagonista da pauta do dia, na página principal de *Olhar Direto*.

Não eram raras as vezes em que repórteres eram surpreendidos com volume de participação popular considerável em matérias cuja expectativa de acesso era baixa ou até mínima: como entrevistas com advogados, ações da Defensoria Pública ou recursos, como Exceções de Suspeição e *Habeas Corpus*. Também era comum que comentários resultassem em verdadeiros debates – entre leigos e profissionais do meio jurídico, identificáveis apenas pelo linguajar e pela competência argumentativa (advogados usam da linguagem formal mesmo nos comentários dos jornais, ao debater com leigos - o que reforça ainda mais a teoria dos *habitus*, em Bourdieu [2011]). Não raras vezes também leitores se valiam da possibilidade de informar um apelido aleatório (ao invés do nome, como era exigido pelo sistema), o que permitia - na visão do mesmo - apresentar comentários ácidos sem risco de ser reconhecido (com a mudança para o sistema *Facebook*, a identificação tornou-se compulsória).

Se por um lado comentários de especialistas, como advogados e juristas, impulsionavam um debate mais complexo sobre os temas em questão, outros revelaram a incapacidade de uma parcela dos leitores de compreender a própria notícia e, conseqüentemente, dialogar sobre ela com propriedade. Um exemplo tornou-se simbólico: a respeito de Exceção de Suspeição arguida por réu de ação criminal contra a magistrada condutora, da Sétima Vara Criminal do Estado, à época, Dra. Selma Rosane dos Santos Arruda, comentou o leitor, em tom de lamento, que estivesse o réu a tentar “colocar atrás das grades” a honrada juíza. Sintoma de um desalinhamento entre mensageiro e receptor eram tanto mais frequentes quanto mais complexa a natureza das ações jurídicas noticiadas. De todo modo, o interesse pelo debate, seja ele pela ação, pelo réu, pelo magistrado, ou pela investigação como um todo, mantinha-se.

Ao longo dos anos, tornou-se cada vez maior o interesse do autor do estudo por estes indivíduos, os leitores de notícias jurídicas. Complexo, diverso e instigante, por vezes confuso, não raras vezes sagazes na análise (sobretudo pela capacidade identificada - ainda que traduzida de modo bastante abstrata - de intuir acerca dos “interesses” de seus agentes e da capacidade do direito de manter desconhecida “a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem do seu funcionamento” [BOURDIEU, 2011, p.255]”. Este público, “à despeito de sua exclusão do campo jurídico” e “na condição de submetidos à forma e à força do direito, [...] lê, reflete e debate os efeitos sociais da ação jurídica sobre a exterioridade – o mundo fáctico” (TEIXEIRA, 2020).

2. SOBRE A PESQUISA

“Juízes, jornalistas e jornaleiros” é fruto, portanto, de anos de atuação prática, como repórter e editor de notícias jurídicas, de estudos teóricos em sociologia do campo jurídico e de leitura de artigos jornalísticos sobre desdobramentos das ações jurídicas que afetaram a política naqueles anos.

O estudo valeu-se da obtenção e análise dos seguintes dados empíricos, pela sequência: inquérito por questionário aplicado a 123 leitores de notícias jurídicas; análise de conteúdo de vinte e cinco publicações (notícias) e de 50 comentários de leitores; nuvem de palavras (“visualizações de frequência de termos” [PENDERGAST, 2010]); entrevistas estruturadas com doze leitores cujos dados e contatos foram obtidos na fase anterior; e entrevista semiestruturada com especialista, o Prof. Dr. Clóvis de Barros Filho – que conviveu com Pierre Bourdieu, em Paris, e conhece sua teoria como poucos, no Brasil.

A dissertação divide-se em quatro eixos: revelar o leitor de notícias jurídicas; enquadrar as amostras ao sistema teórico de Pierre Bourdieu; interpretar a declaração do ministro Mendes; identificar e estabelecer o jornalismo jurídico na relação em análise.

A revelação deste leitor respeitou a seguinte sequência narrativa: “Quem é este público?” (dados sociodemográficos obtidos via questionário); “O que ele pensa sobre o direito?” (opiniões manifestadas via questionário); “Como ele age?” (análise de conteúdo - comentários e notícias); “Quais valores norteiam seu agir?” (análise por nuvem de palavras); “O que pensa sobre seu agir?” (entrevistas estruturadas); “Como pensá-lo sociologicamente?” (entrevista semiestruturada com o prof. Dr. Clóvis de Barros Filho).

Essa estrutura permitiu a satisfação das seguintes questões: Quem são os ditos jornalheiros? O que desejam ao manifestarem-se sobre assuntos jurídicos? Quais são, efetivamente, as “questões postas”? No que consiste “conviver com isto”? Por fim: “como melhorar a relação da informação do público e daqueles que comentam?”.

3. SOBRE OS LEITORES

Não é por acaso que o estudo nasce na sociologia e deságua na comunicação social e no direito. Fundamentalmente, revelar o leitor de notícias jurídicas significa estabelecê-lo, como ator social conhecido e reconhecido, em relação com o Poder Judiciário e a imprensa. Isso implica trabalhar com dados sólidos e abandonar a noção abstrata (com base em *feedbacks* e comentários) de qual seja o perfil de um leitor de notícia jurídica, espécie de *lead* (no sentido utilizado pelo *marketing*) - ilustrativo, porém bastante genérico. No jornalismo jurídico de veículos locais, por exemplo, acreditava-se que a grande maioria dos leitores de notícias jurídicas fosse de profissionais do direito – uma vez serem interessados diretos na repercussão de seus atos (o mesmo que pensar que apenas políticos leem notícias do caderno de política, nos jornais) – o que se revelou equivocado. Somente a partir do perfil sóciodemográfico de uma amostra considerável de leitores, a partir das ferramentas da obtenção e análise de dados da sociologia, que o estudo desenvolveu bases sólidas e fiáveis para os desdobramentos teóricos.

Do ponto de vista teórico, propriamente dito, faz-se *mister* compreender que haja pouco estudo, na sociologia e na comunicação social, sobre jornalismo jurídico (sobretudo seus leitores). Não tardou para o estudo identificar, portanto, que da tríade juízes, jornalistas e “jornalheiros”, eram os últimos os menos conhecidos. Mesmo Bourdieu – que tão bem caracteriza o campo jurídico (especialmente no capítulo “A força do direito”, de “O Poder Simbólico”), considerou a exterioridade como zona sombria, de menor ou nenhuma importância: composta pelos chamados “profanos” (BOURDIEU, 2011), cuja caracterização fora já feita em Teixeira (2020a).

A figura do profano - conforme Teixeira - é caracterizada no sistema teórico de Bourdieu “pelo signo da ausência”, mediante uma noção relativamente abstrata do que ele representa em relação ao campo em análise. Identifica-se, portanto, o profano “pelas competências que ele não domina, pela linguagem que

não utiliza, pelo que não faz e não representa em relação a um campo” (2020b, p.62). Em suma: sua condição de “desposse” (BOURDIEU, 2011).

Passados 33 anos desde a publicação de *O Poder Simbólico* e, considerando todos os avanços nas tecnologias de comunicação e difusão de informações e conhecimento, como pensar o campo jurídico brasileiro contemporâneo, do ponto de vista da relação que estabelece com a sociedade civil e a opinião pública? Ainda é suficiente - do ponto de vista da capacidade teórica de abarcar os mais recentes eventos políticos - relegar populares à escuridão da condição da desposse em relação ao campo jurídico? Ainda basta considerar a exterioridade, do ponto de vista das autorizações formais para o exercício profissional do direito, para a completa exclusão do profano da relação estabelecida com juízes e jornalistas, isto é, com o Poder Judiciário e a imprensa? Se assim for, como enquadrar as mais diversas instituições jurídicas que hoje cruzam aspectos identitários e até religiosos, com implicações diretas sobre as questões do direito? Que questões sociológicas, do direito e das comunicações o cenário político contemporâneo impõe?

4. DOS DADOS OBTIDOS

Vejam os alguns dos dados obtidos via inquérito por questionário e entrevistas para desenhar, preliminarmente, o perfil destes leitores. A amostra é majoritariamente feminina: 55,3% dos inquiridos; os homens representam 44,7%.

As faixas etárias foram divididas pelos três seguintes grupos: dos 51 anos aos 70 representa 30,1% da amostra; dos 20 aos 30 anos, 26,8% da amostra e dos 31 anos aos 40, 26%. Um público bastante equilibrado, com maioria na maioridade e uma parcela considerável de jovens adultos.

Quanto ao nível de escolaridade, a amostra apresenta níveis de escolaridade altos. Do total, 66,7% dos inquiridos possui ensino superior completo; 13% possuem doutoramento; 11,4%, ensino médio completo e 7,3% mestrado. Apenas 1,6% possuem ensino médio incompleto. Evidentemente, uma amostra mais abrangente horizontalizaria as discrepâncias neste quesito – ainda que a segmentação da editoria, e a complexidade de seu objeto, contribuam para algum efeito de exclusão, entre menos escolarizados – sobre literacia jurídica trataremos no terceiro e último artigo.

Relativamente à área de atuação, dentre os que exercem profissão, temos que: 41,5% atuam no setor público e/ou militar (o que é bastante condizente

com o Estado de Mato Grosso); 33% no setor privado; apenas 20,2% atuam na área jurídica e 5,3% no terceiro setor e/ou na economia social e solidária. Como adiantado, a porcentagem de profissionais do direito na amostra de leitores contraria as expectativas dos profissionais de jornalismo jurídico.

Questionados se leem notícias jurídicas, a amostra revela que 31,7% dos participantes o fazem frequentemente; 30,9% leem regularmente e 27,6%, esporadicamente. Apenas 8,9% admitem raramente ler notícias jurídicas e 0,8% declaram nunca as ter lido.

Quanto a frequência de leitura, das subeditorias apresentadas, quatro receberam destaque, por ordem de preferência: Criminal (corrupção e crime organizado); Criminal (contra a vida e a dignidade humana); Consumidor e Cível (sobretudo ações do MP-MT contra irregularidades em cargos públicos). Os dados revelam uma razoável equivalência entre as preferências dos leitores e a frequência de produção no jornalismo jurídico. Isto é, a preferência dos populares pelas subeditorias é tanto mais perceptível quanto maior suas ofertas de notícias (por isso, não se esperaria que a subeditoria de direito eleitoral, cuja produção é maior em períodos eleitorais, tivesse frequência de leitura maior que a criminal, cuja produção é diária). É possível considerar (a título de hipótese) que maiores sejam as frequências de leituras das ações jurídicas mais evidentes os efeitos diretos e indiretos sobre a vida social e cotidiana, na medida de sua proximidade. Razão que explicaria, por exemplo, o alto interesse pela leitura de notícias sobre ações contra funcionários do Poder Legislativo do Estado por improbidade administrativa - considerando uma capital (Cuiabá-MT) com volume considerável de trabalhadores em cargos públicos (interesse direto).

Questionada se tece comentários no rodapé das notícias jurídicas, apenas 16,3% da amostra admite fazê-lo. Dados que interessam para eventuais debates sobre a estruturação do debate popular sobre questões jurídicas, seja ela conduzida pela imprensa ou por instituições, sobretudo no que tange “espécie de estrutura e imposição de debate que explora, ainda que não intencionalmente, conforme Lopes (1999), a ‘abissal descoincidência de códigos entre produtores e receptores’, o que ‘provoca nestes últimos sentimentos de vergonha e retração cultural’ (p.1), que pode levar inclusive à ‘autoexclusão’ (p.2)”.

A partir desta fase do estudo, passamos para obtenção de dados sobre o aspecto da literacia jurídica: apenas 39,8% da amostra afirma “entender plenamente” uma notícia jurídica, percentagem semelhante daqueles que afirmam entendê-la, porém, “com dificuldades em termos técnicos”. Adiante, temos que 11,4% dizem entender, mas “com dificuldades de compreensão do texto”. Ape-

nas 6,5% admitem não compreender uma notícia jurídica, posto que “termos técnicos comprometem a leitura” e 2,4% não compreende, “pela dificuldade de compreensão do texto noticioso como um todo”. Nenhum entrevistado admitiu não entender em absoluto uma notícia jurídica. Importa destacar que 46,3% dos inquiridos admitem ter dificuldade na interpretação dos termos técnicos jurídicos utilizados nas notícias e que 13,8% apresentam dificuldade na compreensão do texto (isto é, sua construção, cadência das informações, estrutura narrativa etc.). Ou seja, 60,1% do público leitor aponta para dificuldades no modo como o jornalismo jurídico se faz perceber.

Questionados sobre o conhecimento jurídico que possui, a amostra apresenta dados bastante interessantes. Oferecida uma escala de “zero” a “cinco”, sendo “zero” um “desconhecimento completo” da atividade jurídica e “cinco” um “conhecimento completo” do mesmo, temos que: 36,6% afirma possuir conhecimento jurídico nível três; seguido pelo “quatro”, 23,6%. O nível cinco de compreensão fora a opção de apenas 13% da amostra. Adiante, 15,4% escolheram o “dois” para designar seu nível de compreensão; 10,6% o nível “um” e somente 0,8%, nível “zero”. Um conhecimento relativamente alto. Quando questionados se gostariam de entender melhor o funcionamento da justiça, a resposta é clara: 90,2% dizem que sim, se interessaria em absorver conhecimentos sobre o funcionamento do direito. Apenas 9,8% não se interessaria.

A amostra também foi inquirida sobre a confiança que possuem nas instituições jurídicas. A pergunta apresentada fora: “Qual seu grau de confiança na justiça (por exemplo: produzem denúncias e sentenças de qualidade, rigorosas e confiáveis)?”. As opções de respostas foram, novamente, de “zero” a “cinco”, sendo “zero”, “nenhuma confiança” e “cinco”, “confiança plena”. Embora a opção mais escolhida tenha sido de nível médio para alto, 33,3% para nível “três” de confiança, as demais somadas, revelam um cenário de desconfiança: nível “dois” para 28,5% dos inquiridos; nível “um” por 21,1% e “zero” por 9,8%. Assim, 59,4% da amostra responde negativamente às instituições jurídicas. O nível “quatro” fora escolhido por apenas 6,5% deles e o nível “cinco”, por apenas 0,8%, totalizando 40,6% de respostas positivas aos agentes jurídicos.

A dissertação, quanto aos dados acima apresentados, invoca Cunha (2017) que, sobre estudo da ICJBrasil (2017, 1º semestre), revela uma má avaliação do Poder Judiciário em âmbito nacional: apenas um quarto dos brasileiros “confiam” ou “confiam muito” no Poder Judiciário, ao passo que a confiança na Polícia é de 26% e nas Forças Armadas 56%. Discorre o autor:

No caso brasileiro, a crise no sistema de Justiça não é um fenômeno recente. Uma série de pesquisas mostra que, do ponto de vista da eficiência do Judiciário e da burocratização de seus serviços, a sua legitimidade vem sendo questionada desde o início da década de 1980. De lá para cá, e com maior intensidade a partir de 2000, alguns trabalhos levantaram dados sobre as atividades do Judiciário, como o número de processos novos e em andamento a cada ano. (p.3)

Adiante, o estudo se debruça sobre a percepção da interação que estabelece cidadãos com o Poder Judiciário. Neste ponto, os inquiridos foram questionados se acreditam que a opinião individual do leitor, quando manifestada nos rodapés das notícias *online*, afeta de algum modo uma ação judicial. Para 82,9% da amostra, não existe tal possibilidade e para 17,1%, sim. A pergunta seguinte estabelece um novo cenário: se milhares de comentários de leitores, com uma mesma opinião, seriam capazes de afetar a decisão de um magistrado: para 52%, não, e para 48%, sim. Interessante perceber uma acentuada queda da crença da incapacidade de afeto sobre as ações judiciais quando adicionado o elemento da coletividade – relativamente ao nível de “ilusão da autonomia absoluta [do direito] em relação às pressões externas” (BOURDIEU, 2011, p.221). Não seria precisamente o que vemos hoje, quanto ao STF?

O estudo foi além e questionou se leitores de notícias jurídicas deveriam (ou se considerariam razoável) afetar o andamento de uma ação jurídica. Para 60,2% da amostra, comentários de leitores não deveriam interferir e 39,8% acreditam que deveriam.

Entre a amostra obtida, há um descontento quanto a comunicação hoje estabelecida entre Poder Judiciário e cidadãos. A questão, sobre isto, acompanha o seguinte exemplo: “se a justiça se faz entender e se a população consegue, por sua vez, tornar público seus anseios enquanto cidadãos” (TEIXEIRA, 2020, pp.71-72): para 83,7%, não existe comunicação adequada entre as partes e para 16,3%, sim.

A pergunta que encerra o inquérito por questionário é aberta e provocativa: “Considera necessária a participação da população nas questões do Poder Judiciário? Por quê?” (TEIXEIRA, 2020, p.73). As respostas obtidas variam desde elaborações complexas às mais curtas e diretas. Vejamos algumas: “Sim. Porque é a população que vive e enfrenta os problemas e muitas vezes o poder judiciário não tem todas as informações necessárias no processo”. Outras perspectivas a incapacidade de terceiros de absorver tais informações: “Sim, mas a população ainda não tem interesse e preparo para isso... infelizmente. Seria

necessária uma alfabetização jurídica inserida no ensino fundamental formal”. Outro acrescenta: “Acredito que o Judiciário tem o dever de informar a população sobre sua atuação. Um Judiciário que decide e não publica não deixa claro como decidiu, não interage com a sociedade (e fica alheia a ela) não pode existir no Estado democrático de direito”. (TEIXEIRA, 2020, p.74).

Também merecem destaques outras duas respostas: “Acho que a participação tem de ocorrer por meio da simplificação dos ritos e da linguagem. As pessoas têm de entender as regras do jogo” e “Sim. A participação popular é uma ótima ferramenta de controle social”.

Ainda, relativamente à necessidade de “controle” popular sobre o Poder Judiciário, diz o leitor: “Sim. Como os outros poderes, este também deve ter controle e fiscalização por parte da sociedade. Aliás, vejo o Judiciário como o poder menos transparente nas suas conduções e o que mais produz arbitrariedades dentro do Poder Público”.

Merecem destaques outras cinco respostas curtas: “Sim, o povo precisa ser ouvido”; “Porque o judiciário deveria considerar a opinião popular dentro da sua razoabilidade”; “Em alguns casos relacionados a demandas coletivas sim”; “Sim porque eles agem ao contrário dos anseios da população”; “Sim. Porque muitas vezes nem sempre o que está na lei é o que é justo ou correto”.

Adiante, vejamos respostas contrárias à participação popular nas decisões do Poder Judiciário e as razões apresentadas: “Não. Entendo que é uma resposta elitista, mas o rito processual tem muitas nuances específicas. É muito difícil que um leigo participe de um julgamento sem saber os princípios processuais e até mesmo constitucionais”; “No Brasil não! O advento das fake news nas eleições de 2018 deixou claro que o cidadão brasileiro não sabe por que a justiça existe, nem para que serve a Constituição, logo, é melhor que não opine, já que nessa nação a justiça é um instrumento de suicídio do Estado Democrático de Direito, caso seja operacionalizado pela opinião pública”; “Não, a maioria da população não tem conhecimento e quer dar pitacos em coisa que não conhece”.

Outro inquirido, na mesma linha, acrescenta avaliação quanto aos riscos de distorções e o desconforto que a participação popular traria aos operadores do direito: “Não. A maioria da população não tem hábito de leitura; desconhece a Lei e sua aplicabilidade. A participação popular em assuntos jurídicos (técnicos), levaria o Poder Judiciário a um desconforto, descrédito, pois os resultados das questões poderiam sofrer influências naquilo que o povo acredita, em suas ideias, valores, crenças e Fake News, sem fundamentos jurídicos”.

Adiante, na fase de entrevistas, é que aprofundamos o debate sobre a percepção popular da atuação do Poder Judiciário, em que o estudo obtém uma contextualização maior das avaliações anteriormente expostas, na fase de inquérito por questionário.

Em geral, como sintetiza um dos entrevistados, há uma clara noção de que seja “inadmissível que juízes pautem suas decisões com base no clamor popular” (TEIXEIRA, 2020, p.88). Todavia, aponta para o interesse considerável pelo debate público da ação jurídica, sobretudo na medida do afeto desta ao social e a vida cotidiana dos indivíduos. O entrevistado, que afirma fazer parte de grupos ligados a engenharia civil e da maçonaria, afirma que “as questões relativas ao STF nos chegam quando provocadas por alguma decisão que afeta nossas atividades comerciais e como cidadãos atentos que somos”. Adiante, exemplifica: “A visibilidade que o STF tem hoje, principalmente pelo fato de suas sessões plenárias serem transmitidas por sinal aberto de televisão possibilita que o cidadão comum, mesmo não sendo operador do direito, se sinta apto a opinar sobre questões jurídicas e até a contestar voto de ministros” (TEIXEIRA, 2020, p.90).

Outro entrevistado nos leva para questões de ordem identitária: “Acompanho muitos movimentos negros do Brasil, pela liberdade e pela luta antirracista, eles me fazem ver que a justiça não tem igualdade, que é diferente conforme a cor da pele das pessoas, as redes do Instagram de mulheres feministas e do movimento negro me trazem essa realidade que muitas vezes não vemos nos jornais e nas revistas” (TEIXEIRA, 2020, p.90).

Questões diretamente ligadas ao mundo do trabalho também estiveram presentes nas entrevistas, como a seguinte, que diz: “Eu trabalho em sindicatos de servidores públicos federais, por isso assuntos de justiça, direito do trabalho são discutidos o tempo todo. Converso com advogados e procuradores. Geralmente, discutimos assuntos inerentes à Juízes, jornalistas e jornalistas: estudo sociológico sobre leitores de notícias jurídicas mão de obra e à política. Gosto de escutar os profissionais da área pois eles têm bons conhecimentos de normas, leis, instruções e explicam como funciona o rito da justiça” (Teixeira, 2020, pp.90-91).

Dois aspectos receberam destaque do estudo: o modo como o direito permeia indiretamente as conversas destes coletivos (de colegas de serviço ou grupos de debate de ordem política e/ou filosófica) “portanto, não diretamente interessados nas coisas jurídicas em si, mas na medida em que a ação jurídica atravessa seus interesses” (TEIXEIRA, 2020, p.91). Segundo, as redes sociais como ferramenta de repercussão e debate sobre publicações do jornalismo jurídico. Notadamente, o *Instagram* e *WhatsApp*, por meio dos quais supracitados

entrevistados encontram-se com indivíduos que, de algum modo, afetam, direta ou indiretamente, suas opiniões sobre o Poder Judiciário.

Diferentemente do que se poderia supor, a maioria dos entrevistados concorda em alguma medida com a manifestação do ministro Mendes, qual seja, de que o debate jurídico tenha se tornado “conversa de jornalista”. Um deles dispara: “[...] tem muita gente metida a jurista, sendo que nem tem curso de Direito. Não sabe diferenciar direito civil de direito tributário. Pessoas sem esse conhecimento não podem dar pitacos em decisões, em processos criminais e na área judiciária. Isso é pauta pra quem entende do assunto, jornalista jurídico, advogado, promotor e juiz. Quem não tem esse conhecimento não tem condições para debater imparcialmente”. (TEIXEIRA, 2020, p.93) Interessante aqui perceber que o leitor inclui a figura do jornalista jurídico como parte do meio jurídico.

Outro entrevistado diz: “A diferença substancial veio com a liberdade de imprensa pós ditadura e mais recentemente a transmissão ao vivo das sessões do STF. As decisões ganharam mais publicidade. Evidente que a distância do leigo para o operador do judiciário é notória”. (TEIXEIRA, 2020, p.93)

O último entrevistado a ser invocado melhor elabora as opiniões acima, aparentemente: “O Direito é uma ciência e, como tal, possui método. Sem que haja leitura e entendimento (defendo que o conhecimento se transfere e se constrói majoritariamente pela leitura), o que for expresso por alguém será senso comum. O senso comum está numa superfície dos processos sociais (isso inclui o Direito e as decisões jurídicas) e ele pode prejudicar o funcionamento de uma ciência caso ele seja equiparado à reflexão e às construções que, reitero, como ciência, exigem método”. (TEIXEIRA, 2020, p.93). Ora, percebe-se que:

o pano de fundo da maior parte das análises dos leitores é a incorporação da lógica da distinção entre profissionais jurídico e profanos. Parecem os leitores de algum modo conscientes da existência de “aspetos” definidores da autoridade e da competência para sustentar e legitimar o status quo. Em outras palavras, reconhecem-se como simbolicamente distantes do ministro Mendes ao intuir ser ele detentor de “algo” que lhes escapa e, doravante, reproduzem o desvio fundamentado na desposse, entre eles e os demais profanos, caso identifique, nestes indícios de que “algo” lhes escapa (algo que o leitor possua, como por exemplo, conhecimento vulgar mínimo das coisas jurídicas, domínio da norma culta, capacidade de debater imparcialmente o direito etc.). Como se neste procedimento ostentasse ao entrevistador o domínio de alguma competência que lhe confira, entre os profanos, relevância maior que os demais (como se dissessem: “excluído sim, porém menos que o outro”). (TEIXEIRA, 2020, p.93).

Em outras palavras, percebe o último entrevistado que manifestações de senso comum – desprovidas de “leitura e entendimento” e rigor metodológico – localizam-se na “superfície dos processos sociais”, isto é, que profanos e suas “intuições frequentemente inconstantes do sentido da equidade” (BOURDIEU, 2011, p.225) poderiam “prejudicar o funcionamento” da ciência. Interessante notar que a lógica se revela semelhante à expressa em Bourdieu, à exceção do fato de que, neste, a distinção entre estar “no interior” ou “na superfície dos processos sociais” (ser membro do campo ou profano) é precisamente o fundamento da exclusão das manifestações tidas como desprovidas de “leitura, entendimento e metodologia”. Em outras palavras, os pressupostos fundantes do desvio entre profissionais e profanos se expressa (na resposta do leitor) pela reprodução da retórica da autonomia do campo jurídico. Em outras palavras, relegar o profano à “superfície dos processos sociais” seria – não uma consequência da ordem da literacia, como componente da diferenciação entre membros e profanos – mas o próprio efeito da relação de poder, fundamentada na desaposse e legitimada no desvio entre a visão jurídica e a visão vulgar (Bourdieu, 2011)? Isto é, não entendem, pois não jogam o jogo e, paralelamente, não jogam o jogo, pois não entendem. Estes leitores:

reconhecem-se como simbolicamente distantes do ministro Mendes ao intuir ser ele detentor de “algo” que lhes escapa e, doravante, reproduzem o desvio fundamentado na desposse, entre eles e os demais profanos, caso identifique, nestes, indícios de que [um outro] “algo” lhes escapa (algo que [este] leitor possui, como por exemplo, conhecimento vulgar mínimo das coisas jurídicas, domínio da norma culta, capacidade de debater imparcialmente o direito etc.). Como se neste procedimento ostentasse ao entrevistador o domínio de alguma competência que lhe confira, entre os profanos, relevância maior que os demais (como se dissessem: “excluído sim, porém menos que o outro”). (TEIXEIRA, 2020, p.94).

Por fim, dos inquéritos e entrevistas realizadas no âmbito do estudo em análise, extrai-se duas manifestações da amostra que merecem especial atenção, ofertadas em espaço livre para reflexões, ao final da entrevista. Duas chamaram a atenção. Vejamos a primeira: “Acredito na democratização do conhecimento sobre o STF e suas decisões como fundamental para a participação livre do povo, em que os objetivos cada vez mais se voltem para os interesses públicos” (TEIXEIRA, 2020, p.103). O entrevistado seguinte, afirma:

“O STF, apesar de exigir comprovado conhecimento jurídico, é constituído por escolhas políticas. Isto traz à corte um ar, junto à parte da população,

de distanciamento democrático. A escolha é completamente indireta: o presidente, eleito, indica e os senadores, eleitos, aprovam. Retirar os intermediários talvez fosse um caminho para aproximar este poder da população”. (TEIXEIRA, 2020, p.103).

5. REFLEXÕES A PARTIR DO ESTUDO

Na medida em que analisamos – aqui resumidamente – o perfil sociodemográfico da amostra e sua visão sobre o direito, mediante entrevistas estruturadas, resta evidente que estamos diante de uma leitura essencialmente bourdieusiana da relação juízes e leitores de notícias jurídicas, Poder Judiciário e sociedade civil ou membros do campo jurídico e profanos. De fato, a denúncia da existência destes indivíduos, a partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, em Lisboa (mediante sua deslegitimação enquanto críticos – violência simbólica por essência [BOURDIEU, 2011]), como fato (“questões postas”) revela o mal-estar da relação imposta, como paradigma uma percepção não mais passível de se ignorar. Relação até então desconsiderada – diga-se de passagem – mas que hoje impõe questões concretas às instituições jurídicas, à comunicação social e à sociologia. Ora:

Este mal-estar, próprio dos agentes do campo jurídico em relação à exterioridade, explicar-se-ia, em outros fatores, pela popularização de uma visão vulgar do direito que, por efeito, evidencia e reforça a responsabilidade social direta e/ou indireta das ações jurídicas. Não é por acaso que Kelsen certamente lhes interesse mais que Bourdieu, que o jornal especializado lhes interesse mais que a grande imprensa e que o “jornalista” lhe interesse mais que o “jornaleiro”. (TEIXEIRA, 2020, p.111).

O fato é que o STF se vê envolto a “200 milhões de juízes” – ou profanos do campo jurídico, seus críticos impertinentes – a pôr em causa a ideia de uma ação jurídica independente “dos constrangimentos e das pressões sociais” (BOURDIEU, 2011, p.218). Em 2022, esses indícios tornaram-se ainda mais robustos que à época do estudo (2018-2020), sobretudo em função do processo contra Daniel Lucio da Silveira, ex-policia militar e deputado federal pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) do Rio de Janeiro-RJ. Condenado em 16 de fevereiro de 2021 a oito anos e nove meses de prisão, pelo ministro Alexandre de Moraes, do STF, por divulgação de vídeo com injúrias e supostas ameaças à corte, e que recebeu o perdão do presidente Jair Bolsonaro, tornando “sem efeito” a decisão do Supremo.

São diversas as hipóteses que podem explicar a aproximação e presença do público/profano às margens do campo jurídico. Aqui interessa destacar o advento das tecnologias de comunicação e informação e as redes sociais virtuais (como indica a amostra, nas entrevistas) como espaços onde exercem seu interesse pelas questões jurídicas e suas implicações sobre a vida social e cotidiana. Interessa este aspecto sobretudo para desdobrarmos para questões quanto ao futuro da comunicação social nas instituições jurídicas, sejam elas por meio das assessorias, das ferramentas tecnológicas para difusão de informações (incluindo presença nas redes sociais), dos portais da transparência e dos aspectos ligados à acessibilidade, criação de conteúdo textual e audiovisual e difusão de informações por mídias alternativas.

6. ESTRUTURAR O DEBATE

Por um lado, podemos interpretar (do ponto de vista da análise de riscos) a aproximação do público leigo (sobretudo de uma parcela que avalia e questiona politicamente, pela via física e virtual, a existência e atuação das instituições jurídicas, pondo-as até mesmo em causa, principalmente o STF) como risco à estrutura jurídica, ao campo jurídico ou ao Estado Democrático de Direito. Por outro, que nada mais representam que leigos opinando sobre tema que desconhecem e, que, portanto, em nada afeta o campo jurídico e sua funcionalidade, isto é, que o campo segue sólido. Todavia, a própria amostra lança luz para outra possibilidade interpretativa, qual seja, de que:

[...] diferentemente da imagem de invasivos a atravessar indiscriminadamente as questões do direito, a ignorar por absoluto sua condição de desposse e a agredir a autonomia relativa do campo jurídico [...] [a amostra] revela-se mais modesta e consciente de sua condição. Este leitor inclusive corresponde, em considerável grau, aos mecanismos de exclusão dos profanos do campo jurídico. Razão pela qual, não há como sugerir, neste estudo, qualquer risco de “enfraquecimento” da autonomia (Bourdieu, 1997) do campo jurídico. (TEIXEIRA, 2020, p.113).

Em outras palavras, o estudo releva um público de atitude razoável perante sua condição de exterioridade e desposse. Um público que, quanto mais for possível, se furta de agir e verbalizar irresponsavelmente sobre as questões do direito e que, em certa medida, até legítima “a autonomia relativa do campo jurídico e sua estrutura hierárquica, admitindo suas próprias limitações perante

o debate jurídico (por exemplo, ao reconhecer não possuir conhecimentos específicos, sobretudo seus pares)”. (TEIXEIRA, 2020, p.113)

Como sabem todos aqueles que tiveram algum contato com a sociologia, que tal ciência nega-se especular sobre o futuro ou elaborar qualquer tipo de perspectiva, o que não significa descartar por completo as outras duas perspectivas - apenas que, por esta amostra, elas não ganham robustez.

Se se identifica algum risco crescente à estabilidade das instituições jurídicas – sobretudo STF, na contemporaneidade – em matéria de autonomia e legitimidade (o que são inegáveis, do ponto de vista do embate com o Poder Executivo), ou se o Poder Judiciário se encontra sólido e firme o suficiente para suportar os abalos e solavancos de um Estado Democrático de Direito relativamente jovem, como o Brasileiro – inegavelmente – estudos mais recentes poderão apontar. Teixeira (2020b) apresenta indícios claros da aproximação deste público leigo. As implicações ficam ao cargo do tempo.

O que parece claro a esta altura – e, ao que tudo indica, também ao ministro Mendes – é que a condição (e o próprio reconhecimento desta condição) de desposse e exclusão do campo jurídico “não parece implicar, necessariamente, na autoexclusão deste público do debate político do direito” (TEIXEIRA, 2020b, p.113). E aqui introduzimos os conceitos elaborados pelo estudo: “debate político do direito” e “esfera política do direito” (TEIXEIRA, 2020b), como sendo tudo o que se produz (e seu respectivo *locus*) acerca dos efeitos sociais diretos e/ou indiretos (implicações, repercussões e desdobramentos) da ação jurídica sobre a vida social e cotidiana.

Do ponto de vista da manutenção da autonomia das instituições jurídicas, conclui o estudo que a democratização do conhecimento jurídico (de um modo que ainda discutiremos) pode vir a reforçá-la, por efeito, ao invés de pô-la em causa (sobretudo nos debates mediados em abril de 2020 sobre suposto “isolamento” e perda de “legitimidade” do STF). De fato, a crítica negativa aos agentes jurídicos por parte dos profanos (e de uma parcela da amostra), parece-nos mais ligada mais uma:

“noção de desobrigação” do indivíduo perante as coisas jurídicas, resultante da perversão da incorporação do sentido da exclusão, dos constrangimentos sociais e da vergonha cultural (Lopes, 1999) – que se exprime como desvinculação espontânea e consciente das implicações legais de seu discurso ou ação (na medida em que este sujeito se percebe estrangeiro e descolado deste mundo [jurídico]). Tal perversão permite a alguns

indivíduos, por exemplo, sugerir, sem constrangimentos, que haja desonestidade entre ministros do STF. (TEIXEIRA, 2020b, p.113).

Percebe o estudo que, quanto mais acentuada e evidenciada (como violência simbólica) a distância social entre agentes do campo jurídico e profanos (por exemplo, ao apontar a incapacidade do “jornaleiro” de perceber o que sejam Controles “Concreto” e “Abstrato”, no direito [conceitos que, evidentemente, poucos dominam, mesmo entre profissionais]):

maior a tendência de estes encararem o jogo jurídico como espécie de “verdade” com “estrutura de ficção” [ŽIŽEK, 2017, p.16], cujos atos transcenderiam a realidade prática, encontrando sentido somente em si mesmo e sem consequências diretas e indiretas sobre a vida social dos indivíduos. Ou seja, quanto maior a distância entre o direito e a vida social, maior a tendência dos profanos a perverter a noção da autonomia e do sentido próprio da ação jurídica, como um jogo que não apenas não lhes importam, como parece não importar à própria sociedade como um todo. (TEIXEIRA, 2020b, p.115).

Em outras palavras, o profano sentir-se-ia tanto mais encorajado a depreciar as instituições jurídicas quanto mais acentuada sua desconexão com as coisas jurídicas – resultando, como bem resume o prof. Dr. Clóvis de Barros Filho, em entrevista, na noção vulgar de que: “se fechar o STF ninguém nem vai perceber” (TEIXEIRA, 2020b, p.227), o que “remete à discussão que é da própria erosão da legitimidade das instituições de Estado que, por sua vez, contribui decisivamente para o questionamento da própria democracia” (TEIXEIRA, 2020b, p.226).

Percebe o estudo que a relação estabelecida por este público com as atividades jurídicas orienta-se, fundamentalmente, por desejos mais modestos e elevados, quais sejam, entender e, de algum modo, participar de um debate – não propriamente jurídico em seus termos, espaços e recursos – mas da “política do direito” e suas implicações sobre a vida social e cotidiana, na medida em que percebem as coisas jurídicas como pertencentes ao mundo social e, portanto, vinculadas (afetando e sendo afetada) à vida política e econômica do país, por exemplo (lutas de aparência universal, transcampos, e suas implicações na [e dentro da] lógica do campo jurídico), como campo inserido no metacampo do poder (poder sobre o Estado como metapoder [BOURDIEU, 2002]). Ora:

Mesmo à luz da teoria bourdieusiana, reconhecidamente identificadora das eventuais perdas de autonomia e/ou riscos à conservação da estrutu-

ra e hierarquia de um campo, é seguro supor que haja em curso uma adaptação das instituições jurídicas à proximidade virtual (mediatizada) deste público profano (este “jornaleiro”). Assim, a atuação do profano no debate público sobre a ação jurídica, ainda que não resulte na performance de um “debate propriamente jurídico” (e como vimos, nem objetiva fazê-lo), merece (e, em alguma medida já recebe) a atenção das instituições jurídicas. (TEIXEIRA, 2020b, p.114).

Chegamos, finalmente, à cerne da questão desta série de artigos. Ao que tudo indica, guarda razão a fala do ministro Mendes. De fato, “temos que melhorar a relação da informação do público e daqueles que comentam” (AMATO, 2018, abril 03). Mas, como?

REFERÊNCIAS

AMATO, G. (2018, abril 03). Gilmar: ‘Ter um ex-presidente condenado é muito ruim para a imagem do Brasil’. *O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-ter-um-ex-presidente-condenadomuito-ruim-para-imagem-do-brasil-22550215>

BOURDIEU, P. (2011). *O Poder Simbólico* (2a ed.). Lisboa: Edições 70.

BOURDIEU, P. (2002). *Sobre o Estado*. São Paulo: Companhia das Letras.

CUNHA, L.G. (2017). *Relatório ICJBrasil (1º semestre). Índice de Confiança na Justiça brasileira (1º Semestre)*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil>

LOPES, J.T. (1999). A “boa maneira” de ser público. *BOCC*, pp.1-7. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/lopes-jt-publico.pdf>

PENDERGAST, D. (2010). Connecting with Millennials: Using tag clouds to build a folksonomy from key home economics documents. *Family and Consumer Sciences Research Journal*, 38(3), pp. 289–302. Doi: <https://doi.org/10.1111/j.1552-3934.2009.00019.x>

TEIXEIRA, P.V.F. (2020a). Questões postas: (Re)pensar Bourdieu no contexto jurídico brasileiro contemporâneo - I. *Themis Revista Jurídica*. v.1, n.2, pp.51-66

TEIXEIRA, P.V.F. (2020b). *Juízes, jornalistas e jornalheiros: estudo sociológico sobre leitores de notícias jurídicas* (Tese de mestrado). Acessado no Repósitoário Aberto Universidade do Porto 428037.

ŽIŽEK, S. (2017). *Acontecimento: uma viagem filosófica através de um conceito*. Rio de Janeiro: Zahar.

Submissão: 19.maio.2022

Aprovação: 31.julho.2022

ANTONIO CALLADO, O DIREITO E SUAS QUESTÕES NO ROMANCE *QUARUP*

Antonio Callado, the law and
your questions in the *Quarup* novel

Edson Benedito Rondon Filho¹

ÁREA: Direito. Literatura.

RESUMO: Antônio Cândido defende que o Direito à Literatura resguarda os bens incompreensíveis integrantes dos Direitos Humanos, o que favorece a compreensão da realidade social e jurídica a partir de obras literárias. Desse quadro brotam algumas questões, como: Em que medida Direito e Literatura se relacionam? Quais as contribuições da Literatura para o Direito? Assim, o objetivo principal deste artigo é analisar a relação entre Direito e Literatura, a partir do romance *Quarup*, de Antonio Callado. Como objetivos secundários temos: compreender a relação entre Direito e Literatura; descrever sinteticamente *Quarup*; apresentar os temas ou questões jurídicas identificados em *Quarup*; e relacionar as contribuições da Literatura para o Direito. A abordagem é qualitativa, com coleta de dados a partir de pesquisa bibliográfica e catalogação na base de dados do programa NVivo.10, o que possibilitou sistematização dos temas jurídicos encontrados na obra analisada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e Literatura; Direitos Humanos; *Quarup*; Antonio Callado; Questões jurídicas.

¹ Edson Benedito Rondon Filho é formado em Direito e Ciências Sociais pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) e Segurança Pública pela Academia da Polícia Militar de Goiás. Possui Mestrado em Educação pela UFMT, Doutorado em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) com estágio sanduíche (PDSE/CAPES) no Centre de Recherche Sociologique sur le Droit et les Institutions Pénales (CESDIP), na França, e Estágio Pós-Doutoral (PD-III) em Letras Modernas pela Universidade do Estado de São Paulo (Unesp). É professor da Faculdade Católica Rainha da Paz (FCARP) de Araputanga-MT e professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS) da UFMT. Orienta trabalhos de graduação e pós-graduação na área do Direito e Sociologia. Atual Presidente do Conselho Executivo do Instituto Brasileiro de Segurança Pública (IBSP) e Associado ao Instituto Histórico e Geográfico de Mato Grosso (IHG-MT). E-mail: edsonrondon@hotmail.com

ABSTRACT: Antônio Cândido defends the Right to Literature protects the incomprehensible assets that are part of Human Rights, which favors the understanding of social and legal reality from literary works. Some questions arise from this framework, such as: To what extent are Law and Literature related? What are the contributions of Literature to Law? The main objective of this article is to analyze the relationship between Law and Literature, based on the novel *Quarup* by Antonio Callado. As secondary objectives we have: understanding the relationship between Law and Literature; briefly describe *Quarup*; present the themes or legal issues identified in *Quarup*; and relate the contributions of Literature to Law. The approach is qualitative, with data collection from bibliographic research and cataloging in the database of the NVivo.10 program, which made it possible to systematize the legal themes found in the analyzed work.

KEYWORDS: Law and Literature; Human Rights; *Quarup*; Antonio Callado.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito e Literatura. 2. O romance *Quarup*. 3. O Direito e suas questões apresentadas em *Quarup*. 4 Considerações. Referências.

INTRODUÇÃO

A Literatura integra o corpo de fatores de humanização naquilo que se conhece como inculcamento intencional, tal qual o faz outras instituições ou grupos sociais como é o caso da família, escola, igreja e círculo de amizade, onde se refletem as crenças, os sentimentos e as normas da sociedade, ou seja, a Literatura não pode ter sua fruição inconsequente, afinal tem importante papel na formação da personalidade (CÂNDIDO, 2004, p. 176).

Logo, a relação entre Literatura e outras áreas de conhecimento, como o Direito, favorece o conhecimento da proposição dos narradores e autores em forma de modelos de coerência, traduzidos na organização textual da palavra em alinhamento à biografia do autor como procedimento de compreensão da obra analisada em possibilidade relacional com a realidade social e jurídica.

Desse quadro brotam questionamentos que direcionam este artigo, a destacar: Em que medida Direito e Literatura se relacionam? Quais as contribuições da Literatura para o Direito?

O objetivo principal é analisar a relação entre Direito e Literatura, a partir do romance *Quarup* de Antonio Callado. Como objetivos secundários temos: 1) Compreender a relação entre Direito e Literatura; 2) Descrever sinteticamente *Quarup*; 3) Apresentar os temas ou questões jurídicas identificados em *Quarup*; 4) Relacionar as contribuições da Literatura para o Direito.

A abordagem é qualitativa, com coleta de dados a partir de pesquisa bibliográfica e catalogação na base de dados do programa NVivo.10, o que possibilitou sistematização dos temas jurídicos encontrados na obra analisada.

A estrutura do artigo apresenta, sequencialmente, o Direito e a Literatura, o romance *Quarup* e as questões relacionadas ao Direito identificadas na obra.

1. DIREITO E LITERATURA

O Direito à Literatura, conforme defesa de Antônio Cândido, sustenta-se na contraditória natureza humana, afinal, em razão dos problemas que nos apresentam, estamos no ápice da dominação da natureza e da racionalidade técnica “(...) no entanto, a irracionalidade do comportamento é também máxima, sendo frequentemente pelos mesmos meios que deveriam realizar os desígnios da racionalidade” (CÂNDIDO, 2004, p. 169).

Os Direitos Humanos se movimentam para solucionar questões de desarmonia e injustiças decorrentes da barbárie que caminha juntamente com o máximo de civilização. Em se tratando de relação social, quando em um dos polos existe um pobre, há margem para o surgimento de medo ou culpa, pela existência de uma fronteira problemática que não distingue *bens compreensíveis* (cosméticos, enfeites, roupas supérfluas, etc.) de *bens incompreensíveis*, não passíveis de negação a qualquer pessoa, como é o caso dos alimentos, da moradia, da roupa, ou seja, os Direitos Humanos (CÂNDIDO, 2004, p. 173).

Os chamados *bens incompreensíveis* são aqueles que garantem, além da “integralidade espiritual”, o Direito à crença, à opinião, ao lazer, à arte e à Literatura, o que ajudaria a organizar o plano pessoal das pessoas, impedindo a frustração. A vitória de Cândido consistiu em anexar o literário aos bens incompreensíveis.

O destaque desse rol de Direitos apresentados é a Literatura percebida:

(...) da maneira mais ampla possível, todas as criações de toque poético, ficcional ou dramático em todos os níveis de uma sociedade, em todos os tipos de cultura, desde o que chamamos folclore, lenda, chiste, até as for-

mas mais complexas e difíceis da produção escrita das grades civilizações (CÂNDIDO, 2004, p. 174).

Aliás, desde o Século 18 os autores começam a perceber a realidade dos Direitos, iniciando pela narrativa da sua vida, suas quedas, seus triunfos, sua realidade desconhecida pelas classes bem aquinhoadas, a exemplo do socialismo que tem influência romântica (CÂNDIDO, 2004, p. 183), mesmo que as relações mútuas entre Direito e Literatura tenham sido identificadas desde a Antiguidade, como nos casos de temas jurídicos utilizados por Homero em suas narrativas épicas (FARIA, 2015, p. 10).

No Século 19, aparece o romance social de corte humanitário com relatos messiânicos, como os escritos por Eugène Sue, onde a miséria é retratada em associação ao crime, misturando os delinquentes e os trabalhadores honestos, e nos *Os miseráveis*, de Victor Hugo. Alguns temas são básicos nesse tipo de romance, como a ideia de que a pobreza, a ignorância e a opressão resultam em crimes advindos das condições sociais (CÂNDIDO, 2004, p. 183). Esse é um tipo de Literatura empenhada em Direitos Humanos, da mesma forma que a realista onde a crítica é investigação real da sociedade.

No Brasil, esse estilo começa se esboçar no Naturalismo, mas se fortalece na década de 1930 quando o pobre e seus problemas ganham espaço nas narrativas.

Isso foi devido sobretudo ao fato do romance de tonalidade social ter passado da denúncia retórica, ou de mera descrição, a uma espécie de crítica corrosiva, que podia ser explícita, como em Jorge Amado, ou implícita, com em Graciliano Ramos, mas que em todos eles foi muito eficiente naquele período, contribuindo para incentivar os sentimentos radicais que se generalizaram no país. Foi uma verdadeira onda de desmascaramento social, que aparece não apenas nos que ainda lemos hoje, como os dois citados e mais José Lins do Rego, Rachel de Queiroz ou Érico Veríssimo, mas em autores menos lembrados, como Abguar Bastos, Guilhermino Cesar, Emil Farhat, Amando Fontes, para não falar de tantos outros praticamente esquecidos, mas que contribuíram para formar o batalhão de escritores empenhados em expor e denunciar a miséria, a exploração econômica, a marginalização, o que os torna, como os outros, figurantes de uma luta virtual pelos direitos humanos. Seria o caso de João Cordeiro, Clovis Amorim, Lauro Palhano etc. (CÂNDIDO, 2004, p. 185)

A denúncia de problemas sociais por meio da literatura contribuiu para a exposição e conhecimento de uma realidade inumada e marcada por mazelas. Ou seja, a literatura nos liberta do caos e se torna instrumento de desmascara-

mento das mitigações de Direitos. Isso é fundamental em uma sociedade como a nossa que dificulta as possibilidades de acesso aos bens materiais e espirituais basilares pela falta de oportunidade. A luta pelos Direitos Humanos passa pelo Direito de acesso à Literatura e resulta na diminuição do abismo entre os níveis de conhecimento de ricos e pobres.

Nesse sentido, Faria (2015, p. 13) afirma que “o Direito é a arte da persuasão e como tal se utiliza da Literatura para expandir seu campo em sua atividade precípua que é a interpretação”, o que possibilita a ampliação do significado literal das palavras, em harmonia à retórica forense e ao discurso literário, presentes na linguagem de juristas e escritores. Diz o autor que o grande diferencial entre o discurso jurídico e o discurso literário é a interpretação, enquanto o primeiro busca o significado literal, o segundo quer a compreensão abrangente da interação entre linguagem e lei (*idem*, p. 21).

Assim, essa relação entre Literatura e Direito pode ser demonstrada pela apresentação de temas ligados à realidade social e jurídica identificados em *Quarup* de Antonio Callado, o que pode nos aproximar do quadro normativo da realidade, mas não exclusivamente à lei, dada à prenhez de história do Brasil e de luta pelos Direitos Humanos impregnadas na obra em referência.

2. O ROMANCE *QUARUP*

A obra *Quarup*, de autoria de Antonio Callado, foi publicada em 1967 pela Civilização Brasileira (nesta pesquisa foi utilizada a edição do Círculo do Livro de 1974) e traz, como marca temporal, uma narrativa que permeia a história política brasileira, o que dá realismo ao romance e um aspecto de veracidade aos enredos das personagens que se interligam de maneira indireta com as personalidades políticas e os fatos históricos do tempo interpolado (anos 1950 a 1970). Chiappini (1994, p. 97) diz que o crítico Franklin de Oliveira renunciou na “orelha” do livro que a obra representaria a Literatura brasileira dos anos 1960, sobretudo pelo desejo de transformação apostado na obra, carregada de energia.

A crítica considera *Quarup* uma das obras mais emblemáticas e representativas do Brasil, pois narra a inauguração do regime militar (1964) e seus métodos ortodoxos de obtenção de confissões e informações, fundados em perseguições e torturas, claramente denunciados na obra. É a revolução em obra, entranhada na carne e alma, como um rio que sufocado pelo autoritarismo continua no subterrâneo, bastando ter bons ouvidos para

ouvi-lo correr à procura de sua libertação, à luz de Ferreira Gullar (CHIAPPINI, 1994, p. 97).

Chiappini² (CALLADO, 1982, p. 100) aproxima a ficção de Callado, autor da obra analisada, ao projeto alencariano, uma vez que seus romances sondam os avessos da história do Brasil, com forte influência das narrativas francesa e inglesa, sem nos esquecermos da inspiração brasileira fundada em José de Alencar e Machado de Assis. O bloco da obra de Callado, para Leite, é “uma reiterada ‘canção do exílio”, inserindo-se no projeto dos românticos que tem como tarefa principal a redescoberta do Brasil, através de uma cartografia literária onde ecoam bosques e florestas e transcorrem temas universais, problematizados indutivamente pelas histórias individuais possíveis de generalização.

Chiappini (1994, p. 98), também, resgata essa trajetória de influência desde Gonçalves Dias e José de Alencar até Guimarães Rosa³, na ambivalência entre o nacionalismo e o cosmopolitismo ou entre o regionalismo e a vanguarda, o que de certa forma atende a uma leitura da tradição literária de forma harmônica, num trânsito entre a realidade e a ficção.

Souza (2008, p. 133) considera que *Quarup* é um romance de tese⁴, marcado por ondas dialéticas e entrelaçamentos de ideologias importadas, marcadas pelo colonialismo, mas que se converte em embrião do “romance pós-colonial que politiza o estético no Brasil”.

Quarup, como construção utópica, é percebido por Agazzi (1998) como “romance de aprendizagem”, realçando o significado da obra de Callado para se compreender o período ditatorial brasileiro.

Martinelli (2006) considera *Quarup* uma obra de deseducação na medida em que faz chamamento para a posição crítica do intelectual alienado que não dialoga com a realidade e que deve se despertar.

² O nome completo da autora é Ligia Chiappini Moraes Leite, mas para efeito de reconhecimento literato utilizaremos nas citações Chiappini ao invés de Leite

³ Ferreira Gullar disse que: “De fato, enquanto lia o romance, não podia deixar de pensar nos índios de Gonçalves Dias, em *Iracema*, de Alencar, em *Macunaíma*, de Mário de Andrade, em *Cobra Norato*, mesmo nos *Sertões*, de Euclides, em Guimarães Rosa. Pensava na abertura da Belém-Brasília, no Brasil, nesta vasta nebulosa de mito e verdade, de artesanato e eletrônica, de selva e cidade, que se elabora, que se indaga, que se vai definindo” (CHIAPPINI, 1994, p. 98).

⁴ “O romance de tese, remontando ao surgimento do romance burguês, nos séculos 18 e 19, amenizou sua fórmula durante o século 20. Esta fórmula, baseada no confronto entre um projeto narrativo (tese) e nítidos obstáculos (antítese) sofreu vários processos desconstrutores até gerar romances híbridos do pós-modernismo que desarticulam e re-articulam ideias, valores e utopias bem delineados” (SOUZA, 2008, p. 134).

Bender (2010.), retomando crítica de Cândido (2006, p. 253), destaca o caráter inovador do *Quarup*, ficção que marca o decênio de 1960 e integra a “Literatura participante” com maestria e destreza, o que coloca Callado como cronista de qualidade e crítico do golpe militar.

Segundo Thomaz (2017), os dizeres de Ferreira Gullar e Hélio Pelegrino elevam o *Quarup* à condição de obra-prima que sintetiza a estética do projeto nacional pensado pelos movimentos sociais e intelectuais ao tempo de sua publicação e reflete a “encruzilhada civilizacional” enfrentada pelo Brasil.

Parêntesis importante deve ser aberto quanto à fala do próprio Callado (1982, p. 101) quando afirma que a análise de *Quarup* que reduz seu enredo ao abandono da religião pela política é simplista, pois a obra se liga, em síntese, à afirmação de uma religiosidade mais livre na busca pela justiça social.

Nas palavras de Cândido (2004), a relação da biografia do autor com a obra, neste caso, traduzida na síntese da história de vida de Callado, facilita a tradução da lucidez e do entendimento do autor, pois indica o zelo do escritor para com o texto produzido, independente do tema abordado. Tal zelo faz parte do ofício e não pode estar alheio à realidade que o cerca.

Callado enquanto intelectual preocupado com o Brasil, não tolerava liberdade pela metade e como jornalista se utilizava das reportagens para fomentar os debates públicos, fazendo do terreno, sempre que podia, seu escritório de jornalismo crítico, onde mediou conflitos e denunciou abusos de autoridades perpetrados em detrimento dos menos favorecidos. Por isso sua voz não se cala e ainda se faz ecoar, encontrando ressonância em suas obras como fontes de infundáveis (re)significações por quem as lê.

Quanto a *Quarup* se observa uma linearidade da narrativa com respeito à cronologia e argumentos fáticos que colocam à tona dilemas éticos que a personagem protagonista, Padre Nando ou simplesmente Nando, se vê obrigada a decidir, pois que dessas decisões se desenvolvem a trama e os atos seguintes, numa cadeia de eventos que transbordam emoções causais, como nos trechos adiante destacados:

— Não entendo, minha filha - disse Nando. — Sua casa não é a de seu pai e sua mãe?

— Depois eu visito eles, se eles quiserem me ver.

Levindo segurou o braço de Nando com força.

— Não amole mais a menina, Nando. Você é que precisa entender. Moça que mora com o pai é moça-moça, moça donzela. Só deixa de ser donzela quando casa e Maria do Egito é solteira. E não vai casar, vai?

Nando não respondeu e Levindo continuou:

— Não vai, não é? Pois então vai fazer carreira nos prostíbulos. Entendeu? Isto é uma convenção pacífica, matéria aceita

(CALLADO, 1974, p. 55).

Vanda tinha tomado o frasco da mão de Nando, molhado seu pequeno lenço, colocado o frasco na mesa e passado o lenço a Nando. Como quem não quer nada, Nando aspirou fundo. Alternando lenço e uísque, Ramiro abriu um dos armários de vidro. (...)

— O perigo mesmo nisto de cheirar éter - disse Nando, com voz alegre e clara - é o ensimesmamento exagerado. Pode parecer irritante alguém falando quando começamos a entrar nas primeiras câmaras, mas o fato é que a interrupção fixa as imagens

(idem, p. 103-104).

— A coisa não é assim, Manuel - disse Nando - do dia para a noite. Por exemplo: pagando salário muito mais alto aos camponeses o dono da terra já dá a eles uma parte muito maior daquilo que a terra rende; obrigado pelo Governo a pagar impostos, que antes não pagava, está entregando mais dinheiro ao Estado, que o Estado bota para educar o povo; o povo educado vai exigindo cada vez mais o que devem a ele, uma participação cada vez maior no que a terra produz; as Ligas Camponesas e os Sindicatos já estão avisando os donos da terra que fazem uma verdadeira guerra contra eles se eles não pagarem direito, não se comportarem direito. Vocês são milhares, são milhões e milhões no Brasil inteiro. Guerra eles sabem que perdem. Compreendeu, Manuel?

(ibidem, p. 315).

A obra é dividida em sete capítulos, a saber: “O Ossuário”, “O Éter”, “A Maçã”, “A Orquídea”, “A Palavra”, “A Praia” e “O Mundo de Francisca”. Callado tem o cuidado de dividir o seu romance em capítulos que variam em espacialidade e cuja nomenclatura reflete a centralidade da narrativa. Em cada um deles é aposta uma situação inicial, seguindo-se evento (s) modificativo (s) do quadro, instaurando-se um conflito que se coroa num clímax momentâneo.

As ambiguidades são uma constante que permeia toda a obra em forma de vários dilemas, como o pecado e a catequização, drogas e abstinência, emoção

e razão, exploração pelo desbravamento e preservação do intocado, castidade e luxúria, amor e desprezo, selvagem e dominado, entre outros. Esses pares de oposição estão na balança do pensamento – ação da personagem central e dão um tom de superação e mudança de percepção quando a cada quadro o leitor percebe essas oposições afloradas da mesma pessoa. É o padre que se deita com mulheres, quebrando seu voto de castidade e se remói de remorso, mas que volta a quebrar seu voto em um dilema irresoluto entre o prazer da carne e o prazer da alma, alentando-se em uma missão reprodutora da saga jesuíta nas Missões em uma utopia socialista de revolução no centro-oeste do Brasil. É o provar matrimonial de substâncias proibidas cujo experimento de sensações únicas enlaça o vínculo homem-entorpecente e colocam na pauta o uso dessas por pessoas dos variados estratos sociais. Enfim, impossível traduzir *Quarup* em poucas linhas, mas o indicativo dessa análise pode ser comprovado nos excertos adiante:

— E se replicarem ao estampido flechando um de nós? perguntou Vila-verde.

— Atiramos neles disse, Olavo. — Legítima defesa.

— Isso não pode.

— Ó, idiota, em caso de guerra civil a gente mata até irmãos, primos, quando normalmente a gente não pode matar ninguém. Você não vê que os cren nos declararam guerra, guerra? Estamos cercados!

— Em caso de guerra civil os dois lados têm homens responsáveis. Os índios são tutelados do Estado, Olavo. Têm estatuto de criança. Acabou-se. Vou parlamentar com eles.

— Um momento - disse Lauro. — Quem for a favor da resistência armada aos índios que levante a mão.

Olavo levantou a mão. Ramiro coçou a coxa com a mão direita, pensando um instante, mas acabou de braço abaixado. Lauro riu. Apontou os índios esqueléticos em torno.

— Os ingleses - disse Lauro -, quando eram os chefes do mundo, morreriam de vergonha se se vissem forçados a um *quadrado* desses. Nativos moribundos imobilizando um grupo armado de brancos!

(CALLADO, 1974, p. 279)

— Bom mesmo de casar é dono de armarinho, como o turco - disse Manuel. — Eu achei que tinha tempo. Enquanto Raimunda estava na vida

continuava na profissão dela. Não punha nódoa no meu nome. Quando eu já tivesse casa pra ela...

— Está vendo, Nando? - disse Cecília. — “Não botava nódoa no meu nome”. Negócio de ser puta é triste. Você é que quer fazer a gente esquecer. Isto não é profissão não.

(...)

— Eu não aconselho você a mudar de vida - disse Nando. — E você pode tornar essa vida tão útil como qualquer outra, obrigando os homens a gozar com vocês, a esperar por vocês. Ensinem aos meninos um amor fundo e sem pressa. O Brasil faz planos de governo de cinco anos que duram cinco meses e planos de três anos que duram três dias. Presidentes eleitos por cinco anos possuem a pátria em sete meses, abotoam a braguilha e vão embora. E há Presidentes que duram dois dias.

Sancha perguntou, pensativa:

— Feito esses galos que mal entram de esporão na gente já estão sangrando na barragem, não é?

— Isto - disse Nando. — Não satisfazem a pátria, não fecundam o país. E fica todo o mundo nervoso, gesticulando, fazendo discurso.

(CALLADO, 1974, p. 416-417).

3. O DIREITO E SUAS QUESTÕES APRESENTADAS EM *QUARUP*

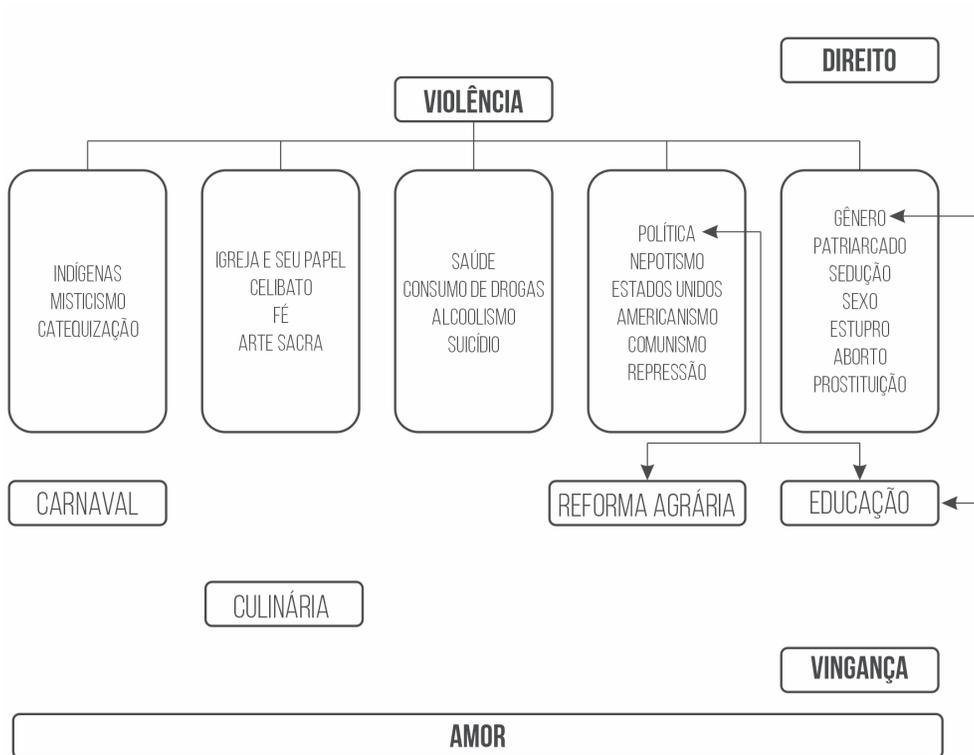
Quarup demonstra, por seu inventário, que não pode ser dissociado do contexto histórico-social, o que inclui o Direito, sobretudo pela relevância das cenas e quadros descritos na narrativa, carregada de realismo e atualidade; é histórico e estético, com fidelidade à realidade brasileira, catalisada na narrativa inerente a Nando e suas aventuras e desventuras nos brasis de Callado.

A obra cumpre uma função social ao apresentar um Brasil visto a partir de seu interior, onde projetos pessoais se colidem com os projetos políticos e a convicção prevalece de maneira irresponsável, reinventando o país que é devorado pela desesperança retratada no grande formigueiro, em fragmentação de fatos políticos, econômicos, sociais e históricos entrelaçados com o Direito, subvertido e rasgado nas cenas retratadas no romance.

Nessa lógica de analista tecelão, após converter todo o texto de *Quarup* em formato de arquivo compatível com o *software* NVivo .10., a criação de *nodes* possibilitou a visualização do arranjo temático em relação com o Direito, por

extração dos trechos afins e criação de vínculos, como se observa na figura adiante.

Figura 1 – Temas destacados em *Quarup*



Fonte: Pesquisa de campo (2020)

O quadro confirma a relevância de *Quarup* para compreensão da realidade concreta, o que perpassa necessariamente pela ordem jurídica, pois que todos esses temas, como a pauta indígena, a reforma agrária, a educação, a questão de gênero, o Direito canônico, entre outros, deságuam, necessariamente, em questionamentos sobre o papel que o Direito ocupa no contexto. Também, não se pode descartar o papel da crítica literária como extensão do texto em análise e participante do afloramento dos significados e amarrações às necessidades do homem. Temos uma ferramenta potencial para se refletir sobre o Direito a partir dos retratos jurídicos literários em *Quarup*.

Os assuntos pautados são de extrema relevância e tangenciam a realidade de maneira comovente e gesta inquietação no leitor diante de tanta opressão, violência e violações vividas pelas personagens, amenizadas pela busca incansável do amor idealizado e pelas pitadas de humor advindas de alguns quadros, principalmente, os que envolvem a pureza indígena nos diálogos travados com os caríbas, soando sempre como o mesmo roteiro anteriormente ensaiado, em oposição ao índio de Callado que contaminado pelo branco comete os mesmos pecados, o que gera interrogações sobre os Direitos Humanos e até que ponto a humanidade suporta tantas violações e opressões.

Enquanto Literatura em livre expressão de pensamento condensou os conflitos, angústias, antagonismos, paixões e desejos tão comuns e ao mesmo tempo tão caros à nossa natureza humana, bem representando a realidade social, jurídica e histórica do período retratado, a exemplo do caso da polarização entre comunismo e capitalismo, a questão ambiental, a causa indígena, a retomada por parte da população do conservadorismo moral e religioso, a criminalização daqueles que lutam pela reforma agrária e dos movimentos sociais, o ressurgimento do americanismo e a violência contra mulher e minorias (prostitutas).

Derradeiramente, podemos afirmar que a obra *Quarup* estimula variados sentidos que, em razão das condicionantes afetivas ou cognitivas e, também, das éticas, históricas, culturais, temporais, ideológicas e jurídicas, provoca indagações e reflexões no leitor diante da possibilidade de vinculação com a realidade, que é problematizada e discutida todo momento na narrativa, por isso é um clássico.

Tem-se, então, uma conexão interdisciplinar muitíssimo interessante entre Direito e Literatura, pois brota dessa conexão a possibilidade de se estudar questões jurídicas a partir dos textos literários com impacto direto no ensino e nas pesquisas das duas áreas em relação, na medida em que a condição humana, retratada nas obras literárias, está sob o efeito. A criticidade do leitor e analista é posta à prova e abre margem a inúmeras possibilidades de (re)significação do texto em relação ao Direito.

4. CONSIDERAÇÕES

A Literatura, como parte integrante da humanização, pelos seus textos, possibilita refletir sobre as crenças, os sentimentos e as normas sociais, o que inclui o Direito. Compõe os *bens incompreensíveis*, pois, garante a integralidade

espiritual e a organização do plano pessoal de cada um e seu acesso deve ser visto como direito humano. A Literatura, também, contribui com o Direito na perspectiva do ensino jurídico e pesquisas, pois retrata a condição humana sob o efeito do Direito. O exemplo pragmático da conexão entre Literatura e Direito foi apresentado com base na análise do romance *Quarup* de Antonio Callado, que teve sua estrutura e enredo relatados de maneira sintética e apresentação dos temas jurídicos identificados, a saber: a pauta indígena, a reforma agrária, a educação, a questão de gênero, o Direito canônico, entre outros. Logo, os objetivos foram cumpridos, principalmente por demonstrar a importante conexão entre Literatura e Direito.

REFERÊNCIAS

AGAZZI, Giselle Larizzatti. *A Crise das Utopias: A Esquerda nos romances de Antônio Callado*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Letras Clássicas e Vernáculas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1998.

BENDER, Mires Batista. Quarup: uma alegoria do Brasil. *Tabuleiro de Letras*, v. 3, n. 1 (2010). Salvador - BA: Departamento de Ciências Humanas do Campus I, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/tabuleirodeletras/article/view/139/90> Acesso em 26 mar. 2022.

CALLADO, Antonio. *Quarup*. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.

CÂNDIDO, Antônio. *O Direito à Literatura. Vários escritos*. 4ª Ed. Reorg. Pelo autor. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul. São Paulo: Duas Cidades, 2004, p. 169-191.

CHIAPPINI Ligia. *Seleção de textos, notas, estudos biográfico, histórico e crítico e exercícios*. São Paulo: Abril Educação, 1982.

CHIAPPINI Ligia. Nem lero nem clero: historicidade e atualidade em Quarup de Antonio Callado. In: *Revista Brasileira de Literatura Comparada*, nº 2. São Paulo: ABRALIC, 1994.

FARIA, Gentil de. (org.). *Direito e Literatura: confluências e afinidades*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

MARTINELLI, M. *Antonio Callado: um sermonário à brasileira*. São Paulo: Annablume, 2006.

SOUZA, Licia Soares de. A estrutura pós-colonial de Quarup, de Callado. *A Cor das Letras*. UEFS, n.9, 2008.

THOMAZ, Daniel Mandur. Textos inéditos de Antonio Callado revelam faceta desconhecida do autor. In: *Folha Digital: coluna ilustrada*. Ed. 30/01/2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/01/1854147-textos-ineditos-de-antonio-callado-revelam-faceta-desconhecida-do-autor.shtml> Acesso em: 26 mar. 2022.

Submissão: 26.março.2022

Aprovação: 02.setembro.2022

O NOVO REGIME DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL NO BRASIL PREVISTO NA LEI Nº 14.112/2020

*The new business insolvency regime in Brazil
foreseen in the law n. 14.112/2020*

Charles Stevan Prieto de Azevedo¹

ÁREA: Direito Empresarial. Insolvência.

SUBÁREA: Direito falimentar e recuperacional.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar ao leitor algumas novidades introduzidas pela Lei 14.112/2020 na atual lei de falência e recuperação empresarial (Lei 11.101/2005), que fez surgir um novo regime de insolvência empresarial no país, tornando a lei mais adequada à realidade. Dentre as inúmeras novidades, destacamos a que delimita a responsabilidade de sócios, administradores e controladores de sociedades; a perícia prévia; a recuperação do produtor rural; a insolvência transnacional e a forma de contagem dos prazos nos processos.

PALAVRAS-CHAVES: Recuperação judicial e falência; Princípios norteadores; Alterações legislativas.

ABSTRACT: This article aims to present the reader with some novelties introduced by Law 14.112/2020 in the current bankruptcy and business recovery law (Law 11.101/2005), which gave rise to a new regime of business insolvency in the country, making the law more adequate to reali-

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual Civil. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Pesquisador suficiente pela *Universidad de Extremadura-Espanha* em Direito Empresarial em julho de 2002. Professor universitário em cursos de Graduação e Pós-Graduação e da Escola Superior da Advocacia – ESA. É autor de diversos artigos jurídicos e das obras “Elementos Básicos de Direito Empresarial Moderno” – Ed. Juruá, já na 7ª edição e “Protesto: Teoria e Prática” – Ed. YK, 2021. E-mail: charles@caadvocaciaempresarial.com.br

ty. Among the numerous novelties, we highlight the one that delimits the liability of partners, administrators and controllers of companies; prior expertise; the recovery of the rural producer; the transnational insolvency and the way of counting the deadlines in the processes.

KEYWORDS: Judicial recovery and bankruptcy; Guiding principles; Legislative changes.

SUMÁRIO: 1. Breve histórico. 2. Princípios norteadores do processo falimentar e recuperacional. 2.1. Princípio da função social da empresa. 2.2. Princípio da preservação da empresa. 2.3. Princípio da livre concorrência. 3. Algumas alterações introduzidas pela Lei nº 14.112 de 2020. 4. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. BREVE HISTÓRICO

Em linhas gerais, a Lei nº 11.101, de 2005, compreende um complexo, mas específico sistema de insolvência empresarial existente no Brasil, tratando dos processos de falência e recuperação, tanto judicial como extrajudicial, como também os chamados crimes falimentares.

Quando falamos em sistema complexo, a LRF (lei de recuperação e falência) compreende um sistema legislativo próprio, que abrange normas materiais e processuais, em ambos os casos civis e criminais.

A sua entrada em vigor colocou fim ao antigo Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, que vigorou por aproximadamente 60 anos, que disciplinava os institutos da falência e das concordatas (preventiva e suspensiva). Institutos estes que já vinham mostrando claros sinais de descolamento com a realidade social, econômica e jurídica do país, e, por conseguinte, sendo utilizados como mecanismos de não pagamento, causando sério comprometimento ao sentido da norma.

Desta forma, a LRF trouxe uma nova e moderna roupagem ao sistema de insolvência empresarial nacional, garantindo mecanismos de recuperação, especialmente com a criação da recuperação extrajudicial, na qual o devedor estabelece um canal de negociação direto com os seus credores, sem que haja a necessidade do moroso e custoso processo judicial.

Recentemente a Lei nº 11.101, de 2005, sofreu sérias e profundas alterações em seu texto por meio da entrada em vigor da Lei nº 14.112 de 2020, a qual

inaugurou o novo sistema de insolvência no país e, dentro deste trabalho, procuraremos apresentar alguns aspectos desta reforma.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL

Antes de nos aprofundarmos ao cerne do presente, não menos importante é o olhar direcionado aos princípios que direcionam todo o sistema legal de insolvência nacional, funcionando como verdadeiros alicerces aos referidos institutos.

Para Ruy Samuel Espínola², princípio

Designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam se reconduzem e ou se subordinam.

Walter Claudius Rothenburg³, ao diferenciar princípios de regras, assim entende sobre os primeiros que tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando razões de um tipo muito diferente. Vamos a eles:

2.1. Princípio da função social da empresa

Quando o legislador constituinte incluiu a propriedade privada no rol dos princípios econômicos, referiu-se à propriedade privada produtiva, ou seja, as empresas nacionais que, de modo incondicional, deverão atender à sua função social (diferente da função individual da propriedade), sob pena de desvirtuarmos o próprio direito fundamental da propriedade.

Neste sentido, os ensinamentos de Eros Roberto Grau⁴:

À propriedade-função social, que diretamente importa à ordem econômica – propriedade dos bens de produção – respeita o princípio inscrito no art.170, III.

² Conceito de princípios constitucionais, p.53.

³ Princípios constitucionais, p.16.

⁴ A ordem constitucional na Constituição de 1988, p.215.

No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art.170 – mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.”

Não há como dissociarmos uma empresa da sua importância no cenário social de um país, especialmente no sentido de procurar garantir uma vida mais digna e justa para todos, viabilizando programas de inclusão (portadores de necessidades especiais, condições igualitárias para as mulheres, e outros mais) e de proteção do meio ambiente.

Logo, não há como pensarmos a propriedade econômica sem que atinja a sua função social, visto que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República do Brasil, devendo sempre ser perseguida pelo Estado e pela sociedade.

Em razão disso, quando uma empresa (pública ou privada) deixa a desejar no atendimento e observância de preceitos de ordem social, sucumbindo interesses públicos em face de interesses individuais, ocorre uma flagrante violação aos princípios fundamentais, tornando-se necessária a interferência do Estado, visando restabelecer a ordem constitucional, por meio de sanções garantindo o seu sentido social.

2.2. Princípio da preservação da empresa.

A Lei 11.101/2005 foi muito feliz ao garantir este princípio em seu texto normativo, notadamente no art.47:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Percebe-se claramente a preocupação do legislador, logo no primeiro artigo do Capítulo III, que trata do instituto da recuperação judicial, com a preservação do ente produtivo, capaz de gerar efeitos perante toda a sociedade, e que

demonstra um olhar não apenas para o devedor em crise, mas também com todos os que gravitam ao seu redor (trabalhadores, credores, estado e etc)

Percebe-se também este princípio não só na recuperação judicial, como também no processo de falência, por meio do *novel* § 2º do art.75:

A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia.

Desta forma, este princípio deverá sempre merecer um olhar atento do Poder Judiciário, visando garantir o máximo de efetividade, já que a preservação da empresa, principalmente por meio de mecanismos legais de recuperação, é medida que se impõe, visando a tutela não apenas do devedor, mas também de toda a coletividade que se apresenta. Todavia, este mesmo Poder Judiciário, com a mesma atenção, deverá evitar o *assistencialismo*.⁵

2.3. Princípio da livre concorrência.

A livre concorrência é fruto da própria economia liberal em que estamos vivenciando, sendo considerado um verdadeiro princípio constitucional da ordem econômica e não mera extensão do princípio da livre iniciativa.

Num primeiro momento, e principalmente para aqueles leitores menos atentos, tal princípio constitucional econômico teria por finalidade tutelar particulares (empresários), contra abusos praticados por outros empresários, que na ânsia de enriquecer-se, criam práticas empresariais abusivas (formação de cartel e *dumping*) lesando-os economicamente.

Entretanto, devemos considerar aludido princípio também como um instrumento protetor dos direitos coletivos, especialmente dos consumidores, vez que se localizam na ponta do sistema econômico, na condição de destinatários finais de determinado produto ou serviço.

De forma perigosa, estamos presenciando diversas operações societárias (transformações, fusões e incorporações) nos mais variados ramos, se constituindo em grandes concentrações de mercado, criando verdadeiros monopólios empresariais.

⁵ Daniel Carnio Costa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p.31

Inicialmente essas empresas criam uma situação favorável para o consumidor, tendo em vista que pela condição econômica gerada pela operação, possuem condições de garantir preços muito mais acessíveis em face do concorrente (não participante da operação), levando-os na maioria das vezes a um processo de dissolução e conseqüente extinção.

Com isso, estaremos criando um campo bastante fértil para o desenvolvimento dos chamados monopólios empresariais, situação que viabilizará o total controle do mercado, acarretando em provável aumento abusivo dos preços, visando compensar os preços baixos anteriormente praticados, tirando assim do consumidor a liberdade de escolha. Viola assim um outro princípio constitucional econômico, qual seja, a proteção do consumidor.

Não podemos esquecer de que, como princípio geral da ordem econômica, o Estado garante ao particular a livre iniciativa, que deverá ser exercitada de maneira reta e dentro dos ditames da razoabilidade e que, em caso contrário, possibilitará a intervenção estatal num verdadeiro caráter repressivo e punitivo.

Ainda ressaltamos que o poder estatal goza de meios também preventivos para garantir que a livre concorrência seja efetivada através de práticas empresariais lícitas e que garantam uma sociedade mais justa, como verificamos pela atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Outro exemplo do poder preventivo e repressivo do Estado é a Lei nº Lei 12.529/2011, que pune as infrações contra a ordem econômica, orientando-se através dos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, conferindo à coletividade a legitimidade para a defesa dos direitos ali tutelados.

Sobre o CADE, interessante parecer de Fábio Ulhoa Coelho⁶:

Duas são as formas de atuação do órgão: a repressora, em que julga os processos administrativos pertinentes à infração da ordem econômica, impondo sanções às pessoas que incorrem em conduta ilícita; e a preventiva, em que aprova operações societárias, como incorporação ou fusão, e demais atos de que possa decorrer prejuízos à concorrência ou dominação de mercado.

Por derradeiro, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não se repelem, muito pelo contrário, são plenamente capazes de coexistirem num

⁶ *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, p. 27.

sistema harmônico, garantindo a abertura de novas frentes no mercado, com o fomento da prática concorrencial saudável.

3. Algumas alterações introduzidas pela Lei nº 14.112 de 2020.

São muitas as alterações/novidades incorporadas pela nova lei de recuperação e falência, todavia, serão apresentadas neste trabalho apenas algumas que reputamos como pertinentes, sem qualquer prejuízo ou demérito as demais.

A primeira novidade versa sobre a inclusão da letra “A” ao artigo 82 da LRF. Verbaliza o legislador no art.82:

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1o Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

§ 2o O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

Como dito, a Lei 14.112 de 2020 acrescentou a letra A ao art. 82, passando a estabelecer:

É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica.

Parágrafo único. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Pelo texto, percebe-se claramente a contra ordem a extensão ao patrimônio dos sócios, controladores e administradores de uma sociedade falida, habilitando, todavia, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, atendendo sempre aos comandos do Código Civil e do Código de Processo Civil, em seus respectivos artigos.

De forma acertada, o legislador inseriu referida letra, com a flagrante intenção de apenas e tão somente ratificar o que já se sabe sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, de que ele deverá sempre, sempre, ser encarado como uma exceção e não como uma regra.

A segunda novidade apresentada neste trabalho, versa sobre a perícia prévia, fincada no art. 51-A da LRF. Estabelece o legislador:

Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

Percebe-se o momento processual em que poderá existir a perícia prévia, qual seja, após a apresentação da petição inicial, com os documentos indicados no art.51 e antes da decisão de processamento da recuperação judicial, estabelecida no art.52.

A introdução do instituto da perícia prévia em nosso sistema normativo é uma confirmação do que já vinha sendo aplicado pelo poder judiciário em processos de recuperação judicial, especialmente para se constatar se a empresa solicitante preenchia minimamente as condições de funcionamento e da autenticidade da documentação ofertada.

De acordo com Joice Ruiz Bernier⁷, “a perícia prévia começou a ser utilizada em meados de 2011, em processos de recuperação judicial na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.”

Agora, devidamente contemplada no texto legal, a perícia prévia permanece com os mesmos propósitos: primeiro, verificação das reais condições de funcionamento da empresa e, segundo, regularidade documental, sendo proibida a análise da viabilidade econômica do devedor.

⁷ BERNIER, Joice Ruiz. *Revista do advogado*, ano XLI, nº 150, junho 2021, p.101.

Daniel Carnio Costa e Eliza Fazan⁸ lecionam sobre o assunto:

A constatação prévia deve analisar apenas a capacidade da empresa na geração de empregos, tributos, produtos, serviços e riquezas. É suficiente a constatação que a empresa realmente existe, possui empregados, clientes e contratos ativos para manter suas atividades em funcionamento. Nesse momento, busca-se evitar que uma empresa inexistente, sem qualquer atividade e sem qualquer capacidade de gerar empregos, produtos, serviços e tributos ajuíze a recuperação judicial com o objetivo de impor aos credores uma negociação que não terá nenhuma contraprestação de interesse público ou social. Se não haverá empregos a serem salvos, por exemplo, qual é o sentido de impor aos credores uma negociação que implique na alteração dos seus créditos? Mas, se a atividade existe, embora em crise, o processo deve ser iniciado, cabendo aos credores decidir sobre a viabilidade econômica daquela empresa.

Desta forma, podemos afirmar que a perícia prévia possui as seguintes características⁹:

- 1^a) perito terá direito a remuneração;
- 2^a) não há contraditório e as partes não apresentam quesitos;
- 3^a) o devedor será intimado do resultado da constatação prévia concomitantemente à sua intimação da decisão que deferir ou indeferir o processamento da recuperação judicial, ou que determinar a emenda da petição inicial, e poderá impugná-la mediante interposição do recurso cabível (agravo);
- 4^a) como dito alhures, tem um duplo objetivo (verificação das reais condições de funcionamento da empresa e da regularidade documental).
- 5^a) caso a constatação prévia detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de recuperação judicial, o juiz poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis e
- 6^a) caso a constatação prévia demonstre que o principal estabelecimento do devedor não se situa na área de competência do juízo, o juiz deverá determinar a remessa dos autos, com urgência, ao juízo competente.

⁸ COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. *Constatação prévia em processo de recuperação judicial de empresas*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 47.

⁹ AZEVEDO, Charles Stevan Prieto. *Elementos básicos de direito empresarial moderno*. p.220/221.

Caminhou com bastante acerto o legislador ao introduzir a perícia prévia no corpo da lei, já que serão evitadas, ou pelo menos reduzidos, o número de pedidos de recuperação judicial de empresas temerárias, para não dizer falidas, as quais não reúnem condições mínimas de acolhimento de seu pleito, protegendo os credores e toda a coletividade.

A terceira novidade é que o produtor rural poderá requerer sua recuperação judicial. Antes da atual reforma, a recuperação do produtor rural era tida como controvérsia, especialmente ante a não comprovação da sua atividade pelo prazo superior a 2 anos.

Ivo Waisberg e Luiza Serodio Gionnatti¹⁰, discorrem:

Acertadamente, o STJ¹¹ sedimentou entendimento no sentido de que a regularidade do exercício da atividade do empresário rural, para adequação à exigência do art.48 da Lei nº 11.101/2005, independe de registro perante a Junta Comercial. Isso porque o art.971 do Código Civil, é expresso ao excepcionar o registro a todo e qualquer empresário rural – que pode exercer sua atividade empresarial de maneira absolutamente regular mesmo sem inscrição perante o órgão competente.

Agora, o art. 70-A habilita o produtor rural de que trata o § 3º do art. 48, a apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

O plano especial permitido ao produtor rural é o mesmo estabelecido para a micro empresa e para a empresa de pequeno porte, com o parcelamento em 36 vezes de todo o seu passivo ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49, vencendo-se a primeira em 180 dias da distribuição do pedido, juros pela SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), sendo que as funções da AGC (Assembleia Geral de Credores) são incorporadas pelo juiz.

É perceptível, que o legislador não faz qualquer função aos créditos de natureza trabalhista, assim, nos socorremos do parecer de Manoel Justino Bezerra Filho¹²:

¹⁰ *Revista do advogado*, ano XLI, nº 150, junho 2021, p.93.

¹¹ STJ, Resp.1.800.032-MT, Rel.Min.Raul Araújo, j.5/11/2019; STJ, Resp.1.811.953-MT, Rel. Min.Marco Aurélio Bellize, j.6/10/2020; STJ, Resp.1.834.452-MT, Rel.Min.Luis Felipe Salomão, j.20.10.2020.

¹² Lei de recuperação de empresas e falência, p.240.

Assim, embora não haja aqui qualquer previsão especial no que tange aos créditos trabalhistas, ainda sim deve aplicar-se a limitação do art.54, no sentido de não ser possível prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho.

Diz o art. 54:

O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

§ 1º. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

§ 2º O prazo estabelecido no caput deste artigo poderá ser estendido em até 2 (dois) anos, se o plano de recuperação judicial atender aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I - apresentação de garantias julgadas suficientes pelo juiz;

II - aprovação pelos credores titulares de créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho, na forma do § 2º do art. 45 desta Lei; e

III - garantia da integralidade do pagamento dos créditos trabalhistas.

Quarta novidade: Insolvência transnacional.

A insolvência transnacional está delimitada entre os arts.167-A ao 167-Y, e foi recebido com bons olhos pela comunidade internacional.

Daniel Carnio Costa¹³, assim expõe sobre o tema:

Portanto, o sistema de insolvência de determinado país é elemento essencial para a formação da decisão de investimento e de atuação econômica na pretendida jurisdição. A decisão sobre investir ou em determinado país leva em consideração, além dos aspectos relacionados ao desenvolvimento próprio da atividade econômica, também o tratamento legal que é dado ao insucesso do empreendimento.

Notadamente, desde a década de 90, houve uma intensificação do movimento de transnacionalização do capital e da atividade empresarial. Com isso, uma única empresa atua sob diversas jurisdições simultaneamente. A legislação não poderia mais continuar à margem deste fenômeno.

¹³ *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p.313.

É claro que uma lei específica (falência e recuperação de empresas) que trata de um tema específico (transnacionalidade da insolvência), é capaz de gerar investimentos estrangeiros, pois estes agentes passam a visualizar o país como um local seguro e fértil, capaz de garantir efetividade jurídica nos processos não só de recuperação, mas também nos processos de falência, com grandes possibilidades de retorno financeiro.

E o legislador foi bastante cuidadoso em delimitar o que seja processo estrangeiro (principal e não principal) e algumas figuras importantes como o representante estrangeiro e a autoridade estrangeira (art.167-B), inclusive garantindo aos credores estrangeiros tratamento paritário com os credores nacionais (art.167-G).

Ainda, de acordo com o art.167-P, o legislador determinou gatilhos de cooperação dos juízes ou do administrador judicial, com autoridades estrangeiras ou representantes estrangeiros, dispensando entre as comunicações, a expedição de cartas rogatórias e outros procedimentos que, por certo, atrasariam a efetivação dos objetivos da lei.

Destaca-se parecer de Eronildes Aparecido Rodrigues dos Santos¹⁴: “A comunicação direta deve ser a mais ampla e transparente possível, possibilitando a compreensão dos ritos e das medidas que serão adotadas, o que imprime celeridade e eficiência na defesa dos interesses do devedor e credores.”

Assim, a insolvência transnacional é sem dúvida uma das grandes inovações introduzidas pela Lei 14.112/2020.

Como quinta e última novidade deste trabalho é a nova forma da contagem dos prazos pela Lei 11.101/2005.

Esta forma sempre foi motivo de muita controvérsia entre os operadores do direito, pois a Lei 11.101/2005, que entrou em vigor antes do atual Código de Processo Civil, traz em seu bojo prazos processuais e materiais e, por consequência, aplicaríamos a regra disposta no Código de Ritos (Lei 13.105/2015), em seu artigo 219, que estabelece a contagem dos prazos em dias úteis para os prazos processuais e em dias corridos para os materiais.

Estabelecida a confusão. Para se ter uma ideia, Manoel Justino Bezerra Filho¹⁵, na sua obra, diga-se, antes da reforma introduzida pela nova lei, profetizava o grau de dificuldade da questão:

¹⁴ *Revista do advogado*, ano XLI, nº 150, junho 2021, p.48.

¹⁵ *Lei de recuperação de empresas e falência*, p.449.

“O art.219 do CPC estabelece que ‘na contagem de prazo em dias’ computam-se ‘somente os dias úteis’, o que aplica apenas aos ‘prazos processuais’. No entanto, o exame apenas do que seria ‘prazo processual’ não seria suficiente para encontrar a aplicação correta da lei. Apenas como exemplo, o prazo de 180 dias no §4º do art.6º é misto (processual e material); processual para o andamento da recuperação, material para o direito dos credores que têm suas ações suspensas; para alguns, deve ser considerado prazo de natureza apenas material. Já o mesmo prazo de 180 dias do §3º do art.49 é processual. Assim, determinar se um prazo é processual ou material não parece ser critério suficiente para encontrar a melhor aplicação da lei.”

Perfeito o doutrinador, pois a definição do que é processo processual e prazo material ficaria subjugado a questões interpretativas e que seriam capazes de gerar insegurança jurídica no trato do processo.

Por consequência, depois de muita discussão na doutrina e na jurisprudência, e de forma bastante tardia mas acertada, o legislador, tratou de sanar todas as controvérsias, ao estabelecer no inciso I, § 1º do art.189, que todos os prazos previstos na lei serão contados em dias corridos, tentando assim, criar um ambiente fértil para que tanto o processo de falência como o de recuperação, possam dar uma resposta não apenas efetiva a sociedade, como também mais célere.

4. CONCLUSÕES

Por fim, podemos chegar às seguintes conclusões:

- 1) A Lei 11.101/2005, alterada consideravelmente pela Lei 14.112/2020, é alicerçada em diversos princípios, tais como, função social da empresa e da sua preservação, livre iniciativa, livre concorrência, celeridade processual, cooperação, dentro outros;
- 2) O art.82-A estabilizou a responsabilidade dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, por meio do instituto da desconsideração da personalidade jurídica;
- 3) A perícia prévia, agora normatizada no art.51-A e que antecede o *decisium* do art.52, passou a ser um importante instrumento comprobatório de se atestar se a empresa em recuperação reúne condições mínimas de apreciação do seu pedido;

- 4) Salvaguarda ao produtor rural, tão importante no nosso cenário econômico e social, e que agora, por força do art.70-A poderá requerer sua recuperação judicial, ou de forma especial, ou de forma tradicional (art.50);
- 5) A introdução da insolvência transnacional nos arts.167-A ao 167-Y, criando um campo propício para que investidores estrangeiros consigam enxergar, no país, uma legislação moderna e eficaz, habilitando o investimento;
- 6) A inclusão do inciso I, § 1º do art.189, esclarecendo de uma vez por todas, que todos os prazos da Lei 11.101/2005, sejam processuais, sejam materiais, passam a ser contados em dias corridos e
- 7) A Lei 14.112/2020 construiu um novo sistema de insolvência empresarial no Brasil, criando um ambiente contemporâneo e adequado às atuais necessidades de todos os interessados no processo, quais sejam, o devedor, seus credores e principalmente a própria sociedade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Charles Stevan Prieto de Azevedo. *Elementos básicos de direito empresarial moderno*. Curitiba: Juruá, 2022.

BERNIER, Joice Ruiz. *Revista dos advogados da Associação dos Advogados de São Paulo*. Recuperação de empresas e falência. **Alterações da Lei 14.112/2020**. Ano XLI nº 150. Junho 2021.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

BRASIL. Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Daniel Carnio; FAZAN, Eliza. *Constatação prévia em processo de recuperação judicial de empresas*. Curitiba: Juruá, 2019.

COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Curitiba: Juruá, 2021.

GRAU, Eros. *A ordem constitucional na Constituição de 1988*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Segunda tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTOS, Eronildes Aparecido Rodrigues dos. *Revista dos advogados da Associação dos Advogados de São Paulo*. Recuperação de empresas e falência. Alterações da Lei 14.112/2020. Ano XLI nº 150. Junho 2021.

SPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WAISBERG, Ivo. GIANNOTTI, Luiza Serodio. *Revista dos advogados da Associação dos Advogados de São Paulo*. Recuperação de empresas e falência. Alterações da Lei 14.112/2020. Ano XLI nº 150. Junho 2021.

Submissão: 13.julho.2022

Aprovação: 23.julho.2022

CONFORMIDADE DE *CHATBOTS* COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD

The compliance of chatbots with the General Law of Data Protection - GLDP

Patrícia Peck Garrido Pinheiro¹

ÁREA: Direito e Tecnologia. *Chatbots*.

RESUMO: O avanço tecnológico trouxe consigo um grande volume de dados que são utilizados cada vez mais pela Inteligência Artificial, dando suporte a aprendizagem de máquina. Esses dados privados do cidadão, cada vez mais expostos na rede mundial de computadores, precisam ser protegidos por legislação específica, como parte dos Direitos Humanos Fundamentais. O artigo se propõe a tratar do tema, mostrando suas consequências práticas quando são usados de forma indevida, utilizando-se do método dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e referências a casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados. Inteligência Artificial. *Chatbots*. Regulamentação. Direitos Humanos e tecnologia.

ABSTRACT: Abstract: The technological advance has brought a large volume of data increasingly used by Artificial Intelligence, supporting machine learning. These private citizen data, increasingly exposed on the World Wide Web, need to be protected by specific legislation as part of Fundamental Human Rights. The article aims to address the issue, showing the practical consequences when misused, using the deductive method based on bibliographic research and references to concrete cases.

KEYWORDS: Data protection. Artificial Intelligence. Chatbots. Regulation. Human Rights and technology.

¹ Advogada. Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo – USP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Para entender os *chatbots*: o que é a Inteligência Artificial? 3. *Chatbots* na prática. 4. *Chatbots* x LGPD. 5. Maus exemplos. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade digital e conectada, em que a tecnologia intensifica, agiliza e democratiza as relações humanas. Nesse cenário, a aplicabilidade da Inteligência Artificial cresce cada dia mais, possibilitando a transformação de relações e procedimentos. Praticamente, é um assunto que remonta desde os anos 1950, mas que foi retomado e acelerado após os anos 2000 devido a fatores como: melhoria da qualidade dos algoritmos, poder de processamento e acesso a grandioso volume de bases de dados, capaz de apoiar na aprendizagem de máquina.

Por isso que a inovação digital deve ser a base da estratégia das organizações. A sociedade está ficando cada vez mais orientada por dados e o uso da Inteligência Artificial – IA- está no centro de todo o desenvolvimento tecnológico nos diversos setores da economia. É um novo pensar, com novas aplicações, que demandam suporte jurídico especializado para análise e viabilidade legal dos projetos, considerando o aumento do uso de chatbots, drones, *machine learning*, bases de dados, bem como para verificação de questões relacionadas à transparência e ética de algoritmos.

Projeções mostram que não deve demorar muito para a Inteligência Artificial fazer parte da nossa vida cotidiana em diferentes aspectos. Em breve, transporte, robôs domésticos, serviços, saúde, educação, entretenimento, comunidades de poucos recursos, segurança pública, emprego e local de trabalho serão espaços totalmente habilitados para IA.

Os desafios para os próximos 15 anos serão a criação de hardware seguro e confiável para seus diversos usos, seja de carros autônomos até robôs de saúde, para assim ganhar a confiança do público e dos consumidores. Com o avanço do uso desses recursos pelo mundo, grande parte dos países inicia o debate regulatório em torno dessa inovação tecnológica que tem grande potencial de mudar a forma como nos relacionamos e trabalhamos.

O ponto de partida da discussão gira em torno dos limites éticos das aplicações de Inteligência Artificial e alcança a questão de quais são os mecanismos de controle necessários para que a tão sonhada autonomia robótica não se vire contra o ser humano. Em geral, as regulamentações buscam tratar de alguns

pilares relacionados a 4 tipos de riscos relacionados à IA: riscos éticos, riscos de privacidade, riscos de cibersegurança e riscos de propriedade intelectual.

No caso do Brasil, tramita o PL 21/20² que busca regulamentar a Inteligência Artificial e que traz princípios inspirados nas iniciativas da OCDE e na UNESCO.

Sendo assim, como delimitar claramente os parâmetros que precisam ser seguidos por todos os setores da sociedade?

2. PARA ENTENDER OS CHATBOTS: O QUE É A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ?

De acordo com Barthe (2017), a terminologia foi criada por John McCarthy e definida por Marvin Lee Minsky do seguinte modo:

[..] a construção de programas de computador que se engajam em tarefas que são, por enquanto, realizadas a partir de mais satisfatoriamente por seres humanos, porque eles exigem processos mentais de alto nível, tais como: aprendizagem perceptiva, organização da memória e raciocínio crítico³.

O estudioso Adriano Mussa (2020) define a Inteligência Artificial como o “[...] uso de modelos estatísticos ou matemáticos em aplicações específicas para predição de resultados, buscando sempre a máxima acurácia e robustez possíveis⁴”.

A pesquisadora Elaine Rich sintetiza a IA no seguinte enunciado: “Uma área de pesquisa que investiga formas de habilitar o computador a realizar tarefas nas quais, até o momento, o ser humano tem um melhor desempenho⁵”.

² O PL 21/2020, de autoria do deputado federal Eduardo Bismarck, estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. No momento o projeto aguarda análise do Senado Federal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>>. Inclusive, neste ano foi instaurada uma comissão de juristas responsável por subsidiar a elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/03/24/comissao-de-juristas-comecara-a-analisar-projetos-sobre-inteligencia-artificial>>. Vale destacar os princípios da Unesco (<https://pt.unesco.org/courier/2018-3/em-direcao-um-codigo-etica-global-pesquisa-em-inteligencia-artificial>) e da OCDE (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>).

³ BARTHE, Emmanuel. **Intelligence artificielle en droit**: derrière la “hype”, la réalité. Un blog pour l’information juridique, nov, 2017. Disponível em: <<http://www.precisement.org/blog/Intelligence-artificielle-en-droit-derriere-la-hype-la-realite.html#definir>>.

⁴ MUSSA, Adriano. **Inteligência Artificial** – mitos e verdades: as reais oportunidades de criação de valor nos negócios e os impactos no futuro do trabalho. São Paulo: Saint Paul, 2020. p. 65

⁵ RICH, Elaine **Artificial Intelligence**. New York: McGraw Hill Higher Education, 1991.

Deste compilado de conceituações, podemos inferir que a IA é um sistema/ algoritmo (software) cuja meta é *entender* e *construir* sistemas inteligentes, de forma que as máquinas inteligentes são desenvolvidas sob as seguintes motivações⁶:

- Melhor compreensão sobre nós (humanos);
- As máquinas inteligentes se mostram bastante úteis e interessantes quando aplicadas de maneira direcionada;
- A capacidade de desenvolvimento das IAs transcende as barreiras biológicas, podendo trazer avanços inimagináveis ao desenvolvimento humano.

Em suma, um sistema inteligente é capaz de⁷:

- Aprender por experiência;
- Utilizar o conhecimento adquirido;
- Solucionar problemas;
- Reagir perante uma nova situação – de modo ágil;
- Determinar o que é ou não importante;
- Racionar/pensar;
- Processar e manipular dados;
- Imaginar e criar dentro de um contexto de dados.

No caso, os *chatbots* são ferramentas de comunicação automatizadas, que utilizam IA para simular uma interação nos atendimentos *on line* das empresas. Normalmente programado para reproduzir uma conversa humana num *chat*. A vantagem desse sistema é automatizar tarefas que se repetem constantemente (como dúvidas frequentes), na forma de diálogo entre o usuário e um “robô”.

3. CHATBOTS NA PRÁTICA

Para imaginar o avanço dessas ferramentas, uma pesquisa realizada pela MarketsandMarkets⁸ revela que o mercado de chatbots é bastante promissor e

⁶ BARANAUKAS, José Augusto. **Histórico e Aplicações de Inteligência Artificial**. [notas de aula]. 2020.

⁷ Id.

⁸ Disponível em: < <https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/conversational-systems-market-232318863.html>>.

deverá crescer 30% ao ano até 2024. Segundo o levantamento, que ouviu 1.235 consumidores, 69% dos entrevistados estão satisfeitos com o uso desses “robôs” nas interações dos atendimentos.

De acordo com a Pesquisa Panorama Mobile Time - Mapa do Ecossistema Brasileiro de *Bots* - Agosto de 2021⁹, em um ano dobrou a quantidade de *bots* produzidos até hoje no Brasil, passando de 101 mil para 216 mil. O tráfego mensal de mensagens trocadas por esses *bots* cresceu 27%, subindo de 2,2 bilhões para 2,8 bilhões. Já a quantidade de robôs de conversação em atividade no Brasil praticamente dobrou entre 2020 e 2021, passando de 24 mil para 47 mil. Em média, cada um desses robôs conversa com 5,5 mil pessoas diferentes por mês e registra um tráfego mensal de 58 mil mensagens.

Algumas instituições já fazem uso de algum *chatbot* para orientação e atendimento. Um exemplo prático é o da “Privy”¹⁰ (*chatbot* exclusivo), que tem o objetivo de responder dúvidas sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) com velocidade e precisão. O projeto envolve a participação de uma equipe multidisciplinar tanto de cientista de dados, programadores, como estagiários de direito que têm a oportunidade de aprender como programar e treinar um *chatbot*.

Assim, os estudantes têm a oportunidade de atuar com uma equipe multidisciplinar especializada em ciências de dados. Esse exercício traz uma visualização muito importante para esses profissionais que estão se preparando para serem advogados do Direito Digital. A formação atual exige essa expertise de conhecer de forma mais aprofundada tanto o direito, quanto a tecnologia.

4. CHATBOTS X LGPD

Todos os assistentes virtuais, de qualquer instituição, seja ela pública ou privada, além de seguirem uma conduta ética e transparente, precisam estar em conformidade com a regulamentação de proteção de dados pessoais. Toda interface com tratamento de dados pessoais de titulares precisa informar isso.

Não importa se é a recepção de um prédio, uma página na web, um telefonema atendido por uma URA, ou um *chatbot*. A lei exige que as instituições divulguem os contatos do seu encarregado pelo tratamento de dados, conhecido como DPO (*Data Protection Officer*). Isso deve ser feito preferencialmente no

⁹ Disponível em: <<https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/mapa-do-ecossistema-brasileiro-de-bots-2021/>>.

¹⁰ Privy+ é o *chatbot* do escritório Peck Advogados acessível na página <https://www.peckadv.com.br/>

sítio eletrônico da empresa, mas se o seu principal canal de contato com os consumidores for um *bot*, é recomendável que essa informação esteja disponível no fluxo de conversa com o robô.

Também não é demais lembrar que toda interação com o *bot* é uma evidência. Fica registrada ali a conformidade ou a desconformidade com a lei, sendo inclusive uma prova que pode levar a empresa a sofrer penalidades.

Novamente de acordo com a edição de 2022 do Mapa do Ecossistema Brasileiro de Bots¹¹, 53% dos desenvolvedores de robôs de conversação que atuam no Brasil afirmam que seus *bots* estão adequados à LGPD. Apenas 3% informam que cerca de metade está aderente à lei; outros 3% dizem que poucos estão; e 6% não souberam responder.

Em uma sociedade tecnológica que está caminhando para o maior uso da inteligência artificial, é essencial, do ponto de vista ético, que o ser humano seja sempre informado e tenha plena ciência de quando está interagindo com um robô. O que significa ter que haver uma declaração que diferencie o perfil autêntico (atribuído a uma conta humana) de um que não seja.

Além disso, o atendimento virtual precisa explicar sobre a política de privacidade da instituição, sobre os canais de atendimento e confirmar se a identidade da pessoa que busca a interação com os aplicativos de comunicação é a correta. Por exemplo, já vimos casos de atendimentos de *chatbots* de laboratórios que queriam confirmar agendamento de exames, mas mandaram mensagem para a pessoa errada. Pode-se ocasionar ali uma exposição de um dado pessoal sensível que está relacionado à saúde.

O *bot*, caso capte dados pessoais de seus usuários, precisa estar em conformidade com a LGPD e atender requisitos de privacidade e segurança. E seu algoritmo deve buscar a transparência e a ética, e ser capaz, entre outras ações, de deixar claro de que se trata de um *bot*; explicar os motivos dos dados serem coletados e verificar a identidade da pessoa antes de encaminhar dados sensíveis, como resultado de exame.

5. MAUS EXEMPLOS

Uma abordagem falha do robô pode causar problemas. Por exemplo, se um *bot* de um laboratório clínico entrar em contato com um suposto paciente para informar que o resultado do exame poderá ser acessado em uma determinada

¹¹ Disponível em: <<https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/mapa-do-ecossistema-brasileiro-de-bots-2021/>>.

plataforma, mas a pessoa escreve que não fez nenhum exame. O *bot* desconsidera e continua a conversa. No fim, ainda pede para responder uma pesquisa de opinião.

Em outro exemplo de desconformidade, um cliente manda mensagem pedindo o resultado de seus exames e informa nome e o Cadastro de Pessoa Física – CPF perante a Receita Federal. O robô já envia um arquivo PDF com os resultados sem verificar a identidade. O correto seria o *bot* validar a identidade da pessoa.

O *bot* tem que estar treinado para situações em que liga para a pessoa errada. Não podemos apresentar dado pessoal sensível para outra pessoa que não é proprietária desse dado.

Outro aspecto muito importante envolve a ética algorítmica utilizada nessas plataformas, que pode ser identificada em uma auditoria. Entre os pontos questionados, é possível detectar se o algoritmo:

- possui viés estatístico;
- possui viés social que reflita vantagens sistemáticas para um ou mais grupos e desvantagem aos demais;
- é transparente na arquitetura;
- é transparente quanto aos critérios e métricas para a tomada de decisão automatizada.

São meios de garantir a transparência e a não discriminação do bot. É importante que ele passe uma comunicação clara, transparente e acessível de quais dados estão sendo coletados. Logs têm que ser bem guardados, assim como a tabela de temporalidade de guarda. E são necessários cuidados no treinamento do motor para não ter frases machistas, racistas e discriminatórias. É o *explainable AI*, ou seja, o princípio de explicabilidade do algoritmo.

Em linhas gerais, o que se busca com a regulação dos dados pessoais, no Brasil e demais países, é assegurar um manuseio ético, justo e ponderado dos dados em tratamento, de modo que, em relação às IAs, prevaleça a busca de garantia dos seguintes princípios norteadores:

a) Respeito à autonomia humana: sistemas inteligentes devem respeitar em todos os momentos a autonomia e os direitos fundamentais das pes-

soas. Portanto, o design e programação devem respeitar a vida e os direitos humanos sem qualquer tipo de discriminação.

- b) Transparência:** no caso de sistemas de IA, a transparência diz respeito principalmente à explicabilidade e rastreabilidade dos referidos sistemas. Esses dispositivos foram desenvolvidos para tomar decisões automaticamente com base em diferentes cálculos e projeções, e a possibilidade de rastrear o tempo todo o raciocínio seguido pelo sistema e explicar as consequências alcançadas. Especificamente, deve ser possível rastrear o conjunto de dados usado no raciocínio, a operação do algoritmo e as etapas seguidas para alcançar resultados. Todo esse processo também deve ser explicado a partir das visões técnicas de programação e design humano. O design e o uso de tecnologia imprevisível são uma combinação incompatível com a defesa da autonomia humana. É absolutamente necessário que a atividade de todos esses dispositivos seja fácil de entender e acessar.

- c) Responsabilidade e prestação de contas:** estreitamente relacionados ao princípio anterior, o design e o uso de sistemas inteligentes devem ser precedidos por uma clara alocação de responsabilidades por possíveis danos, e danos que isso possa causar. A alegada autonomia desses sistemas não pode servir de pretexto para a diluição de responsabilidades. Ao contrário, será necessário incluir os mecanismos apropriados (auditoria, relatório de erros, multas etc.) para garantir que as responsabilidades e obrigações relacionadas com a operação desses sistemas estejam bem definidas.

- d) Robustez e segurança:** a confiabilidade da IA exige que algoritmos sejam seguros, confiáveis e robustos o suficiente para operar com precisão e segurança, e resolver erros ou inconsistências durante todas as fases do ciclo de vida útil dos dispositivos. Este princípio também exige que os sistemas sejam projetados e desenvolvidos considerando a possibilidade de ataques cibernéticos e falhas técnicas.

- e) Justiça e não discriminação:** a concepção desses sistemas deve contar com a participação das partes interessadas e relacionadas com cada aplicativo que forneceu IA. Além disso, esses dispositivos devem garantir um

emprego justo dos dados disponíveis para evitar possíveis discriminações ou até distorções nos preços, afetando o equilíbrio do mercado¹².

6. CONCLUSÃO

Com efeito, um dos grandes embates e desafios deste campo da ciência jurídica é desenvolver uma legislação voltada à IA que consiga harmonizar as intenções mercadológicas e os Direitos Humanos fundamentais.

Para o Brasil assumir a dianteira para liderar a pauta de inovação, precisa tomar mais proveito da experiência internacional e aplicar ferramentas mais dinâmicas que permitam maior interação público-privada, com uso de recursos que envolvam não só a regulamentação, mas também atividades de correção e autorregulação para o desenvolvimento sustentável da IA, ou seja, de *hard law* (lei, decreto, portaria etc.) e de *soft law* (códigos de conduta, melhores práticas, frameworks, guias etc.).

REFERÊNCIAS

BARANAUKAS, José Augusto. **Histórico e Aplicações de Inteligência Artificial**. [notas de aula]. 2020.

BARTHE, Emmanuel. Intelligence artificielle en droit: derrière la “hype”, la réalité. **Un blog pour l’information juridique**, nov., 2017. Disponível em: <<http://www.precisement.org/blog/Intelligence-artificielle-en-droit-derriere-la-hype-la-realite.html#definir>>. Acesso em jul-22.

GARCÍA, Sergio Marín. **Ética e inteligência artificial. Cátedra Caixabank de Responsabilidad Social Corporativa**, Cad. nº 42, set. 2019.

MUSSA, Adriano. **Inteligência Artificial – mitos e verdades: as reais oportunidades de criação de valor nos negócios e os impactos no futuro do trabalho**. São Paulo: Saint Paul, 2020.

¹² GARCÍA, Sergio Marín. **Ética e inteligência artificial. Cátedra Caixabank de Responsabilidad Social Corporativa**, Cad. nº 42, set. 2019. p. 18 e 19.

RICH, Elaine **Artificial Intelligence**. New York: McGraw Hill Higher Education, 1991.

Submissão: 31.mai.2022

Aprovação: 31.julho.2022

LITERATURA DE GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ E OS MOVIMENTOS TRABALHISTAS NA AMÉRICA LATINA

*Literature by Gabriel García Márquez
and labor movements in Latin America*

Camila Marques Bottós¹

ÁREA: Direito. Literatura.

RESUMO: Este estudo partiu do interesse em desenvolver um estudo que pudesse refletir a história dos movimentos trabalhistas na América Latina do século 20, como ensejos necessários para a criação literária de Gabriel García Márquez, em *Cem anos de solidão* (1967). Primeiramente, parte-se da ideia do entrecruzamento de discursos entre a história e a ficção, ou seja, a possibilidade de uma análise literária não como forma de explicar os acontecimentos históricos e culturais, mas os tornar referências para a construção do texto. Em seguida, passa-se para um estudo pontual de como a questão trabalhista, os movimentos sociais e a intervenção do Estado se desenvolveram na América Latina e como isso gerou reflexos na literatura latino-americana. Por fim, analisa-se como García Márquez tomou por base aspectos sociais, econômicos e culturais na construção de sua narrativa. Como resultado, verifica-se a arte no resgate da memória coletiva e da identidade de um povo, a reflexão sobre si mesmo e sobre sua inserção nos movimentos sociais e na conquista de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Literatura. América Latina. Movimentos sociais. Memória.

¹ Procuradora Legislativa. Mestre em Literatura pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. E-mail: camila_bottos@hotmail.com.

ABSTRACT: This study aimed from the interest in developing a study that could reflect the history of labor movements in Latin America in the 20th century. as necessary opportunities for the literary creation of Gabriel García Márquez, in *One Hundred Years of Solitude* (1967). First, it begins from the idea of the intersection of discourses between history and fiction, that is the possibility of a literary analysis not as a way to explain historical and cultural events, but to make them references for the construction of the text. Then, move on to a specific study of how the labor issue, social movements and state intervention developed in Latin America and how this created reflexes in Latin American literature. Finally, it analyzes how García Márquez took social, economic and cultural aspects as a basis in the construction of his narrative. As a result, art is verified in the rescue of the collective memory and identity of a people, reflection on itself and its insertion in social movements and in the conquest of rights.

KEYWORDS: Law. Literature. Latin America. Social movements. Memory.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Massacre das Bananeiras. 1.2. A relação da literatura de García Márquez com o contexto histórico dos movimentos trabalhistas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O diálogo entre Literatura e Direito não é propriamente recente. A relação entre essas duas disciplinas remonta à Antiguidade Clássica e aos grandes filósofos. Entretanto os estudos e pesquisas interdisciplinares entre essas áreas, ainda, são campos em desenvolvimento primário no Brasil. Comparado ao sistema metodológico e crítico consolidado nos Estados Unidos e na Europa, a comunidade acadêmica brasileira tem de superar muitas barreiras que impedem um conhecimento dinâmico desta questão.

A partir desta premissa, este artigo busca estabelecer relações de diálogo e proximidade entre Literatura e Direito. Esse processo de integração implica em um método de pesquisa que procure romper com as limitações impostas por um modelo tradicional de ciência que atua de forma isolada e independente. Com isso, a prática interdisciplinar adotada possibilita uma reflexão sobre

a construção de um conhecimento científico sistematizado e participativo, que permita uma real cooperação e troca de informações, a fim de romper com a individualidade.

Para tanto o estudo toma por base o romance *Cem anos de solidão* (1967), de Gabriel García Márquez, hoje considerada uma das mais importantes obras da literatura latino-americana. A escolha desta narrativa é justificada pela possibilidade de se explorar os efeitos da verossimilhança entre os feitos que marcaram o povo colombiano e latino-americano, tais como: a violência, a corrupção política, a solidão e a restrição de direitos fundamentais ou a ausência destes.

Objetiva-se, com isso, desenvolver um estudo que busque compreender como temas oriundos da ciência jurídica são retratados no texto literário e como esses são reflexos da história e do povo latino-americano. A importância deste estudo está no fato de que a arte pode provocar uma renovação nos significados das coisas e o resgate de sentimentos, capazes de transformar a maneira como a sociedade enxerga o mundo.

1.1 - O Massacre das Bananeiras

A busca por reconhecimento de direitos e a forma repressiva que o Estado tratou essas manifestações populares são reflexos na literatura de García Márquez, intelectual politicamente engajado, que apresentava discussões sobre as esferas econômicas e políticas em suas obras. Dessa forma, o romance, aqui analisado, externaliza um discurso que possui uma forte vertente de idealismo político e questões sociais, semelhante aos movimentos trabalhistas do século 20 que ocorreram na América Latina.

A empresa United Fruit Company, que inspirou o escritor colombiano a criar a Companhia Bananeira em seu romance, esteve presente em sua vida por meio de histórias contadas por seu avô. A companhia norte-americana pertencia a Minor Cooper Keith, membro de uma rica família do Brooklyn, de Nova Iorque, que se estabeleceu em Santa Marta, na Colômbia, no final do século 19 para plantar bananas para exportação, na região de Magdalena. O empresário fundador tornou-se muito conhecido na região, pois além da implantação da exportadora de frutas, foi responsável pela conclusão de uma ferrovia que ligava a produção de bananas ao porto, localizado em Porto Rico.

A dimensão e o poder da UFC eram tão fortes que foram instaladas filiais em outros países da América Latina, tais como Equador e Guatemala. A forma desumana como seus trabalhadores eram tratados serviram de base para outras obras literárias, como por exemplo a *Trilogia Bananeira*, publicada entre as décadas de 1950 e 1960, pelo escritor guatemalteco Miguel Angel Asturias.

Era de conhecimento geral, na época, que a companhia norte-americana possuía fortes ligações com o governo de Miguel Abadía Méndez, presidente colombiano entre 1926 e 1930 pelo partido Conservador. Neste sentido, os privilégios que o governo lhe fornecia eram bem maiores do que as demais empresas estrangeiras recebiam, ademais enormes territórios foram concedidos para que fossem utilizados no plantio de bananas.

O apoio do partido Conservador exerceu na direção da UFC uma forte influência de combate aos movimentos sociais e às lutas por direitos da classe trabalhadora, isso porque, acreditava-se que estas reivindicações eram financiadas e fomentadas por partidos comunistas.

O cenário desenhado pela empresa apresentava o ápice da desumanização do trabalho ao fornecer aos funcionários um ambiente laboral insalubre e perigoso, com recursos escassos ou até mesmo inexistentes para um desenvolvimento produtivo e saudável. O vínculo empregatício dessas pessoas com a empresa americana era realizado mediante terceiros, ou seja, pessoas que atuavam como empreiteiros intermediários de trabalho, dessa forma, a companhia se isentava de prestar assistência e condições dignas para seus funcionários. Diante disto, em razão da precariedade dos documentos e registros bem como da falta de formalização das relações de trabalho, o número estimado de trabalhadores que prestavam serviços nas plantações de bananas e demais setores era impreciso, mas estimado entre 10.000 e 30.000 pessoas.

Em meados de 1927, milhares de pessoas trabalhavam em suas plantações de bananas, em situação análoga à condição de escravos. Esses trabalhadores exerciam em média 12 horas efetivas de trabalho e não recebiam remuneração em dinheiro, mas créditos para serem utilizados nas dependências da empresa, em troca de mercadorias básicas de subsistência.

Em novembro de 1928, por meio de um sindicato, foi encaminhado um documento aos dirigentes da companhia de exportação, em que constava algumas reivindicações trabalhistas que cobravam o cumprimento de preceitos já previstos nas leis colombianas. Tratava-se de normas de segurança, ambiente de

trabalho adequado, moradias com condições mínimas de higiene e um aumento de 50% nas remunerações.

A United Fruit não aceitou a pauta requerida pelos trabalhadores e as negociações com o sindicato foram cessadas abruptamente, pois subvertiam o sistema implantado. Diante disto, em 12 de novembro de 1928, iniciou-se uma grande paralisação trabalhista, embasada no slogan: “*Pelo operário e pela Colômbia*”. O movimento foi qualificado pela imprensa, pelo governo e pela empresa como sendo uma forma de organização revolucionária comunista, em que agentes russos infiltrados teriam inflamado os ânimos dos operários para a insurreição trabalhista, a fim de propagar os ideais do Partido Liberal.

O alto executivo da companhia, pressionado pela movimentação popular, recorreu ao governo de Miguel Abadía Méndez, que prontamente declarou estado de sítio na região afetada pela greve, por perturbação da ordem pública e, ainda, enviou tropas do exército nacional para conter a paralisação. Sob o comando do General Carlos Cortés Vargas, os militares tinham como objetivo e prioridade a proteção das dependências físicas da empresa e da vida dos dirigentes que ainda permaneciam no local.

Apesar da manutenção das forças militares no movimento e a recusa por parte da companhia em estabelecer negociações com os sindicatos, os trabalhadores se mantiveram fortes em sua luta e ampliaram a paralisação para o transporte ferroviário, em Ciénaga.

Na noite de 5 de dezembro de 1928, os grevistas se reuniram na praça central da cidade de Ciénaga, região de Magdalena, com o objetivo de ouvir o pronunciamento do governador, que supostamente seria o mediador de uma possível negociação entre empregados e empregador, entretanto, na praça, encontrava-se o general Cortés Vargas e seu exército, que rapidamente cercou os manifestantes.

Durante a madrugada do dia 6, o general leu um decreto sobre perturbação da ordem e exigiu que a multidão se dispersasse sob pena de abrir fogo a quem desobedecesse. As pessoas se recusaram a deixar a praça e as tropas posicionadas nos telhados das casas vizinhas atiraram incessantemente contra o povo desarmado, sem possibilitar alguma forma de se proteger ou fugir. O número de pessoas atingidas e mortas pelo exército até hoje é incerto, mas se estima que havia centenas de operários, que inclusive, estavam acompanhados de esposas e filhos pequenos.

O político e advogado, Jorge Eliécer Gaitán, filiado ao partido Liberal e opositor ao governo, denunciou o massacre ao congresso colombiano e acusou os militares, comandados por Cortés Vargas, de atuar de forma premeditada e a executar cruelmente pessoas indefesas. A partir disso, uma comissão de inquérito foi formada para apurar os fatos e descobriu-se a existência de cemitérios clandestinos e valas comunitárias, assim se acredita que o número de mortos decorrentes dessa greve tenha ultrapassado 1.500.

Em janeiro de 1929, o embaixador estadunidense na Colômbia, Jefferson Caffery, escreveu um comunicado oficial para Washington, em que comemorava as mortes dos grevistas, “eu tenho a honra de informar que o assessor jurídico da United Fruit Company aqui em Bogotá, disse ontem que o total de grevistas mortos por autoridades militares colombianas estava entre 500 e 600”. Esse telegrama se encontra, atualmente, no National Archives de Washington.

O episódio, que ficou conhecido historicamente como o massacre das bananeiras, não resultou em qualquer responsabilidade penal ou política para seus idealizadores e executores, pelo contrário, o general Carlos Cortés Vargas foi promovido a diretor da Polícia Nacional e permaneceu neste cargo até ser destituído, pelo envolvimento na morte de um jovem de classe alta e influência política, em junho de 1929.

Diante de todos estes fatos apresentados, compreende-se que a United Fruit Company, representava a submissão que os países da América Latina prestavam aos Estados Unidos. A partir deste conflito, ficava claro a ideologia repressiva das empresas estrangeiras e o sistema de intervenção norte-americano nos países latinos, em que exerciam enorme poder sobre os governos, a ponto de serem reconhecidos mundialmente como “repúblicas das bananas”.

1.2 - A relação da literatura de García Márquez com o contexto histórico dos movimentos trabalhistas

Ao utilizar a literatura como fonte de análise para aspectos jurídicos e sociais, nos movimentos trabalhistas da América Latina, é necessário prudência. A perspectiva da literatura como produto de seu tempo permite a compreensão de que a arte é um diálogo ou um processo de reflexão da interação do autor com movimentos específicos de sua época.

A obra literária pode ser analisada de diferentes formas. Nesse estudo, leva-se em consideração as influências externas sobre o texto, ao colocar no centro da abordagem aspectos do contexto histórico, do tempo, do lugar e do processo de desenvolvimento da narrativa. Este sistema de análise encontra resistência dos críticos literários, principalmente no que tange à interlocução da literatura com outros campos das humanidades, uma vez que a lógica predominante é o texto que se materializa em si, por meio de uma construção sólida, perfeita e acabada.

Antonio Candido, em sua obra *Literatura e sociedade*, apresentou um estudo sobre o sentido da crítica dialética (texto e contexto), no qual analisa os elementos externos, tais como o social, o psicológico e o linguístico como partes integrantes da estrutura de obras literárias. O autor parte do princípio de uma junção entre esses elementos, que se apoiam em uma interpretação dialética, em que “o externo (no caso, o social) importa, não como causa, nem como significado, mas como elemento que desempenha um certo papel na constituição da estrutura, tornando-se, portanto, interno”². É importante ressaltar que a abordagem adotada por Candido busca estabelecer uma visão objetiva, em que não se corrompa nenhum dos lados analisados.

A literatura deve ser tratada como algo indissolúvel, cuja formação recebe fatores sociais que constituem características essenciais, porém complementares. Além disso, o autor da obra atua como um agente transformador, pois absorve as realidades histórica e social e as transforma em um produto artístico de acordo com sua percepção. Dessa forma, a literatura não age como um reflexo puro do real, mas como uma interpretação subjetiva do meio.

Nesse sentido, merece destaque dentro desta análise, principalmente ao adentrar na literatura de Gabriel García Márquez, a referência à recuperação da memória coletiva e individual de fatos históricos, culturais e pessoais do autor, de um povo e de um continente. Esse resgate por meio de suas narrativas possibilita a utilização de metodologias alternativas capazes de tornar compreensível a representação de acontecimentos, identidades e cultura de uma coletividade em um determinado período, por meio da recriação artística do real.

O autor nasceu no ano de 1927, na cidade de Aracataca, cerca de 60 quilômetros de distância da cidade de Ciénaga, local em que ocorreu o massacre das bananeiras. Ainda que contasse com 1 ano de idade, cresceu escutando histórias

² CANDIDO, Antonio. **Literatura e sociedade**. Estudos de teoria e história literária. 9. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre azul, 2006. p. 14.

de seu avô sobre o acontecimento, além de vivenciar o sistema de vassalagem que os Estados Unidos da América exerciam sobre a Colômbia. Assim, utilizou a histórica greve da United Fruit Company e as questões sociais e políticas que a envolviam em sua narrativa, de forma a possibilitar que o leitor pudesse sentir e refletir os fatores que ensejaram as reivindicações trabalhistas e como isto foi tratado pelo governo e pela própria empresa.

García Márquez aborda no romance as manifestações lideradas por José Arcádio Segundo o qual junto a outros sindicalistas reivindicavam melhores condições de trabalho e moradia adequada aos funcionários da Companhia Bananeira, conforme vem apresentado:

José Arcádio Segundo e outros dirigentes sindicais que até então tinham permanecido na clandestinidade apareceram intempestivamente um fim de semana e promoveram manifestações nas aldeias e povoados da zona bananeira. A polícia se conformou em vigiar a ordem. Mas na noite de segunda-feira os dirigentes foram arrancados de suas casas e mandados com grilhões de cinco quilos nos pés para o cárcere da capital provincial³.

Assim como ocorreu na década de 1920, na cidade de Ciénaga, os movimentos trabalhistas na fantasiosa Macondo foram tratados de forma repressiva por aqueles que detinham o poder e o dever de conceder melhores condições de vida e de trabalho a quem necessitava.

As questões levantadas pelo autor no que tange às exigências laborais, assemelham-se aos inúmeros dilemas enfrentados pela classe operária do século 20, na América Latina. Os movimentos sindicais, as greves e outras formas de manifestação exigiam requisitos na adequação do ambiente de trabalho e na elaboração de uma legislação mínima para a tutela das relações entre as forças trabalhistas e o empregador capitalista, praticamente ausente nos países latino-americanos. A falta de condições mínimas de uma existência humana digna tornava-se cada vez mais difícil de suportar e o inconformismo da classe operária ganhava força, conforme o trecho abaixo do romance:

No entanto, antes que se passassem três meses estavam em liberdade, porque o governo e a companhia bananeira não conseguiram chegar a um acordo sobre quem deveria alimentá-los na cadeia. Desta vez, o inconfor-

³ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Cem anos de solidão**. Trad. Eric Nepomuceno. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 323.

mismo dos trabalhadores se baseava na insalubridade das moradias, no engodo dos serviços médicos e na iniquidade das condições de trabalho⁴.

Com a adoção do sistema capitalista, a dignidade do trabalhador não se tornou um fator de importância e preocupação dos grandes executivos e industriais. O trabalhador era visto apenas como uma força produtiva, parte integrante da geração de capital, facilmente substituível e descartável.

Dessa forma, esse modo de organização do trabalho em que o empregado era submetido à intensa exploração de sua mão de obra e no usufruto de péssimas condições no ambiente de trabalho, mostrou-se corriqueiro no precário e tardio processo de industrialização da América Latina.

A liberdade do trabalhador de contratar empregos com disposições dignas de trabalho não era e, em alguns casos, ainda não é, uma questão plenamente aceitável dadas as condições das leis de oferta e procura, uma vez que é comum que o complexo laboral imponha às pessoas a aceitação das piores condições de trabalho e de retribuição financeira, que não supra as necessidades básicas do empregado e de sua família.

Posto isso, verifica-se que o trabalho remunerado deveria ser o alicerce do sistema econômico, isto porque exerceria a função primordial na vida em sociedade, em virtude da inserção de pessoas economicamente ativas que viabilizariam o giro do capital e as movimentações financeiras do mercado. O salário é, portanto, requisito obrigatório de todo contrato de trabalho e direito fundamental da pessoa humana, com previsão legal na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXIII:

Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social⁵.

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, em 8 de junho de 1949, adotou diversas proposições em relação à

⁴ *Ibidem.* p. 323.

⁵ **Declaração dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 31 de jan. 2022.

proteção do direito dos trabalhadores, entre elas a regra de que as remunerações atribuídas aos empregados devem ser pagas exclusivamente em moeda de curso legal; o soldo sob forma de ordem de pagamento, bônus, cupons, ou sob qualquer outra configuração que se suponha representar a moeda de curso legal, é proibido.

García Márquez levanta esta questão em sua narrativa ao dispor que uma das principais motivações que ensejaram o início das manifestações, e posteriormente, a grande greve dos trabalhadores da Companhia Bananeira foi justamente o fato dos salários serem pagos em forma de vales e só poderem ser gastos dentro da própria empresa. Vejam o que dispõe o romance:

Afirmavam, além disso, que não eram pagos em dinheiro, mas com vales que só serviam para comprar presunto da Virgínia nos armazéns da companhia. José Arcádio Segundo foi encarcerado porque revelou que o sistema dos vales era um recurso da companhia para financiar seus barcos fruteiros, pois se não fosse pela mercadoria dos armazéns teriam de vir vazios de Nova Orleans até os portos de embarque da banana⁶.

Este esquema de pagamento em vales é conhecido como *Truck System*, que surgiu na Inglaterra, no século 15 e se expandiu durante a Revolução Industrial. Consiste no sistema pelo qual o empregador efetua o pagamento dos salários em forma de créditos ou vales para que os empregados adquiram mercadorias dentro da própria empresa ou de terceiros subordinados a ele. Essa prática viola o direito do trabalhador, que perde sua autonomia e se torna escravo do empregador, uma vez que esses artigos de primeira necessidade geralmente são de má qualidade e fixados com preços abusivos, o que gera um estado de endividamento e submissão perpétuo.

A saúde do empregado e a proteção social no cenário das relações de trabalho também são assuntos importantes desenvolvidos no romance de García Márquez. A obra aborda o descaso que a empresa tratava seus funcionários e como essa questão se tornava um problema social. O autor utiliza os recursos literários para explorar com precisão os problemas de saúde e a falta de segurança enfrentados pelos trabalhadores nas grandes empresas da América Latina.

As outras acusações eram de domínio público. Os médicos da companhia não examinavam os doentes, mas os faziam ficar parados em fila indiana

⁶ GÁRCIA MÁRQUEZ, Gabriel. Op. Cit. p. 324.

na frente dos dispensários e uma enfermeira punha em suas línguas uma pílula da cor do vitríolo azul, tivessem impaludismo, blenorragia ou constipação. Era uma terapêutica tão generalizada que as crianças entravam na fila várias vezes, e em vez de engolir as pílulas as levavam para suas casas para marcar com elas os números cantados no jogo de víspera⁷.

As relações de trabalho e a saúde dos operários é um tema que ganhou visibilidade na Europa, no século 19, com a criação da Medicina do Trabalho e a implantação de assistência médica dentro das empresas. A adoção dessas medidas não tinha como prioridade a promoção de saúde aos colaboradores, mas, sim, a manutenção da produção maciça. García Márquez coloca em evidência a precariedade e a desumanidade a que os funcionários da Companhia Bananeira eram submetidos:

Os trabalhadores da companhia eram amontoados em palhoças miseráveis. Os engenheiros, em vez de construir latrinas, levavam aos acampamentos, no Natal, uma retrete portátil para cada cinquenta pessoas, e faziam demonstrações públicas de como utilizá-las para que durassem mais⁸.

Desde a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1929, houve uma preocupação na elaboração e inserção de normas preventivas que regulamentassem a proteção dos direitos humanos do trabalhador, por meio de políticas e programas internacionais que priorizassem a melhoria das condições de vida e de trabalho e a proteção dos grupos mais vulneráveis da classe, como as mulheres, crianças e migrantes.

Entretanto, a luta por direitos básicos nas relações de trabalho sempre foi vista como um grande inconveniente ao avanço do capital, e os sindicatos, atores desse processo, vistos como nocivos a todo sistema capitalista, principalmente por meio da política neoliberalista implantada no século 20, na América Latina, cujas principais características eram a flexibilização das legislações que regulavam a economia e a restrição aos direitos trabalhistas.

O sistema judiciário aparece no romance, quando os trabalhadores decidem encaminhar ao executivo da Companhia Bananeira uma petição contendo todas as reivindicações pelas quais lutavam. Os advogados representados por ho-

⁷ *Ibidem.* p. 324.

⁸ *Ibidem.* p. 324.

mens de preto são descritos pelo autor como aqueles que criavam verdades por meio do excesso de formalismo e das argumentações pretenciosas:

Os decrépitos advogados vestidos de negro que em outros tempos assediaram o coronel Aureliano Buendía, e que agora eram procuradores da companhia, desvirtuavam essas acusações com chicanas que pareciam coisa de magia. Quando os trabalhadores redigiram um documento de petições unânimes, passou-se muito tempo sem que pudessem notificar oficialmente a companhia bananeira⁹.

Em primeiro plano, ao analisar o trecho acima, destaca-se como o discurso jurídico, ao adotar uma linguagem rebuscada e o uso excessivo da liturgia afeta a eficácia do acesso à justiça. Ao longo da história, a linguagem jurídica especificou-se de tal forma que passou a segregar as relações sociais e a ser utilizada como exercício de poder, demonstração de erudição e autoridade. Os termos técnicos e conceitos específicos do Direito somados à complexa organização dos espaços jurídicos adquiriram caráter intimidatório e geraram ao cidadão comum o não reconhecimento desse ambiente como um lugar adequado para a resolução de seus conflitos e a busca por justiça social.

Como qualquer outra ciência, é natural que o Direito possua uma linguagem técnica, que englobe termos e conceitos utilizados dentro da área de conhecimento, porém os recursos de ornamentação, arcaísmos e expressões latinas exageradas levam à perda do fundamento humanitário das ciências jurídicas, cujo foco deveria ser sempre a dignidade humana e o atendimento a suas necessidades urgentes. No caso em tela, o narrador declara que os procuradores da companhia “desvirtuavam essas acusações com chicanas que pareciam magia”, pressupondo-se, na visão dos trabalhadores, que o exercício da advocacia e todo processo judicial, por meio de terminologias e signos inacessíveis, tinham a função de criar verdades, a fim de atender aos interesses do poder econômico e excluir os necessitados.

Quando o Estado toma para si o dever de aplicação do Direito e a tutela dos conflitos sociais, eclode a necessidade de um discurso persuasivo, que edifique e exponha os fatos de forma clara e efetiva. O discurso jurídico extremamente burocrático, com suas particularidades inoportunas foi comparado por inúmeros operadores do Direito às missas rezadas em latim, diante da expressão linguística complexa e da ritualística autocrática, que afasta seus seguidores da

⁹ *Ibidem*. p. 324.

verdadeira essência da fé e da comunhão. Dessa forma, o que se quer extrair dessa reflexão é que o Estado exerce um fator de dominação sobre a sociedade, ao concentrar o conhecimento jurídico e a compreensão de direitos fundamentais a uma elite letrada, enquanto grande parte da população sofre os efeitos da desigualdade social e do processo de hierarquização de forças econômicas.

Nesse sentido, a linguagem normativa acessível pode ser garantida aos homens médios, para a fácil compreensão das informações processuais e consequentemente a interação necessária entre o Direito e a sociedade, tendo em vista que conhecimento prévio das leis e uma interpretação limpa de sua aplicação permitem o exercício da cidadania e a concretização do Estado Democrático de Direito.

Ainda diante desta visão pessimista sobre o judiciário, manifestada por meio da forma como o processo se desenvolve e é manipulado para beneficiar às elites em detrimento das minorias, na passagem abaixo, García Márquez retrata criticamente e de maneira bem realista a insatisfação do povo perante este sistema, deixando transparecer a ausência de resoluções justas e compatíveis com a lei. Vejam:

Os enlutados advogados demonstraram em juízo que aquele homem não tinha nada a ver com a companhia, e para que ninguém pusesse em dúvida seus argumentos fizeram com que o usurpador fosse preso. Mais tarde, o senhor Brown foi surpreendido viajando incógnito num vagão de terceira classe, e fizeram com que assinasse outra cópia do documento de petições. No dia seguinte compareceu diante dos juízes com os cabelos pintados de negro e falando um castelhano sem tropeços. Os advogados demonstraram que não era o senhor Jack Brown, superintendente da companhia e nascido em Prattville, Alabama, e sim um inofensivo vendedor de plantas medicinais, nascido em Macondo e ali mesmo batizado com o nome de Dagoberto Fonseca. Pouco depois, diante de uma nova tentativa dos trabalhadores, os advogados exibiram em lugares públicos o certificado de defunção do senhor Brown, autenticado por cônsules e chanceleres, e no qual se dava fé de que no dia nove de junho próximo passado ele havia sido atropelado em Chicago por um carro de bombeiros. Cansados daquele delírio hermenêutico, os trabalhadores repudiaram as autoridades de Macondo e elevaram suas queixas aos tribunais supremos. E foi lá que os ilusionistas do direito demonstraram que as reclamações careciam de qualquer valor, simplesmente porque a companhia bananeira não tinha, nem tivera jamais, trabalhadores a seu serviço, mas os recrutava ocasionalmente e em caráter temporário. Portanto, desbaratou-se a patranha do presunto da Virginia, das pílulas milagrosas e das retretes natalinas, e es-

tabeleceu-se por decisão do tribunal, e se proclamou em decretos solenes, a inexistência dos trabalhadores¹⁰.

É justamente nesse espaço literário, entendido como a plataforma de formação de García Márquez enquanto crítico social, que ocorre a possível constatação da descrença do povo nas instituições públicas, aqui representadas pelo poder judiciário. A ideia de um sistema jurídico puro, que não sofre interferência política e econômica foi refutada ao longo da história da humanidade e pode ser observada na literatura garciamarquiana, em virtude de frentes governamentais que utilizaram o conceito de justiça para sobrepor os interesses de grupos dominantes.

O romance coloca em evidência fatores importantes da formação do poder judiciário e da perspectiva do povo sobre tais instituições democráticas. A construção textual e os eventos descritos na obra, embora caricatos e hiperbólicos, sugerem aos olhos de um povo formado por uma enorme diversidade cultural e econômica, um panorama negativo do sistema judiciário. Esse cenário não se distancia da realidade observada na América Latina.

Nesse sentido, a crise na credibilidade das instituições democráticas latino-americanas está compreendida na deficiência do aparato jurídico e no atraso na resolução dos conflitos. Historicamente a estrutura do sistema judiciário não consegue atender com eficiência e celeridade necessária a enorme demanda de casos, isso porque, o arcabouço jurisdicional sofre com um déficit administrativo, que atinge a produtividade prestacional, gerando desigualdade na condução das atividades levadas a juízo.

Para além da problemática interna do poder judiciário, existem fatores ainda mais graves que afetam a concretização da democracia e aumentam o descrédito da população nos poderes públicos, circunstâncias estas que comprometem a autonomia fundamental destas instituições no que tange ao exercício de suas funções constitucionais.

Assim na seara de estudos culturais e sociológicos, observa-se que países enquadrados em democracias recentes tais como os pertencentes à América Latina, a população apresenta um grau mínimo de confiança nos poderes estatais. Esse fenômeno pode ser explicado ao tomar por base a construção histórica das próprias instituições, tendo em vista as instabilidades proporcionadas por

¹⁰ GÁRCIA MÁRQUEZ, Gabriel. Op. Cit. p. 325.

governos autoritários que causavam e, em alguns casos ainda causam, interferências diretas na independência destas entidades.

Na Colômbia, até meados do século 20, a disputa pelo poder estatal, entre liberais e conservadores impactou efetivamente a organização do sistema judiciário. Após a década de 1960, a justiça colombiana passou a sofrer com a expansão da violência e das interferências políticas de grupos de guerrilhas e de movimentos militares. Países como Argentina, Chile e Equador não requerem um exame ou concurso para o acesso à magistratura, vigorando um sistema de indicação. Já os novos magistrados do Brasil, Peru e Venezuela passam por uma rigorosa seleção de conhecimento técnico e psicológico, porém, em alguns casos, como o judiciário brasileiro, o poder executivo tem ingerência na nomeação de ministros para a composição das cortes supremas. Esse fator potencializa o poder do Executivo ao conformar os órgãos superiores de acordo com as linhas ideológicas de seu governo.

É evidente a importância de um sistema jurídico sólido e independente dentro de um Estado Democrático de Direito. Hely Lopes Meireles, no livro *Direito Administrativo Brasileiro* (2000)¹¹, ensina que os integrantes dos órgãos julgadores e do Ministério Público são agentes políticos que exercem função fiscalizatória e como tais devem agir com total imparcialidade, sem vínculos subjetivos com o processo, a fim de conduzi-lo com isenção e garantir às partes isonomia, evitando assim qualquer tipo de favoritismo ou predisposição. Dessa forma, a interferência política de autoridades que poderão ser alvo de fiscalização e investigação pelo poder judiciário contamina violentamente os princípios fundamentais da justiça em sua mais plena acepção.

O trecho de *Cem anos de solidão*, destacado acima, aborda aspectos polêmicos, porém comuns na luta cotidiana pela efetivação de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

A burocratização do acesso à justiça e a presença da influência econômica sobre os poderes públicos gera a anulação dos trabalhadores da Companhia Bananeira, que passam a ser vistos como vilões e não como vítimas de um grupo dominante que lhes tirou todas as oportunidades.

Ao seguir com o desenvolvimento do romance, García Márquez alude à deflagração da greve e ao grande massacre que ocorreu em frente à estação de trem de Macondo. Acontecimento que marcou profundamente a história do povoado.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 25., São Paulo: Malheiros, 2000.

José Arcádio Segundo estava no meio da multidão que se concentrou na estação desde a manhã da sexta-feira. Havia participado de uma reunião dos dirigentes sindicais e tinha sido encarregado, junto com o coronel Gavilán, de se confundir na multidão e orientá-la de acordo com as circunstâncias. Não se sentia bem, e amassava uma pasta salobra no céu da boca desde que percebeu que o exército havia armado ninhos de metralhadoras ao redor da praça, e que a cidade cercada da companhia bananeira estava protegida por peças de artilharia. Lá pelo meio-dia, esperando um trem que não chegava, mais de três mil pessoas, entre trabalhadores, mulheres e crianças tinham transbordado o espaço descoberto na frente da estação e se apertavam pelas ruas adjacentes, que o exército fechou com filas de metralhadoras¹².

Embora os dirigentes sindicais fossem um tanto céticos quanto a mudança no posicionamento da empresa, principalmente ao constatarem que os militares cercavam a multidão, os trabalhadores acreditavam que a força e a união popular pudessem produzir um efeito positivo nas negociações. O recorte proposto para análise apresenta a forma crítica em que o autor levanta essa problemática e busca aproximar seu texto ao evento da greve que culminou no massacre das bananeiras.

Essa interlocução entre literatura e movimentos trabalhistas possibilitou que o leitor se aprofundasse na marca ideológica de García Márquez deste período literário, que se fundamentava na adoção de uma narrativa que servia aos objetivos da causa social e tencionava a conscientização da dura realidade dos trabalhadores no cenário de industrialização da América Latina.

O discurso adotado no romance legitima e reforça a experiência de José Arcádio. Segundo como indivíduo, inserido em um modelo de exploração e disputa de poder, no qual permanece à margem da sociedade, excluído, marginalizado e sem amparo legal. Ao mesmo tempo, apresenta uma visão coletiva da luta sindical por melhores condições de vida, em que é possível compreender a força que a organização proletária pode exercer sobre as estruturas do poder. A personagem representa a estirpe Buendía que atua na defesa do território macondense e de seus habitantes, fortalecendo a dura ligação existente entre a família e o povoado.

Ao tomar por base as movimentações trabalhistas ocorridas na América Latina, no século 20, percebe-se que os trabalhadores sempre foram alvo das perseguições políticas de governos autoritários, por meio de ataques e repressões

¹² GÁRCIA MÁRQUEZ, Gabriel. Op. Cit. p. 327-328.

violentas aos seus órgãos representativos, além de implantações de medidas que beneficiavam os interesses das elites econômicas, à custa do empobrecimento e das péssimas condições de trabalho dessa classe operária.

As ações militares perpetradas contra os movimentos trabalhistas ocasionaram sérias violações de direitos humanos, consagrados na legislação internacional, especialmente em convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A esse exemplo, cita-se a violação à liberdade de associação, a fim de controlar as organizações sindicais; as prisões ilegais, como método de repressão, seguidas de torturas, assassinatos e desaparecimentos injustificados, bem como inúmeras mortes e massacres de pessoas que lutavam à frente das causas trabalhistas.

Mesmo diante desse quadro repressivo, os trabalhadores latino-americanos estiveram mobilizados na busca por direitos e reconhecimento de sua classe, na esperança de construir um movimento trabalhista democrático e sólido, a fim de estabelecer estratégias opostas às estruturas corporativistas impostas pelo sistema econômico e defendidas por políticas públicas que desvalorizavam a força operária. A união dos trabalhadores e a reivindicação de direitos rompem com o *status quo* e possibilitam a difusão de uma ideia revolucionária que denuncia as agruras do sistema social e vislumbra uma libertação futura.

García Márquez resgata detalhes importantes do dia 6 de dezembro de 1928, em que durante uma manifestação na praça de Ciénega, centenas de pessoas foram executadas em uma ação prepotente do exército colombiano. Volta-se, novamente, à concepção da obra literária como produto da criação humana e a tensão na discussão da representação da realidade por meio da arte. Nesse sentido, levanta-se novamente a posição de Antonio Candido em que defende que o texto e contexto se fundem por intermédio da relação dialética, em que o externo e o interno tornam-se parte de um mesmo conjunto.

Ainda nesse sentido, Rama (2001) aponta que a literatura entre as décadas de 1930 a 1950 passou a representar uma classe social de emergentes, submetida aos desmandos de uma estrutura dominante e exploradora. As obras neste período buscavam restabelecer a característica nacional-regionalista, como afirma no trecho abaixo:

Restabelecer as obras literárias dentro das ações culturais desenvolvidas pelas sociedades americanas, reconhecendo suas audaciosas construções de significados e o ingente esforço para tratar autenticamente as lingua-

gens simbólicas desenvolvidas pelos homens americanos, é um modo de reforçar esses conceitos vertebrais de independência, originalidade, representatividade. As obras literárias não estão fora das culturas, mas as coroam, e na medida em que essas culturas são invenções seculares e multitudinais, fazem do escritor um produtor que trabalha com as obras de inumeráveis homens¹³.

As particularidades presentes no romance que permitem sua associação com a realidade são abordadas e definidas de acordo com o desenvolvimento da narrativa, dentro daquilo que for fundamental ao fortalecimento da memória. Assim, ao tratar do massacre da Companhia Bananeira, percebe-se que o autor utilizou elementos externos para recriar um evento baseado em questões sociais de sua vivência e a literatura, nesse ponto, pode ser compreendida como um aporte à compreensão da conexão com a realidade social. Esse reflexo é bastante claro na obra de García Márquez, a exemplo disso é possível verificar no texto literário elementos significativos dos eventos que marcaram a história da Colômbia, como observa-se no trecho abaixo:

[...] o Decreto Número 4 do Chefe Civil e Militar da província estava assinado pelo general Carlos Cortes Vargas e pelo seu secretário, o major Enrique García Isaza, e em três artigos de oitenta palavras declarava que os grevistas eram uma quadrilha de malfeitores, e facultava ao exército o direito de matá-los a bala¹⁴.

Ao citar o Decreto Número 4 do Chefe Civil e Militar, García Márquez alude, mais uma vez, ao episódio de Ciénaga, quando o general Cortés Vargas leu aos grevistas da United Fruit Company o decreto que classificava o ato como de perturbação da ordem e requeria aos manifestantes a desocupação da praça. O discurso é tão direcionado que os dados oficiais do decreto, incluindo seu número e a quantidade de páginas, foram utilizados pelo autor, que recorreu aos registros dos Arquivos Nacionais da Colômbia.

Nesse ato, também é possível avaliar a perspectiva negativa que o Estado difundiu sobre a luta dos trabalhadores por condições mais dignas de trabalho. Os atores dos movimentos grevistas eram vistos como “uma quadrilha de malfeitores”, de pessoas que tinham a intenção de atrasar a economia, de praticar a

¹³ RAMA, Ángel. **Literatura e cultura na América Latina**. Trad. Elza Gasparotto e Raquel Santos La Corte. São Paulo: Edusp, 2001. p. 247.

¹⁴ GÁRCIA MÁRQUEZ, Gabriel. Op. Cit. p. 328.

corrupção, de depredar patrimônio público e privado e de praticar ações ilegais. Essa ideia ao longo dos anos foi implantada no seio da sociedade latino-americana e os movimentos de trabalhadores taxados de reduto de bandidos.

As principais medidas públicas, adotadas pelos governantes durante a ascensão das lutas trabalhistas, foram os ataques às organizações sindicais, a fim de dismantelar as instituições, pois sem uma organização institucional solidificada os trabalhadores não teriam força necessária para modificar o sistema. Assim o Estado passa a atuar de forma repressiva para desarticular as bases sindicais.

A repressão estatal violenta pode ser vista na forma como o autor descreve com minuciosos detalhes os militares atacarem as pessoas que se manifestavam pacificamente em uma praça:

No final de seu grito aconteceu uma coisa que não produziu nele nenhum espanto, mas uma espécie de alucinação. O capitão deu a ordem de fogo, e catorze ninhos de metralhadoras responderam no ato. Mas tudo parecia uma farsa. Era como se as metralhadoras tivessem sido carregadas com balas de festim, porque ouviu-se a tosse arfante, e viam-se as suas cusparadas incandescentes, mas não se notava a mais leve reação, nem uma voz, nem mesmo um suspiro, na multidão compacta que parecia petrificada por uma invulnerabilidade instantânea¹⁵.

Como já apontado neste trabalho, García Márquez busca aproximar-se de suas memórias causando o oportuno efeito de verossimilhança com as histórias contadas por seus avós e episódios históricos ocorridos em toda América Latina. No trecho acima, observa-se todo espanto, horror e desespero de José Arcádio Segundo ao perceber que de fato os militares abririam fogo contra pessoas inocentes, sendo elas mulheres, crianças e trabalhadores que só reivindicavam o que lhes cabia por direito. Sob a ótica da ficção e de toda licença poética fornecida pela literatura, percebe-se que o autor rememora o massacre da United Fruit Company e expressa o sentimento de revolta, de perplexidade e tristeza que o evento suscitou na Colômbia.

As duas primeiras linhas já tinham se jogado, varridas pelas rajadas das metralhadoras. Os sobreviventes, em vez de se jogarem no chão trataram de voltar para a praça, e o pânico então deu rabanada de dragão e os man-

¹⁵ *Ibidem.* p. 329.

dou numa onda compacta contra a outra onda compacta que se movia em sentido contrário, jogada pela outra rabanada de dragão da rua oposta, onde as metralhadoras também disparavam sem trégua. Estavam encurralados, girando num torvelinho gigantesco que pouco a pouco se reduzia ao seu epicentro porque as bordas iam sendo sistematicamente recortadas em círculo, como quem pela uma cebola, pelas tesouras insaciáveis e metódicas da metralhadora¹⁶.

Os elementos narrativos que o autor utiliza para descrever o fato violento e sangrento em frente à estação de trem de Macondo permitem que o leitor compartilhe a angústia, o medo e a inércia dos trabalhadores frente ao covarde ataque perpetrado pelos militares. O escritor constrói um cenário de guerra ao mencionar os disparos sem trégua das metralhadoras e o pânico que se instaurou entre os presentes que, encurralados, eram abatidos sem terem a chance de fugirem ou se protegerem. José Arcádio Segundo vivencia essa carnificina, em que a dor e o desespero predominam em meio à multidão. O silêncio que predomina entre as pessoas e a falta de ação causada pela surpresa do ato geram uma enorme confusão e aos poucos as pessoas são aniquiladas em camadas até se atingir o eixo central.

A morte de centenas de trabalhadores torna expressa a fragilidade de uma classe que, atingida pela miséria social, mobiliza-se, mas logo é duramente exterminada por um sistema burguês, que assiste ao acontecimento em seus postos de privilégio, de conforto e segurança, enquanto pais, mães e filhos morrem como se fossem insetos que atacam o centro de poder.

Quando despertou, José Arcádio Segundo estava deitado de costas nas trevas. Percebeu que iam num trem interminável e silencioso, e que estava com os cabelos engomados de sangue seco, e que seus ossos doíam. Sentiu um sono insuportável. Disposto a dormir muitas horas, a salvo do terror e do horror, acomodou-se do lado que doía menos, e só então descobriu que estava deitado sobre os mortos. Não havia espaço livre no vagão, a não ser no corredor central. Deviam ter passado muitas horas depois do massacre, porque os cadáveres tinham a mesma temperatura do gesso no outono e a mesma consistência de espuma petrificada, e quem os havia posto no vagão teve tempo de arrumá-los na mesma ordem e no sentido em que transportavam os cachos de bananas¹⁷.

¹⁶ *Ibidem.* p. 330.

¹⁷ *Ibidem.* p. 331.

José Arcádio Segundo ao acordar em um trem abarrotado de mortos empilhados, exatamente como os cachos de bananas eram transportados em outros tempos, permite ao leitor a percepção de que as pessoas que trabalharam naquele empreendimento, que deram seu suor e sua força para a conquista de muitos lucros e dividendos, eram agora descartadas como um produto podre e sem vida, que já não servia mais aos interesses de seus patrões.

Esse discurso adotado por García Márquez ilustra seu ideal anti-imperialista ao denunciar os graves impactos sociais ocasionados pela intervenção econômica estrangeira na América Latina, uma vez que o autor sempre esteve vinculado a movimentos de oposição à política imperialista. Firmou sua posição ao defender a identidade latino-americana e lutou para que o continente conquistasse independência política, econômica e cultural.

As lutas desses movimentos tinham a finalidade de fortalecer as demandas populares, a regulamentação de uma legislação contra as discriminações trabalhistas e uma política econômica que combatesse as desigualdades sociais. Os temas pautavam-se na defesa de uma frente nacionalista distante do “milagre econômico” advindo do modelo neoliberal.

O conflito provocado pela Companhia Bananeira, em *Cem anos de solidão*, traz à tona a discussão da relação de exploração e submissão estrangeira que a América Latina enfrenta desde o período de colonização e que ficou mais intensa com o processo de industrialização. Nesse sentido, o autor utiliza a questão dos problemas sociais e econômicos para legitimar a identidade regional e a unidade latino-americana. Sua obra proporcionou reflexões sobre a intervenção política frente à dominação econômica e se apoia na defesa dos ideais de autonomia e soberania da comunidade latino-americana.

As críticas social e política, presentes no romance, retratam por meio da literatura do insólito, o processo de industrialização tardia implantado na América Latina que, forjado no investimento de capital estrangeiro e no padrão deletério de exploração de mão de obra e extração de recursos naturais, proporcionou o surgimento de um pseudoprogresso em suas nações. O grande efeito causado pela adoção desse modelo econômico é a consolidação de uma classe burguesa extremamente burocrática, cujo interesse baseava-se no seu próprio desenvolvimento, sem se preocupar com a formação de estruturas de bases nacionais e tecnologias viáveis.

Eduardo Galeano, em *As veias abertas da América Latina* (1971), retrata a relação de dependência e subordinação a que os países latino-americanos se su-

jeitaram ao longo de sua história, primeiro aos colonizadores e posteriormente às grandes economias mundiais. Essas submissão e exploração de recursos materiais e naturais geraram nestas nações um grande atraso econômico e uma forte repressão cultural. Assim para Galeano (2010):

Há dois lados na divisão internacional do trabalho; um em que alguns países se especializam em ganhar, e outro em que se especializam em perder. Nossa comarca de mundo que hoje chamamos de América Latina foi precoce: especializou-se em perder desde os remotos tempos em que os europeus do Renascimento se abalçaram pelo mar e fincaram os dentes em sua garganta¹⁸.

Dessa forma, um dos pontos altos do romance em estudo, baseia-se em um acontecimento icônico da história da Colômbia e por meio dele é possível analisar o tratamento desumano dado aos trabalhadores latino-americanos, que careciam de qualquer valor nas relações de proteção laboral e seguridade social, sem amparo de uma legislação que pudesse garantir o mínimo para uma vida com dignidade. Assim, ao tomar aspectos da história da América Latina como parâmetro, percebe-se a ligação com a narrativa de García Márquez, haja vista que em ambas ocorrem o massacre de pessoas inocentes em nome da ordem e do Estado de Direito, cujos dados oficiais são deturpados pelas autoridades.

Por fim, merece destacar que após a violenta intervenção militar ocorrida no vilarejo, Macondo sofre com um fenômeno natural extremado, em que fortes chuvas tomam conta da região por quatro anos, onze meses e dois dias. Esse acontecimento consagra o silenciamento e o esquecimento do episódio dos trabalhadores e de suas lutas. Além disso, marca o fim de uma fase do romance, em que o paraíso de José Arcádio Buendía é violado pela interferência estrangeira, explorado e massacrado em proveito de lucros, retomando, assim, seu estado original, em torno de uma atmosfera mítica e regionalista.

CONCLUSÃO

É possível deduzir que o texto literário destaca a consciência histórica e política do autor, principalmente o anseio pela consolidação de uma identidade nacional que perpetue a memória e represente os problemas sociais de um povo que lutou, deu seu sangue e vida na busca por direitos e por um país mais justo

¹⁸ GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Sergio Faraco, 1. ed. Porto Alegre/RS: L&PM, 2010. p. 13.

e menos violento, mas foi subjugado aos interesses dos poderosos, que o reprimiu e o oprimiu até sua destruição e apagamento de suas raízes. Este trabalho centralizou os estudos interdisciplinares entre Literatura e Direito a fim de contemplar múltiplas interpretações que possam substituir conceitos restritos e puramente dogmáticos por novas formas de compreensão, mais profundas e comprometidas com a análise sociológica e antropológica. A conclusão, portanto, é de que os textos literários permitem o pensamento além do senso comum, cuja capacidade de reestruturar o sistema, entender a raiz dos conflitos e mudar os paradigmas se torna evidente.

REFERÊNCIAS

CANDIDO, Antonio. **Literatura e sociedade**. Estudos de teoria e história literária. 9. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre azul, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 31 de jan. 2022.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Sergio Faraco, 1., Porto Alegre: RS: L&PM, 2010.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Cem anos de solidão**. Trad. Eric Nepomuceno. Rio de Janeiro: Record, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 25., São Paulo: Malheiros, 2000.

RAMA, Ángel. **Literatura e cultura na América Latina**. Trad. Elza Gasparotto e Raquel Santos La Corte. São Paulo: Edusp, 2001.

Submissão: 21.março.2022

Aprovação: 25.julho.2022

MEDIAÇÃO: AS IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E DA NEUTRALIDADE

Mediation: the implications of the principle of impartiality and neutrality

Bruno Camargo Romanelli¹

Fernanda Tribst Drouianov²

ÁREA: Direito Civil. Mediação.

RESUMO: Este estudo tem como objetivo analisar os princípios fundamentais do instituto da mediação, ponderando a evolução de sua posituação jurídica no Brasil. O artigo discorre sobre características técnicas do mediador e a importância de sua colaboração para o êxito da autocomposição entre as partes. Dissertando sobre as vantagens da utilização desta ferramenta de composição na prevenção e contenção de conflitos de maior complexidade emocional.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Posituação. Jurídica. Solução de litígios. Mediador.

ABSTRACT: This study aims to analyze the fundamental principles of the mediation institute, considering the evolution of its legal positivization in Brazil. The article discusses the technical characteristics of the mediator and the importance of their collaboration for the success of self-composition between the parties. Talking about the advantages of using this composition tool in the prevention and containment of conflicts of greater emotional complexity.

KEYWORDS: Mediation. Legal Positivation. Dispute settlement. Mediator. Legal.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. CV: <http://lattes.cnpq.br/7525703563191286>.

² Advogada. Master em Mediação e Resolução de Conflitos pela Universidade de Tel Aviv - Israel. Mediadora habilitada no Cadastro Nacional de Mediadores do CCMJ/CNJ e no NUPEMEC/TJSP.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Características gerais da mediação. 2. Definição de mediação. 3. A lei de mediação. 4. O mediador. 5. O mediador: qualidades e responsabilidades. 6. Qualidade inerentes ao bom mediador. 7. Responsabilidades do mediador. 8. A questão da imparcialidade no Poder Judiciário. 9. A imparcialidade e a neutralidade do juiz. 10. Previsão legal da imparcialidade na mediação. 11. A neutralidade e imparcialidade do mediador. 12. Vantagens da mediação. 13. Quando a mediação não é indicada. 14. Co-mediação. 15. Utilização do “caucus” na mediação. 16. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, assistiu-se a um enorme impulso no estudo, debate e interesse por formas alternativas aos tribunais para a resolução de litígios, ou seja, pelo denominado movimento MARCS (Métodos Adequados de Resolução de Conflitos), que podem ter outras terminações como: ADR no EUA (Alternative Dispute Resolucion), MASC nos países de língua espanhola. No Brasil, figura-se a definição: MARC (Métodos Adequados de Resolução de Conflitos) . Este movimento configura-se pela defesa da existência de um conjunto de outros mecanismos de resolução dos litígios, como a negociação, conciliação, mediação e arbitragem, constituindo estes um sistema alternativo de resolução de conflitos.

O movimento ADR ou MARC propõe novos modelos de resolução de conflitos, mas também novas aplicações para velhos mecanismos de resolução de litígios, uma vez que muitas das técnicas apontadas são bastante antigas. É o caso da arbitragem comercial, que remonta ao século XVIII, ou da mediação, usada há décadas nas relações laborais.³

As raízes filosóficas do movimento encontram-se nas décadas de 60/70, na promoção do acesso ao direito e à justiça, nos Estados Unidos da América. Esta foi uma década dominada pelo renascer do interesse pela vida em comunidade e pela respectiva justiça comunitária; pelo reconhecimento da insuficiência dos mecanismos tradicionais para dar resposta aos novos desafios de uma sociedade de consumo; pela desvalorização do conceito profissional de justiça em detrimento da auto-composição. Nesse sentido, surgiu uma vaga de estudos antropológicos que chamou a atenção da sociedade para as origens dos meios

³ Pedroso, João (2006) “Percurso da Reforma da Administração da justiça –uma nova relação entre o judicial e o não judicial- Artigo científico, sala de revista- Faculdade de Coimbra,

de resolução comunitária de litígios, com formas mais simples, no significado e na estrutura, e com menor propensão para a burocratização e o monopólio dos profissionais (Mackie, 1991:)⁴. Deste modo, surge como natural a procura de outros meios para a resolução dos conflitos, por contraposição ao sistema judicial tradicional (Pedroso, 2001).⁵

1. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA MEDIAÇÃO

A mediação é um processo que, através da ajuda de uma pessoa neutra e imparcial (o mediador), ajuda as pessoas a dialogarem e a cooperarem para resolver um problema. Nesse sentido, a mediação é mais do que um método para solucionar os conflitos; também é uma forma de impedir conflitos no futuro, pois já cria um clima de cooperação entre as pessoas.⁶

O principal objetivo da mediação é a solução de maneira pacífica do conflito. O diálogo é o principal meio para se atingir este objetivo, pois, é através de um diálogo franco que as partes chegam a um acordo satisfatório para ambas.⁷

Na verdade, dada a tradição assistencialista e por ser ainda incipiente o processo de mediação como meio de solução de conflitos, muitas vezes as pessoas confundem mediador com conselheiro quando, na verdade, nada tem a ver uma coisa com a outra. O mediador executa uma técnica para restaurar a comunicação e facilitar a negociação de temas ou ações controversas e, para isso, contrata previamente com as partes para que procedam durante o processo com boa-fé, simplicidade, cordialidade e respeito mútuo, que são elementos fundamentais para o perfeito entendimento dos interesses que estão em discussão.

É fundamental que as pessoas participem de boa-fé e estejam voluntariamente na mesa de mediação com interesse de encontrar uma solução para seu conflito sabendo que nada do que for revelado ou assinado na reunião será dado conhecimento ao público, que o mediador é uma pessoa neutra escolhida pelas

⁴ Mackie, Karl (1991), "Negociation and Mediation: From Inelegant Hagglng to Sleeping Giant" in Mackie, Kagan. A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action. Londres e Nova Iorque: Routledge and Sweet & Maxwell.

⁵ Pedroso, João (2001), "A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos centros de arbitragem de conflitos de consumo". Revista Crítica de Ciências Sociais, 60, 33-60.

⁶ Curso de mediação Módulo VIII - Mediação Passo-a-Passo -ITS Brasil1:Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, p. 2

⁷ Curso de Mediação Módulo VIII - Mediação Passo-a-Passo -ITS Brasil1:Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, p. 2

partes, que estas participam em igualdade de poder e que têm independência para negociar um acordo que satisfaça seus interesses e necessidades.

Resumindo, os conceitos básicos da mediação são:

- O sigilo das informações referentes às pessoas que participam e ao objeto do conflito;
- A neutralidade do mediador, sem a qual será frustrada a mediação;
- A igualdade de poder entre as partes;
- A voluntariedade para participar do processo;
- A autodeterminação das partes para negociar um acordo que satisfaça seus verdadeiros interesses.

Como características importantes da mediação, devemos salientar:

O sigilo do processo – a mediação é um processo sigiloso quanto ao sujeito e quanto ao objeto do conflito. O mediador tem o dever ético de destruir todas as anotações que tenha elaborado durante o processo e manter sigilo sobre revelações e documentos ali apresentados. Exceção feita a casos de violação de menor, crimes, sequestros, etc. que, como qualquer cidadão, o mediador tem a obrigação de denunciar às autoridades competentes

A participação de boa-fé – é fundamental para obter um resultado satisfatório para as partes. O próprio fato de a mediação ser voluntária e não obrigatória induz necessariamente à participação de boa-fé e ao querer colaborar. Qualquer ato que denotasse má-fé de qualquer das partes logo seria percebido pelo mediador.

A participação de uma terceira pessoa – deverá ser necessariamente neutra e escolhida pelas partes para atuar como facilitadora, de forma imparcial e independente. A participação dessa terceira pessoa deverá aliviar as tensões, desarmar as partes, promover uma comunicação construtiva entre elas e explorar vários ângulos da questão.

A informalidade – é a marca de qualquer processo privado. Tem no seu contexto a necessidade de preservar a liberdade das partes para que se sintam obrigadas apenas pelos seus próprios interesses. A

informalidade da mediação também oferece a grande vantagem de permitir o diálogo aberto e franco, sem reservas, de modo que as partes se sentem livres para falar, pois só assim é possível negociar com base nos interesses verdadeiros para construir um acordo verdadeiramente bom para todos.⁸

Outra característica da mediação é a orientação para conflitos futuros. O fato de as partes terem sucesso em um conflito qualquer cria um poder maior de ganho porque, além de resolver a questão, elas mantiveram o relacionamento. Com isso, as pessoas que passaram por essa experiência começam a enxergar os futuros conflitos de forma bem mais colaborativa e passam a adotar as técnicas que aprenderam no processo de mediação.

O acordo é mutuamente e verdadeiramente aceito pelas partes. Essa característica, tanto na teoria como na prática, é o ponto culminante da mediação. Por isso, na mediação exitosa onde a formalização do acordo é obrigatória, muitas vezes as partes não demonstram tanto interesse na lavratura desse documento.⁹

2. DEFINIÇÃO DE MEDIAÇÃO

Desde civilizações preliminares, são três formas de solução dos conflitos de interesses mais comuns:

- a) Entendimento direto entre os interessados (ou *negociação direta*);
- b) Solução estatal (ou *jurisdição*);
- c) Alternativas amigáveis ou pacíficas (*marcs*)

Neste estudo a seguir iremos abordar com maior contundência a espécie da MEDIAÇÃO entre os Meios Adequados de Resolução de Litígios existentes atualmente.

Destacaremos aqui, as definições cunhadas pelos principais doutrinadores sobre a temática:

⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

“Mediação é uma forma de solução extrajudicial de controvérsias em que o terceiro Mediador (ou mediadores se mais de um) tem a função de aproximar as partes, para que elas negociem diretamente a solução desejada de sua divergência”.¹⁰

A mediação tem como principal foco gerar oportunidades para a tomada de decisões pelas partes em conflito, utilizando técnicas e procedimentos que auxiliam a comunicação no tratamento das diferenças litigiosas que incorrem sobre as partes de um conflito.

E um procedimento voluntário, no qual, um terceiro, (que deve ser neutro perante as partes e ser escolhido por essas), auxilia as partes a recuperar o diálogo negocial para facilitar a relação que existia entre as partes antes de este impasse se tornar um litígio.

Os princípios fundamentais da mediação são: *“liberdade das partes, não competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, confidencialidade no processo”*.¹¹

Para Araújo e Silveira, “a mediação é um mecanismo para solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos”.¹²

Já o professor EGGER cunha sua própria definição:

*A mediação é um método extrajudicial de resolução de conflitos onde um terceiro, necessariamente neutro e imparcial, mobiliza as partes em litígio para uma solução consensual, mediante a formalização de acordo. O mediador é a pessoa que ajuda as partes a identificar, discutir e resolver as questões do conflito, buscando transformar o adversário em partícipe de um processo de solução cooperativa.*¹³

Bonafé-Schmitt define Mediação como um “processo frequentemente formal pelo qual um terceiro neutro tenta, através da organização de trocas entre as

¹⁰ Definição muito clara e objetiva exposta no site da CBMAE(www.cbma.org.br), que define o instituto da mediação com bastante pragmatismo.

¹¹ SALES, Lília Maia de Moraes. Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania. Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Fundação Edson Queiroz, nº. 11, fev. 2006, p. 160

¹² ARAÚJO, Adriano L., SILVEIRA, Anarita A. O Instituto da Mediação. In: Revista Doutrina. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, vol. III, p.442, 1997

¹³ EGGER, Ildemar. Texto aula para admissão no cargo de professor assistente do Curso de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina

partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com sua ajuda, uma solução para o conflito que os opõe”.¹⁴

Em todo conflito, existem duas faces: a face aparente, que representa a posição de cada parte, ou seja, o interesse aparente, o interesse declarado (e que muitas vezes confunde as pessoas levando-as a julgamentos precipitados daquelas situações) e existe a face oculta do conflito, o interesse verdadeiro, o interesse guardado e que não é exposto por receio de demonstrar fraquezas que possam municiar seu opositor. A face aparente dos conflitos, representada pelas posições, é responsável pelo acirramento das discussões e o endurecimento das relações, que embotam os interesses verdadeiros e dificultam a negociação.¹⁵

A mediação não é instituto jurídico, mas técnica de solução alternativa de conflitos que propõe mudanças culturais na forma de enfrentar o conflito, levando as partes a reconhecerem suas diferenças, possibilitando-as a encontrar soluções viáveis para alcançar a satisfação dos interesses envolvidos no processo em questão. “A importância dada à mediação como uma técnica de pacificação social está intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento da ideia de participação e de democracia, tendo em vista que esse mecanismo implica efetivo envolvimento dos conflitantes no processo resolutório.”¹⁶

A mediação, em seu âmago, deve ser voluntária para que tenha elevado índice de sucesso.

O processo de mediação tem características próprias e se caracteriza como um método democrático, educativo e de formação pacificadora. Na verdade, a mediação transformativa tem seu maior peso baseado na relação entre pessoas físicas ou jurídicas e na busca de um entendimento comum cujas propostas devem surgir das próprias partes, que são as reais conhecedoras de suas necessidades e, por isso, é indispensável à participação de boa-fé.¹⁷

O objetivo da mediação é a responsabilização dos protagonistas, capazes de elaborar, eles mesmos, acordos duráveis através da restauração do diálogo e da comunicação, alcançando a pacificação duradoura.

¹⁴ BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: Une Justice Douce*. Paris: Syros, 1992, p.16-17

¹⁵ ALVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I. ;JASSAN, Elias. *Mediación y Justicia*. BuenosAires: Depalma, 1996. p.255-261.

¹⁶ MOORE, Christopher. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. 2. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1996. p.22 e 23.

¹⁷ BARBOSA, Águida. *A política pública da mediação e a experiência brasileira*. Del Rey Revista Jurídica. Belo Horizonte, n.8, p.21 e ss, maio, 2002

A mediação pode ser definida como sendo “a técnica mediante a qual as partes envolvidas no conflito buscam chegar a um acordo contando com a ajuda de um mediador terceiro imparcial, que não tem poder de decisão”¹⁸

A mediação tem seu fulcro no objetivo de harmonizar as relações sociais entre pessoas físicas e jurídicas. Isso porque as propostas que irão surgir para uma resolução deste conflito devem partir das próprias partes; e não do mediador.

A seguir iremos destacar algumas características da mediação que irão configurar seu efeito mediador e harmonioso:

- a) Participação de Boa Fé: a boa fé é imprescindível para a concretização da mediação, pois, sem ela, as partes não poderiam querer colaborar entre si voluntariamente e, conseqüentemente, chegar a um consenso amigável e interessante para ambos neste ponto de discórdia.
- b) Sigilo no Processo de Mediação: a mediação é sigilosa tanto aos sujeitos do processo quanto ao objeto do litígio. Desta forma inserindo no procedimento tranqüilidade e segurança para as partes poderem colaborar entre si com mais privacidade.
- c) Participação de um Terceiro: deverá haver a participação de um terceiro no processo mediador, que deverá ser neutro e escolhido pelas partes. Este terceiro deverá ser como “aproximador” das partes, atuando de forma imparcial e independente. Desta forma deverá atenuar as relações de conflito das partes, desarmando-as, para que ocorra uma comunicação construtiva e salutar para ambas as partes.
- d) Informalidade: A informalidade se baseia no princípio da autonomia da vontade das partes, pois sendo uma máxime em todo processo privado que as partes tenham liberdade de atuarem no processo, sempre convergindo ao máximo em seus interesses particulares.

Sem contar que o poder de negociação cresce muito perante um diálogo aberto, franco e não tão formalizado. Pois as partes são livres para falar, propor acordos e fazerem quaisquer ajustes ao impasse debatido.

Desta forma, podemos notar que a mediação pode ser indicada para qualquer tipo de controvérsia. Desde que as partes queiram resolver o conflito de boa fé, tenham auto-determinação e estejam habilitadas a fazer.

¹⁸ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, Nº 785, p. 176

A mediação é bastante indicada para pessoas cujo relacionamento é contínuo e permanente, pois uma desarmonia poderia trazer uma ruptura bastante prejudicial para a continuidade dessas relações. Assim como nos casos de problemas de comunicação entre as partes, porque com uma negociação direta poderia agravar o quadro do conflito e não o sanar. Nesta situação o mediador deve ter papel bem cuidadoso e sensível, devendo transparecer imparcialidade e tentando restabelecer a boa comunicação das partes.

Assim, ao iniciarmos este estudo e sobre uma análise inicial sobre a mediação, podemos delimitar os seus conceitos básicos ¹⁹:

- 1) O sigilo das informações referentes às pessoas que participam e ao objeto do conflito;
- 2) A neutralidade do mediador, sem a qual será frustrada a mediação;
- 3) A igualdade de poder entre as partes;
- 4) A voluntariedade para participar do processo;
- 5) A autodeterminação das partes para negociar um acordo que satisfaça seus verdadeiros interesses

3. A LEI DE MEDIAÇÃO

No Brasil, a mediação começa a ganhar sua primeira expressão legislativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, capitaneada e proposta pela Deputada Zulaie Cobra, tendo o texto da proposta inicial sido levado à Câmara, este que acaba recebendo uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito.

Já na Câmara dos Deputados, em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e remetido ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002.

O Governo resolveu, então, encaminhar um Projeto de Lei autônomo, cujo texto foi elaborado pelo I.B.D.P. Em 14 de março de 2006, o relatório reformulado foi recebido e aprovado, na forma de seu substitutivo, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Foi aprovado o Substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara

¹⁹ WANDERLEY, Waldo. *Mediação: métodos extrajudiciais de solução de conflitos*. Brasília: Editora MSD, 2004, p. 108.

dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então não se teve mais notícia do referido Projeto. Uma consulta recente ao sítio da Câmara mostra que o Projeto está paralisado desde abril de 2007.²⁰

Quando já se perdiam as esperanças de uma positividade da mediação em nosso Direito, eis que, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.²¹

Atualmente, a Mediação tem como principal dispositivo de sua positividade a vigência da LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.

A chamada “Lei da Mediação” (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) disciplina a mediação judicial e extrajudicial como forma consensual de solução de conflitos. O marco legal, que estimulará soluções mais amigáveis de conflitos judicializados, é resultado de intenso trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que desde 2006 organiza o Movimento pela Conciliação, com o objetivo de alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca por soluções mediante a construção de acordos, que deu origem à Semana Nacional da Conciliação. A Lei da Mediação determina que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, que deverão ser organizados conforme a Resolução CNJ n. 125/2010, que estabelece uma metodologia para resolução de conflitos de forma não litigiosa.

“A Lei da Mediação”, que recebeu o número 13.140, também estimulará a mediação privada como meio de desjudicializar parte dos conflitos apresentados perante o Poder Judiciário. Por essa razão, esta lei deve acarretar na redução de processos tramitando no Poder Judiciário. De acordo com o Relatório Justiça em Números 2014, o número de processos em trâmite na Justiça brasileira chegou a 95,14 milhões em 2013. Para o conselheiro Emmanoel Campelo, presidente da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, a norma sancionada nesta segunda-feira coloca em um plano legislativo uma política pública que o CNJ desenvolve desde a sua primeira composição. “A legislação

²⁰ http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21

²¹ http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21

corroborar todo o trabalho que o CNJ vem desenvolvendo e as estruturas criadas pela Resolução 125 serão mantidas. De fato, tanto a Lei de Mediação como o novo Código de Processo Civil reafirmam o trabalho de consolidação de uma política pública de consensualização do Poder Judiciário conduzida pelo próprio CNJ desde 2006.²²

A lei determina a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliarem, orientarem e estimularem autocomposição. Atualmente, a maioria dos Tribunais de Justiça (TJs) e dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) já possui esses centros, conforme estabelecido pela Resolução 125. “O próximo passo do CNJ será desenvolver modelos de centros para que a Justiça do Trabalho se engaje nessa política pública, que sejam cabíveis com a especificidade desse ramo de Justiça”, diz o conselheiro Campelo. De acordo com ele, os modelos serão desenvolvidos por meio do diálogo com os representantes da Justiça Trabalhista.

A norma estabelece que poderão ser solucionados por meio da mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. No caso de demandas já judicializadas, se a mediação for concluída antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais. Há também, conforme a lei, a possibilidade de que contratos privados tenham cláusula de mediação como opção prévia à abertura de processo.²³

4. O MEDIADOR

O mediador deve ter o trabalho técnico de facilitar a colaboração, o diálogo, o entendimento e a harmonia de relações entre as pessoas que não conseguem sozinhas chegar a uma solução pacífica.

Todo mediador deve estabelecer, estruturar, ponderar e organizar a comunicação entre pessoas. Pois ainda cabe a ele, além de aproximar e apaziguar as partes, em um processo de mediação, criar um ambiente seguro e convidativo, para que ocorra uma interação positiva-constructiva das partes em conflito. Entretanto o mediador deve sempre conduzir o processo com

²² <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>

²³ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>

imparcialidade, para que, assim, não desperte nenhum tipo de desconfiança de alguma parte e altere eficiência interpessoal buscada pelo mediador.

O mediador não pode sugerir soluções e, sim, estimular que as próprias partes solucionem o seu litígio de forma pacífica, construtiva e positiva para ambos.

Os profissionais da mediação devem ter sempre um pleno conhecimento da técnica mediadora neste procedimento, demonstrando uma boa perspicácia em relação às complexidades dos conflitos que serão suscitados durante o processo.

Deve escutar e entender a axiologia de cada pessoa, e ter a habilidade de despertar uma decisão das partes, decisão que deve ser justa e favorável para ambos os lados do conflito. Pois o mediador tem justamente o papel de inserir preponderações que incitem as partes a solucionar o litígio de forma construtiva e positiva.

Cada mediador atua como um diretor de cinema ou um maestro de orquestra, conforme salienta Jean-François Six, quer dizer, são responsáveis pela condução do processo, mas “não tomam o lugar dos atores ou dos músicos, a quem compreendem, infundem confiança, insuflam ritmo, trazem uma espécie de energia suplementar e impulsionam dar todo o seu talento. Mas ao final das contas, diretor e maestro são tidos como os primeiros responsáveis pela obra produzida”²⁴.

5. O MEDIADOR: QUALIDADES E RESPONSABILIDADES

O mediador trabalha tecnicamente como um facilitador do entendimento entre pessoas que não conseguem por si só chegar a uma solução. Para isso, o mediador inicialmente foca seu trabalho no restabelecimento e/ou melhoramento da comunicação entre as partes, pois somente elas, em conjunto, podem chegar a alguma conclusão sobre o conflito. É lógico imaginar que somente as próprias partes envolvidas sabem verdadeiramente, cada uma de seu lado, as verdadeiras razões do conflito e que somente elas, em conjunto, são capazes de compor um acordo que possa satisfazer a ambas.²⁵

Qualquer solução imposta pode satisfazer uma ou mais partes, mas com certeza não satisfará a todas plenamente.

²⁴SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Trad. Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

²⁵ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998

O mediador, além de aproximar as partes pelo restabelecimento da comunicação entre elas, procura criar ambiente seguro para abrir espaço às novas opções interagindo positivamente e capacitando as partes a utilizarem suas habilidades de forma construtiva.

Desta forma, o mediador deve ter a responsabilidade de aplicar o estudo teórico e a metodologia da mediação na prática. Em outras palavras, deve preocupar-se com o seu aprimoramento constante, bem como com a aplicação das técnicas ou ferramentas, com o intuito de proporcionar às partes o melhor procedimento de mediação, o que por consequência, proporcionará o maior alcance de resultados possíveis.

6. QUALIDADES INERENTES AO BOM MEDIADOR

O mediador, além de conhecer a técnica do processo de mediação, precisa ter capacidade para entender a complexidade do conflito, ter boa comunicação, habilidade em escutar e entender critérios e juízos de valor de outras pessoas, além de incorporar o real interesse no bem estar delas.²⁶

É muito comum o mediador internamente fazer seu juízo de valor nas questões que estão em discussão. Porém, é preciso ser capaz de não deixar perceber para poder conduzir a mediação com eficiência e imparcialidade. O conflito pertence às partes e somente a elas é dado o direito de transigir ou não em seus pontos de vista.²⁷

Destaque-se ainda que esse juízo de valor interno tem que ser algo sutil e consciente ao mediador, pois, se este se sentir desconfortável facilitando um caso em que haja grande choque de valores entre sua vida pessoal e a dos mediandos, deverá identificar e solicitar que seja substituído por outro mediador competente. É por isto que, de modo geral, um mediador precisa ser uma pessoa com a mente aberta, e ter a capacidade de se conectar e sentir empatia por todas as pessoas, colocando-se no lugar do outro compreendendo suas aflições e escalas de valores, e não buscar entender o outro de seu próprio ponto de vista, de seu próprio contexto e de suas próprias experiências de vida. É isto que lhe permitirá manter-se neutro e imparcial.

O mediador precisa ter flexibilidade e habilidade para mudar o rumo da discussão quando percebe que esta gira em círculo vicioso e ter sensibilidade

²⁶ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998

²⁷ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998

para perceber a linguagem não verbal apresentada pelas partes, processá-la e tomar medidas oportunas e objetivas. Deve ser oportunista, ter serenidade e ressaltar fatos relatados importantes que sejam do interesse comum. O mediador precisa ter liderança e credibilidade com as partes.

7. RESPONSABILIDADES DO MEDIADOR

O mediador deve estar atento, em primeiro lugar, à verificação de indicação da mediação para solucionar o conflito apresentado. Isso porque o caso pode não ser indicado para mediação ou, se for indicado, será necessário explicitar que tipos de resultados poderão ser conseguidos, pois o conflito pode não se referir a valores, e algumas vezes não é importante a materialização firmada do acordo. Em outras vezes, esse documento se torna importante como título executivo extrajudicial para a possibilidade de execução desse acordo caso não seja cumprido.²⁸

O mediador precisa, também, verificar a possibilidade de impedimento de qualquer das partes (caso de menor, pessoas incapazes civilmente, etc.), se elas estão voluntariamente interessadas na solução do conflito, se estão de boa-fé e fazer a avaliação de sua própria capacidade para mediar o caso.

O mediador deve cancelar a mediação se, no decurso do processo, perceber que:

- Sua falta de conhecimento ou habilidade pode prejudicar o sucesso da mediação;
- Há falta de boa-fé de alguma das partes;
- Há desigualdade gritante de poder entre elas;
- Há violação por qualquer das partes das normas adotadas para a mediação (contrato de mediação).²⁹
- Notar que não consegue manter-se imparcial e neutro em relação ao conflito ou às partes, e caso não possua outro mediador capaz que possa substituí-lo.

²⁸ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998.

²⁹ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998

8. A QUESTÃO DA IMPARCIALIDADE NO PODER JUDICIÁRIO

A neutralidade do mediador é um princípio básico da mediação. Esse princípio é condição de existência da própria definição de mediação, ou seja, um terceiro imparcial e neutro intermedia duas partes facilitando a comunicação entre eles com a finalidade de resolver um conflito. Embora possa haver diversas versões sobre o conceito de mediação, nenhuma delas deixa de conter em sua definição a palavra e o conceito de “neutralidade” ou “imparcialidade” do mediador.

Vimos, portanto, que este é um princípio intrínseco da mediação. Assim, as pesquisas e artigos sobre esse assunto, no Brasil e no mundo, não estão baseadas em pesquisa empírica sobre a quantidade de vezes que o mediador agiu com neutralidade, mas sim no estudo da impressão que as partes tiveram a respeito da neutralidade do mediador durante o procedimento. Vê-se, portanto, que se trata de uma análise subjetiva e tem um viés da visão dos próprios mediandos, uma vez que, independente do mediador agir ou não com neutralidade, caso uma das partes ou ambas acredite que o mediador está sendo parcial e pendente a um dos lados, toda a base da mediação pode estar comprometida e então a mediação se estagnar ou ser encerrada.

É por isso que a própria estrutura da mediação se baseia em equidade, ofertando tempo equivalente para cada parte narrar a história do conflito, o mediador distribui também de forma equivalente além de seu tempo, sua atenção, seus estímulos ou reforços positivos e sua empatia.

O mesmo se espera de um juiz durante a análise e julgamento de um processo: imparcialidade quanto às partes e quanto à análise de um conflito e durante o decorrer do contraditório, até alcançar a fase de julgamento. Espera-se que os casos não sejam categorizados, mas analisados caso a caso, especificamente.

9. A IMPARCIALIDADE E A NEUTRALIDADE DO JUIZ

Iniciaremos aqui tratando da imparcialidade do juiz no sistema judiciário, e posteriormente trataremos do mesmo assunto na mediação, para elaborarmos um paralelo entre os dois sistemas. A condição de imparcialidade judicial é considerada *sine qua non* para o próprio conceito de justiça.

A imparcialidade do juiz se baseia em algumas premissas tais como, a de o juiz desconhecer as partes, mantendo-se equidistante bem como de não ter interesse de favorecer a uma delas, tampouco no resultado da causa. Assim, a

imparcialidade objetiva do juiz esta prevista na legislação. Vejamos o que diz a doutrina:

“De acordo com a doutrina “a imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente” (<http://www.conjur.com.br/static/text/1211.1> - Ada Pellegrine Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco na obra “Teoria Geral do Processo”).

Trata-se, nas palavras dos estudiosos, de uma das maiores garantias conferidas aos cidadãos contra o arbítrio das autoridades atuantes na Administração Pública. No âmbito do Poder Judiciário, nada mais é que a segurança de que os seus membros não farão distinções em relação às partes de um processo.

Nesse sentido, imparcialidade e neutralidade seriam expressões sinônimas?

Para a parcela majoritária da doutrina, NÃO!

Vejamos.

Com base no exposto acerca da imparcialidade, entende-se que essa se comprova com o atendimento nos artigos [134](#) e [135](#) do [CPC \(Código de Processo Civil\)](#), dispositivos que cuidam, respectivamente, do instituto do impedimento e da suspeição.

Falar em juiz imparcial, nesse sentido, importa em dizer que o mesmo não deve ter qualquer interesse em relação às partes do processo, pautando-se, sempre, em atitude omissiva em relação àquelas, preocupando-se, somente, com a efetivação da justiça no caso concreto.

Em sentido totalmente oposto está a neutralidade do juiz, uma ideia desaconselhada pela doutrina.

Juiz neutro é aquele que se fecha a qualquer influência ideológica e subjetiva. É aquele que, ao julgar, se mostra indiferente, insensível.

Não é isso que se busca com a imparcialidade. Não pugnar pelo interesse de uma das partes (imparcialidade) não importa em indiferença ou insensibilidade às circunstâncias do caso concreto.

Concluindo: a imparcialidade, como consequência direta do princípio do juiz natural se revela como a exigência de o julgador não se comprometer com uma das partes. Já a neutralidade conduz o magistrado ao comportamento comprometido, posto que, ao ignorar as nuances do caso concreto e, os seus aspectos subjetivos, acaba por afetar a sua decisão.³⁰

Pesquisando-se em dicionários a definição de imparcialidade, esta vem geralmente acompanhada da palavra ‘neutralidade’, no sentido de ‘aquele que

³⁰ LUIZ FLAVIO GOMES – LFG . Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/99939/ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz> > Acesso em 28.04.2016

julga com neutralidade'. Vê-se, portanto, que os conceitos de imparcialidade e neutralidade, tanto as semelhanças como as diferenças, são bastante tênues e difíceis de definir.

Assim, podemos chamar a não-neutralidade também pelo nome de "parcialidade subjetiva", ou seja, o ato do juiz deixar-se convencer, optando por um dos lados, como lhe é seu dever, já que não pode deixar de julgar uma causa.

É imprescindível destacar que a lei é objetiva e imperativa, porém sabemos que existe uma flexibilidade ou lacunas na lei, em que os juízes podem livremente exercer seu julgamento baseados em suas próprias convicções.

Ao analisar a questão de como um processo é julgado, retomamos que o juiz analisa o caso baseando-se nas leis e nas provas e, nas situações em que não há lei expressa, fica a critério do juiz a decisão, o qual sugere-se que sua decisão seja amparada por jurisprudências e na própria convicção do juiz.

Passemos então a analisar a própria convicção do juiz. Esta poderia dar-se baseando-se nos próprios fatos do caso, ou em questões subjetivas, tais como o comportamento das partes diante do juiz, a empatia do juiz pelas partes, as próprias experiências do juiz com caso semelhantes ou a própria experiência do juiz em sua vida pessoal, em seus valores pessoais e essa escala de valores.

Caso a justiça se baseasse apenas na legislação aplicável, então não seria necessário que as partes ingressassem em Juízo pleiteando algo, apenas se abriria os códigos e se aplicaria a lei. Todavia, sabemos que na legislação há muitas lacunas ou flexibilidade para o juiz decidir cada caso concreto apenas baseando-se em largos parâmetros, como é o caso de ações da área do direito de família.

Vejamos um trecho que critica o sistema atual, uma vez que acredita que o sistema judiciário permite que os juízes não atuem de forma imparcial.

"Uma crítica refere-se à separação teórica da etapa processual do processo contraditório do qual surge o resultado ou a decisão. A essência desta crítica é que tal separação não existe na realidade. Na verdade, ao fazer uma análise do desempenho do processo contraditório, denota-se que este assimila práticas discursivas, as quais trazem a fase de resultado (onde se julga o caso) ainda dentro da fase processual (do contraditório). Estas práticas determinam a estrutura e o conteúdo de uma história de sucesso e começam a moldar, enquanto ainda na fase processual do contraditório, a sentença do processo, enquanto mescla-se e mistura-se duas fronteiras: a do contraditório e a da decisão. Em geral, eles normalizam e categorizam as histórias das partes, prejudicando, assim, a participação efetiva das partes na fase processual. A inserção da fase de resultado (onde se julga o

caso) dentro da fase processual também ocorre pelo exercício de práticas contrárias ao ideal participativo do contraditório, tais como a prática de liquidação judicial. Vários estudiosos afirmam que um acordo oferecido por um juiz em uma fase inicial do processo, mesmo antes de ter sido ouvido todas as provas e argumentos, prejudica a participação competitiva e pode criar nos partidos a sensação de que o juiz já formulou um parecer sobre o desejado resultado.

Outra crítica que tem sido apresentada em relação ao princípio da imparcialidade e objetividade originou-se com o Realismo Jurídico e continuou com a Critical Legal, ambos são movimentos estudiosos bem como o Movimento Feminista. Os Realistas foram os primeiros a questionarem a confiança no sistema Judiciário em matéria de direito como um sistema fechado de regras. Eles argumentaram que o corpo jurídico do conhecimento não constitui um sistema final e fechado e que também não está apto a fornecer respostas definitivas a todas as perguntas. Mesmo a suposição formalista da existência de uma lógica jurídica autônoma e racional - por meio do qual especialistas aplicam a doutrina jurídica em casos concretos - tem sido objeto de críticas fulminantes: argumentou-se que a objetividade judicial não é senão um mito, a função acaba por mascarar a influência do ponto de vista particularista do juiz em suas decisões.

O estudo do Movimento da Critical Legal foca sua crítica nas relações recíprocas entre a cultura dominante e os conceitos que prevalecem, por um lado, e o poder transmitido aos tribunais para interpretar a lei, por outro. De acordo com esta crítica, o mito do juiz como “um observador sem uma perspectiva” serve ao tribunal para exercer o controle cultural e criar o mundo social, nomeando-o: o tribunal está autorizado a declarar direitos e definir injustiças; para significar eventos diários; e para fornecer um sistema de categorias e quadros através do qual o mundo pode ser interpretado bem como moldar o significado cultural de equidade, de justiça e de moralidade. O meio de construir um significado é hegemônico: o sistema de crenças da elite cultural, em que o juiz geralmente está incluso, é apresentada como necessária e objetiva, quando na verdade muitas vezes é arbitrária e subjetiva. Desta forma, a natureza beligerante do sistema é camuflada e recebe legitimidade.³¹ “

Compreende-se, do trecho acima citado, que a suposta imparcialidade do juiz ao julgar um caso não acontece, uma vez que, antes de terminar a fase do contraditório, o juiz já demonstra estar com uma opinião formada sobre o caso. Isto também se revela quando na audiência de conciliação o juiz sugere uma proposta de acordo, sem sequer as partes terem apresentado sua defesa, demonstrando já sua imparcialidade.

³¹ Páginas 12 e 13 do artigo: The Disempowering relationship between mediator neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic – original em inglês.

O trecho refere-se também a situações em que não importa o quão boas são as provas e fatos que serão apresentados ao juiz, mas a parte nunca ganhará o caso, pois o(a) juiz(a) já possui sua própria convicção sobre o resultado dessa ‘categoria de casos’. A título de exemplo seria um pedido de pernoite na residência paterna para crianças menores de dois anos de idade ou um pedido de guarda compartilhada, quando os genitores não possuem um bom relacionamento, e antes mesmo de ler o caso o juiz já tem convicção de que a sentença será improcedente.

Outro exemplo de caso improcedente seria o pedido de pensão para ex-esposa aos 40 (quarenta) anos de idade, desde que saudável, embora sem experiência anterior de trabalho, uma vez que, neste exemplo, o juiz possui plena convicção do julgamento. E muitas vezes essa convicção provém do foro íntimo e subjetivo do juiz e de sua própria escala de valores ou até de suas experiências pessoais e o contexto de elite em que está inserido.

Tem-se, assim, que essa análise subjetiva do juiz sobre o caso não deveria impedi-lo de estar aberto a argumentação e narrativa de cada parte sobre o processo, tampouco os sentimentos e emoções ou opiniões pessoais do juiz não deverão importar para o julgamento do caso e, menos ainda, para a fundamentação da decisão em sua sentença que devera se basear somente em evidências do caso específico *sub judice* e da argumentação de cada parte, além da legislação aplicável.

Vale ressaltar, novamente, que algumas críticas da imparcialidade judicial nascem da audiência de conciliação, onde o juiz sugere um acordo para as partes, no qual claramente está pendendo para um dos lados, sem no entanto ter se desenrolado a maior parte das provas e argumentos das partes, sem ter havido audiência demonstrando que aí se demonstra a fragilidade da imparcialidade do judiciário.

Na mediação há desafios e problemas muitos semelhantes aos existentes no judiciário tradicional, visto ambas as figuras (juiz e mediador) serem seres humanos passíveis de suas próprias conclusões, próprias histórias, próprias convicções.

10. PREVISÃO LEGAL DA IMPARCIALIDADE NA MEDIAÇÃO

No código de ética de conciliadores e mediadores judiciais, em forma do anexo III da Resolução nº 125 de 29/11/2010 do CNJ (redação dada pela

Emenda nº 1 de 31.01.13) estão disciplinados sete princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais, dentre eles, a imparcialidade.

Desta forma, o inciso IV do artigo 1º define imparcialidade como “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.”

Também destaca em seu artigo 5º que se aplicam aos conciliadores/mediadores os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes.

Já no novo Código de Processo Civil lei nº 13.105/15, a seção V se destina a regular os conciliadores e mediadores judiciais. Traz assim os princípios da conciliação e mediação em seu artigo 166, reforçando a necessidade de sua aplicação, enquanto o artigo 170 trata de como se proceder em caso de impedimento do mediador ou conciliador e, caso este atuar em procedimento apesar de impedido ou suspeito, esta é causa de exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores (inciso II do artigo 173 NCPC)

11. A NEUTRALIDADE E A IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR

A neutralidade e a imparcialidade na mediação é objeto de muito estudo e questionamento, assim como a neutralidade e imparcialidade judicial. Assim também se questiona muito sua aplicação fática pelos mediadores.

O *Club Español de Arbitraje*, que é uma associação de referência na Espanha, criou um código de boas práticas em mediação no qual dedicou quatro artigos a esse assunto, na seção de “Boas Práticas do Mediador”. O artigo 1º trata da independência e imparcialidade, enquanto o artigo 2º trata da neutralidade do mediador. Já a seção de “Boas práticas das Instituições de Mediação”, em seu artigo 9º, dedica-se à transparência e neutralidade das instituições, enquanto o artigo 13º trata da independência, imparcialidade e neutralidade dos mediadores dentro das instituições. Considera-se que o código compreende um total de 24 (vinte e quatro) artigos.

Podemos assim verificar a dimensão que os tópicos neutralidade e imparcialidade ocupam dentro do contexto da mediação sendo que, segundo esse manual acima citado, se entende por imparcialidade do mediador em relação ao relacionamento com as partes. Assim, deverá o mediador relevar às partes toda relação pessoal, profissional ou empresarial que tenha havido

com qualquer delas e somente poderá iniciar o trabalho com a concordância expressa de ambas. Já a neutralidade diz respeito ao conflito em si, no qual o mediador não deve julgar os fatos e o conflito e compatibilizar-se com alguma das duas versões da história.

No que toca as boas práticas das instituições de mediação, a transparência e neutralidade se referem à informação completa e transparente a respeito da instituição e de seu procedimento, a exemplo de seu regulamento, procedimentos internos, ou seja, fases ou passo a passo do processo, inclusive a respeito da escolha e nomeação do mediador. Com relação à independência, imparcialidade e neutralidade dos mediadores, a instituição deve zelar para que seu corpo de mediadores realmente sejam neutros, independentes e imparciais, e que, caso algum mediador tenha tido relacionamento anterior com alguma das partes, pessoal ou profissional, certifique-se de que tal informação está clara e expressa às partes, e que a mediação somente se iniciará caso ambos concordem expressamente, apesar do contato anterior, desde que esse contato não prejudique a instalação desses princípios basilares da mediação.

12. VANTAGENS DA MEDIAÇÃO

São inumeráveis as vantagens da mediação. Mesmo porque, a mediação é um processo que dignifica e educa as partes para enfrentarem outros conflitos com serenidade e sentimento colaborativo. Além de ser um processo de fácil acesso e pouco oneroso, oferece às partes a oportunidade de usar sua criatividade para encontrar soluções práticas, duradouras e realizáveis dentro de um ambiente amigável que possibilita a pacificação total do conflito.

Além de ser um processo confidencial e que preserva a privacidade das partes e do objeto do conflito, podemos dizer que a mediação é um método não confrontante e, portanto, pacificador.

A mediação, sendo um processo de ganha x ganha, não gera inimizade entre as partes propiciando a continuidade das relações. Assim, preserva o relacionamento e fortalece as partes ao mesmo tempo em que soluciona a controvérsia.

É um processo rápido, já que as partes decidem o prazo em que deve ser cumprido o acordo. É eficaz, pois o acordo advém das necessidades deles, logo, só acordam o que realmente podem cumprir e é sempre justo.

Não havendo consenso, ainda podem recorrer à conciliação, à arbitragem ou mesmo ao Judiciário. A mediação não afasta as outras formas de solução dos litígios.

Como outras vantagens da mediação, podemos citar o elemento transformador que está presente no processo até pelo aspecto pedagógico, no qual está comprovado que a pessoa adulta aprende melhor fazendo, pois é por esse caminho que se chega à sabedoria.

As pessoas, ao participarem de uma mediação, vivenciam uma experiência importante e aprendem com ela a entender melhor seus objetivos, a aumentar seus recursos pessoais e a ter participação ativa na tomada de decisões, com respeito pela situação do outro, vendo as coisas de outra maneira e entendendo que sempre podem existir outras formas de solução que não sejam aquelas pelas quais elas lutam. Portanto, é necessário que as pessoas estejam dispostas a realizar mudanças, quebrar paradigmas e explorar novas opções.

É comum que pessoas cheguem na mesa de mediação de forma a não se olharem de frente, tal é o estado de animosidade em que se encontram e, com o desenrolar da sessão de mediação, chegam ao final com uma negociação tranquila e cordial.

Diferentemente do Judiciário, que é um terceiro julgador, a mediação consegue empoderar as partes na medida em que demonstra que elas são plenamente capazes de resolver seus conflitos; disto resulta que em futuros conflitos as partes também se sentirão empoderadas para resolvê-los e sem delegar a terceiros.

Dessa efetiva participação também resulta em acordos com maior cumprimento das obrigações por ambos os lados, uma vez que cada ponto deste acordo foi por eles mesmos desenhados e acordados.

13. QUANDO A MEDIAÇÃO NÃO É INDICADA

Evidente que em alguns casos a mediação não é indicada. Vamos a eles:

- Quando se trata de conflito de base estrutural em que sua solução independe da contribuição das partes.
- Quando as partes não estão todas representadas, pois, assim, não poderia haver comprometimento com a solução.

- Quando há má-fé de qualquer das partes, visto que, sendo a mediação um processo voluntário e com direito de desistência, identificada má-fé de uma das partes, a mediação será encerrada.
- Quando há grande desequilíbrio de poder que não pode ser equilibrada com o empoderamento da parte mais fraca. Nesse caso não é indicada a mediação, considerando que o processo pode gerar dissonância nos rumos da negociação, visto que o acordo é da competência das partes e o mediador é neutro e necessariamente tem que se portar de forma imparcial.
- Também não é indicada a mediação quando o conflito se refere à determinação de uma regra ou uma política uniforme. A mediação é sigilosa e específica para cada caso.

Todas essas situações acima delineadas devem ser levadas em consideração quando se procura a mediação como forma de solução de conflitos.

14. CO-MEDIAÇÃO

Em algumas mediações, é necessária a participação da figura do co-mediador. O co-mediador é um mediador auxiliar, escolhido pelo mediador, muitas vezes especialista no tema do objeto do conflito e que tem a finalidade de esclarecer pontos específicos quando solicitado pelo mediado, que pode utilizar o conhecimento do co-mediador para combinar estratégias e para se auxiliar nas situações em que encontrar dificuldades. Como exemplo, o mediador pode solicitar um co-mediador especialista na legislação trabalhista para participar de uma mediação entre patrão e empregado.

15. UTILIZAÇÃO DO “CAUCUS” NA MEDIAÇÃO

O “caucus” é a palavra usada pelo mediador para conversar em separado com as partes.

Segundo J. C. Vezzulla, a utilização do *caucus* é contestada por vários autores. Alguns o contestam pelo risco de gerar dúvidas na mente despreparada de qualquer das partes quanto à imparcialidade do mediador. Outros o contestam porque, com o *caucus*, o mediador pode se transformar em profissional de cada

uma das partes e, assim, perderia a base da mediação que é a relação entre elas.³²

Entretanto, o autor aconselha que o *caucus* deve ser utilizado no momento em que o mediador perceber que a mediação não está progredindo e que as discussões giram em círculo vicioso.

Com o *caucus*, o mediador pode identificar interesses ocultos e dar celeridade à mediação.

A qualquer tempo o mediador ou as partes podem interromper a mediação para fazer uso do *caucus*.

Também o *caucus* pode ser utilizado para esclarecer fatos ocorrentes durante o processo de mediação. Exemplo: quando, ao ser indagada, a parte fala demais para dar a impressão de que respondeu à pergunta sem nada de importante revelar; quando a parte responder parcialmente ou responder de maneira inadequada mudando de assunto; quando a parte faz um discurso com a intenção de levar o mediador a desistir de insistir perguntando, etc.³³

Na verdade, os dois métodos utilizam as mesmas técnicas e têm a mesma finalidade, que é facilitar a solução do conflito de forma harmônica e pacífica.

16. CONCLUSÃO

Ao analisarmos os Meios Adequados de Resolução de Litígios, seremos induzidos a certas constatações relevantes que poderão contribuir de forma substancialmente positiva para o tratamento da crise do Poder Judiciário de diversos países.

A própria mediação releva salientar que seu êxito está diretamente vinculado a uma mudança de valores. As inúmeras discussões geradas pela reforma dos sistemas judiciários vêm sendo amparadas nos objetivos de tornar as instituições mais acessíveis e eficazes, bem como no oferecimento de soluções pacíficas e justas aos conflitos vivenciados pela sociedade atual. A cultura litigiosa guia na direção de que as divergências serão resolvidas por intermédio de uma decisão jurisdicional.

Essa cultura da pacificação deverá ser expandida a tal ponto que medidas, como a prática da mediação, não deverão ser consideradas como formas alternativas, mas sim como o caminho principal para solução de litígios. A

³² VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998.

³³ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998.

procura do Poder Judiciário, por sua vez, deverá tornar-se a última opção e adotada somente depois de esgotadas todas as possibilidades de se atingir uma solução pacífica.

Enfim, é fundamental frisar que os mecanismos alternativos e adequados de resolução de conflitos não trazem consigo a idéia plena e irrestrita de evasão das causas do Poder Judiciário, mas sim de utilização pertinente, deixando o Estado na posição de última alternativa para os litígios, enquanto o mencionado mecanismo opere como regra, tudo isso com base em uma mudança sociocultural da sociedade contemporânea que atualmente vivemos.

No contexto de processo judicial adversarial, a imparcialidade do juiz é exigida no Judiciário, devendo o juiz que tiver amizade por alguma das partes se dar por suspeito, ou podendo ser arguida pelas partes em processo apartado de suspeição. A neutralidade (ou imparcialidade subjetiva), por sua vez, não é esperada ao final da causa, uma vez que, ao julgar, naturalmente o juiz elege uma versão da história e dos fatos, dando procedência a uma das partes.

Ainda neste contexto, o que se questiona do juiz é sua neutralidade inicial, ou melhor, o tempo que um juiz permanece neutro e aberto a ambas histórias e argumentos e, em que momento, o juiz quebra essa neutralidade e começa a emitir julgamentos. Também se questiona o quanto a identificação pessoal do juiz, a respeito de suas convicções pessoais, suas próprias experiências passadas com seus sabores e dessabores bem como sua própria escala de valores influencia a decisão final de um juiz sobre um caso, e se ele conscientemente vigia-se para analisar a questão de modo neutro e imparcial para cada caso.

O mesmo questionamento a respeito da neutralidade e imparcialidade interna de um mediador é levantado, uma vez que tanto o mediador como o juiz, sendo pessoas, naturalmente pensam e sentem emoções ao conhecer as histórias dos casos que a eles se apresentam durante o trabalho, e se questiona como certificar-se de manter a neutralidade e imparcialidade apesar do ser humano.

Conclui-se que, no Judiciário, fora as situações específicas em lei a respeito da imparcialidade, - objetiva expressa - o juiz deverá ser o seu próprio vigia, uma vez que, caso não haja uma parcialidade objetiva constatada (relacionamento anterior com uma das partes), a parcialidade subjetiva (história de vida e escala de valores do juiz) somada à neutralidade, - que embora não esperada do Judiciário, não deve ocorrer no primórdio do processo - o juiz poderá julgar de modo parcial subjetivo e fundamentar seus argumentos nas lacunas da lei ou em fatos selecionados.

Diferente resultado ocorre na mediação caso o mediador não consiga manter-se imparcial e neutro: (i) o mediador que durante um procedimento de mediação entender que está se identificando pessoalmente com a causa, poderá e deverá pedir substituição por um outro que possa manter-se neutro e imparcial na condução da mediação; (ii) qualquer uma das partes pode interromper e terminar o procedimento a qualquer tempo, caso acredite que o mediador está sendo imparcial, sem formalidades ou necessidade de provar sua percepção; (iii) o mediador não possui a função de julgar o caso e tampouco emite decisão, de forma que ainda uma pequena parcela de parcialidade subjetiva ou não neutralidade ideal, poderá afetar o procedimento da mediação mas não o resultado final de uma mediação.

Disto depreende-se também que os princípios basilares da mediação não são totalmente independentes entre si, mas se sustentam, como é o caso da autonomia das partes que sustenta a imparcialidade e neutralidade do mediador, uma vez que confere poder às partes de encerrar a mediação a qualquer tempo, seja por quebra de confiança no processo, no mediador ou qualquer outra razão.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elias. *Mediación y Justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996. p.255-261.

ARAÚJO, Adriano L., SILVEIRA, Anarita A. O Instituto da Mediação. In: *Revista Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, Vol. III, 1997.

AVILA, Filipe Lobo de. Os mecanismos de resolução alternativa de litígios à entrada do ano de 2007, *Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho. ISSN 0870-8185. Tomo 55, N. 308 (2006) p. 703-711-Portugal.

BARBOSA, Águida. A política pública da mediação e a experiência brasileira. *Del Rey Revista Jurídica*. Belo Horizonte, n.8, 2002.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: Une Justice Douce*. Paris: Syros, 1992.

BRASIL: LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm).

CARDOSO, Carlos Carvalho. A mediação como meio de resolução alternativa de conflitos. *Boletim da Ordem dos Advogados*. ISSN 0873-4860. N. 47 (2007), p. 48-49.

COUTINHO, Patricia Martins Rodrigues. *A prática da Mediação e o Acesso à Justiça: por um agir comunicativo*. (___).

EGGER, Ildemar – Texto aula para admissão no cargo de professor assistente do Curso de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina

GOUVEIA, Mariana França. *Resolução alternativa de litígios : relatório da disciplina de resolução alternativa de litígios*. Relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal, 2008.

GOEMS, LUIZ FLAVIO – LFG. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/99939/ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz>> . Acesso em 28.04.2016.

JARROSSON, Ch. La notion d'arbitrage. Paris, *LGDJ*, 1987, n. 785, p. 176.

MACKIE, Karl. Negotiation and Mediation: From Inelegant Haggling to Sleeping Giant. In MACKIE, Kagan. *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*. Londres e Nova Iorque: Routledge and Sweet & Maxwell, 1991.

MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.

MOORE, Christopher. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. 2. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1996.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

PEDROSO, João. A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos centros de arbitragem de conflitos de consumo. *Revista Crítica de Ciências Sociais*: Faculdade de Coimbra - Portugal, 2001, p. 33-60.

PEDROSO, Joao (2006). Percurso da Reforma da Administração da justiça –uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Artigo científico. *Sala de Revistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania. *Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza*: Fundação Edson Queiroz, nº. 11, fev. 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SECRETARIA Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Curso de Mediação*. Módulo VIII - Mediação Passo-a-Passo. Brasília: ITS Brasil: Ano: ____.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Trad. Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARRAZON, Mercedes (org.). Comissão Espanhola de Arbitragem: *Código CEA de Boas Práticas em Mediação*, 1ª edição. Espanha.

VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998.

ZAMIR, Ronit. *The Disempowering relationship between mediator neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic*. Artigo n.11, Vol. 11, 3ª impressão. USA.

WANDERLEY, Waldo. *Mediação: métodos extrajudiciais de solução de conflitos*. Brasília: Editora MSD, 2004.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21

<http://www.cbmae.org.br>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>

Submissão: 01.setembro.2022

Aprovação: 17.setembro.2022

A EFETIVIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: TEMOS UMA SOLUÇÃO COM AS REFORMAS CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO?

*The Effectiveness of Tax Credit:
do we have a solution with the
constitutional reforms of the tax system?*

João Paulo Mendes Neto¹

José Jaime Dourado Junior²

ÁREA: Direito Tributário. Crédito Tributário.

RESUMO: O presente artigo aborda o tema “A efetividade do crédito tributário: temos uma solução com as reformas constitucionais do sistema tributário?”. Cuidam-se de breves reflexões sobre a usual forma de exigência do crédito tributário, representada pela execução fiscal, e os atuais “meios alternativos” de cobrança realizados pelo Fisco e seus impactos na órbita jurídica do contribuinte, notadamente à luz da Constituição Federal e do princípio do não confisco. Nesse sentido, deve ser aplicado ou não o incidente de desconsideração da personalidade jurídica – IDPJ na esfera tributária? É constitucional a averbação pré-executória introduzida pela Lei 13.606/2018? Há limite de duração para o protesto de CDA? Como devem ser aplicados os critérios do arrolamento de bens previstos na IN 1565/2015? O ICMS declarado e não pago enseja responsabilidade criminal? Enquanto isso a experiência estrangeira tem servido de exemplo

¹ Advogado. Ex-Conselheiro do CARF. Doutor em Direito Processual Tributário Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito. Coordenador de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Tributário e Processual Tributário e em Direito Público da referida Instituição. Professor de Graduação e Pós-Graduação.

² Advogado. Pós-graduando em Direito Tributário e Processual Tributário pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA).

para a desconstrução do que se entende pela indisponibilidade do crédito tributário, revelando que é possível buscar aplicar a cooperatividade para soluções consensuais de adimplemento do crédito tributário por meio de transações e até arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: crédito tributário. meios alternativos de cobrança do crédito tributário.

ABSTRACT: This article addresses the topic “The effectiveness of the tax credit: do we have a solution with the constitutional reforms of the tax system?”. Brief reflections on the usual form of tax credit requirement, represented by tax enforcement, and the current “alternative means” of collection carried out by the Tax Authorities and their impacts on the taxpayer’s legal orbit, notably in the light of the Federal Constitution and the principle of non-confiscation. In this sense, should the incident of disregard of legal personality (IDPJ) be applied or not in the tax sphere? Is the pre-execution registration introduced by Law 13.606/2018 constitutional? Is there a time limit for the CDA protest? How should the criteria for listing assets provided for in IN 1565/2015 be applied? Does ICMS declared and not paid give rise to criminal liability? Meanwhile, the foreign experience has served as an example for the deconstruction of what is meant by the unavailability of the tax credit, revealing that it is possible to seek to apply cooperativeness for consensual solutions for the payment of the tax credit through transactions and even arbitration.

KEYWORDS: tax credit. alternative solution for charging the tax credit.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do redirecionamento da Execução Fiscal por presunção de dissolução irregular. 3. Do arrolamento de bens. 4. Do incidente de desconsideração da pessoa jurídica. 5. Da averbação pré-executória. 6. Do ICMS declarado e não recolhido. 7. Da disponibilidade do crédito tributário. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é um recorte de um capítulo do livro *Reformas ou Deformas Tributárias e Financeiras* – por que, para que, para quem e como?, organizado pelos professores Fernando Scaff, Misabel Derzi, Onofre Batista Júnior e Heleno Torres, do qual tivemos a honra de participar.

Sabemos que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura aos cidadãos os direitos individuais basilares que compõem a pavimentação do ordenamento jurídico pátrio. O artigo 6º da Magna Carta, por sua vez, estabelece aos tutelados direitos sociais, coletivos, inerentes à sociedade como um todo, razão pela qual afirma-se que essas garantias são responsáveis por organizar o Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, é notório que os recursos do Estado são limitados e regrados pela Lei Orçamentária Anual, cuja função precípua é direcionar os recursos financeiros do país que ficam comprometidos a uma destinação específica pelo período nela definido.

Por certo, são os tributos os maiores responsáveis pela arrecadação do Estado, e é por meio desta receita que o Estado deverá garantir os direitos basilares dos cidadãos, contribuintes, havendo, contudo, limites para esta arrecadação, a qual não pode ser desenfreada, com uma suposta justificativa para “garantir direitos”, nem ser considerada indevida se o Estado deixar de garantir tais direitos.

Nos últimos anos, inúmeros são os estudos que visam demonstrar a ineficiência do instituto da Execução Fiscal no Brasil, e, como suposta resposta, várias medidas alternativas foram adotadas pelo Fisco com a razão última de arrecadar, buscando demonstrar uma maior rigidez aos contribuintes caracterizados como sonegadores ou devedores contumazes.

A pergunta que fica é: E o contribuinte de boa-fé? Aliás, má-fé, dolo, fraude etc, podem ser presumidas a ponto de justificar a mudança de comportamento das autoridades fiscais com o viés de cobrar sem observância dos princípios constitucionais tributários? E o crédito tributário, este pode ser negociado, considerado disponível?

Para que se possa compreender a possibilidade de disponibilidade do crédito tributário, se faz necessário apresentar o atual contexto de cobrança fiscal do crédito tributário e os “modernos meios alternativos” desta cobrança.

Vejamos.

Recentemente, várias questões inerentes aos meios alternativos de cobrança do crédito tributários vieram à tona, como: Deve ser aplicado ou não o incidente de descon sideração da personalidade jurídica – IDPJ na esfera tributária? É constitucional a averbação pré-executória introduzida pela Lei 13.606/2018? Qual a duração do Protesto de CDA há limites? Como devem ser aplicados os critérios do Arrolamento de bens previstos na IN 1565/2015? O ICMS declarado e não pago enseja responsabilidade criminal?

Perceba que se busca demonstrar que estes atos exemplificados, dentre outros, poderão causar em tese, no futuro, uma constrição ao patrimônio do contribuinte de maneira confiscatória ou trazer consequências que afronte a livre iniciativa prevista no artigo 170 da CF. Logo, não é apenas o ato em si de constrição, mas todas as medidas, se forem irregulares, requeridas pelo Fisco que prepararão para um futuro ato confiscatório que devem ser repudiadas, destacando que qualquer ato alternativo de cobrança que não possua amparo legal ou de legitimidade pode representar uma pena capital para o contribuinte (PF ou PJ), algo veementemente inaceitável pelo nosso ordenamento.

A defesa do primado da vedação ao confisco deve ser ampla, geral e irrestrita, desde que demonstrado que houve uma medida desleal no processo ou procedimento tributário. É isto que a Constituição Federal garante.

É isso que defendemos.

Por meio de uma interpretação sistêmica, integrativa, o magistrado perceberá que os limites constitucionais ao poder de tributar do Estado e, consequentemente, a caracterização de medidas confiscatórias não estão apenas no pagamento principal de tributos, mas nas multas, na atualização do débito, nas medidas preparatórias tributárias, nas obrigações acessórias, etc., devendo haver ampla proteção ao princípio da vedação ao confisco, podendo ser alegado em tese ou em medida procedimental/processual por ser uma garantia constitucional.

Quanto aos questionamentos hipotéticos acima, a intenção última é promover a reflexão do leitor, mas diante de um recorte metodológico, prudente se faz enfrentar, mesmo que de forma superficial, alguns exemplos ali destacados.

2. DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR

Quanto ao redirecionamento por presunção de dissolução irregular, poderá ser caracterizado um confisco, devendo o ordenamento proteger os cidadãos que solidariamente contribuem para a manutenção do sistema tributário.

A Súmula 435, do Superior Tribunal de Justiça, e a responsabilização da pessoa física do sócio se devem ter claros os pontos a seguir.

A súmula sedimenta entendimento do tribunal fundado em interpretação do art. 135 do CTN, que trata da responsabilidade pessoal, entre outros, do diretor ou sócio-gerente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A súmula tem o mérito de fazer referência a “sócio-gerente”, afastando a responsabilização do sócio que não influenciava no desenvolvimento das atividades da empresa ao tempo da dissolução.

Além disso, é imprescindível que se considere, como o próprio STJ vem fazendo, ser incabível, em nosso ordenamento, a figura da responsabilidade objetiva, isto é, o fato de a dissolução irregular acarretar o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente não implica que este necessariamente será condenado ao pagamento. Não! Apenas se, de fato, tiver agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder na forma do art. 135, III, do CTN é que será condenado. A súmula explícita, todavia, que é ônus dele, sócio-gerente, ilidir a presunção que agora pesa contra si. Deverá ele, portanto, fazer a prova (AgRg no REsp 1091371/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 5/11/2010). Nesse sentido é que se entende que a própria súmula pode ser invocada por ofender o princípio da vedação ao confisco, em tese.

Em outras palavras, a presunção de que se está tratando e a do caso em tela é relativa – comporta prova em sentido contrário; aliás, apenas isto pode garantir a segurança jurídica tão almejada em âmbito tributário.

Por fim, por mais que esteja implícita a ideia, nunca é demais ressaltar: quanto à possibilidade de “redirecionamento” da execução fiscal, significa dizer, por óbvio, que o Fisco deve sempre tentar obter a satisfação de seu crédito, de início, da própria sociedade, que é a devedora principal.

3. DO ARROLAMENTO DE BENS

Já no que se refere ao arrolamento de bens e responsabilidade tributária, tecemos as seguintes considerações.

O crédito tributário representa juridicamente a expressão nominal do direito de crédito que o Estado dispõe contra o sujeito passivo tributário (contribuinte ou responsável), direito este que revela um interesse público especial na medida em que o tributo constitui o preço que a cidadania paga para que o Estado promova a satisfação das necessidades coletivas.

A obrigação tributária, no bojo da qual nasce o crédito tributário, nada mais é que a estrutura formal desenvolvida no âmbito do Direito Privado, tomada de empréstimo pelo Direito Tributário para instrumentalizar o dever tributário de pagar tributos atribuídos a todos no Estado Democrático de Direito.

Criados para reforçar o cumprimento do dever tributário pelo sujeito passivo, os privilégios e garantias compõem a essência do regime jurídico do crédito tributário, são-lhe ínsitos e deles não se apartam. O crédito qualifica-se como tributário, entre outras razões, porque é dotado de privilégios e garantias que a ordem jurídica lhe assegura. Assumem a natureza de privilégios e garantias do crédito tributário todas as normas jurídicas que tenham o objetivo precípua de reforçar a possibilidade de realização do direito de crédito do Estado em matéria tributária. O arrolamento de bens está inserido neste contexto.

O arrolamento consiste em medida acautelatória dos interesses da Fazenda Pública. Trata-se de procedimento administrativo de acompanhamento do patrimônio do sujeito passivo que visa garantir o crédito tributário, mediante a identificação de possíveis situações de dilapidação patrimonial.

A finalidade da aludida medida é realmente de conferir maior garantia aos créditos tributários da Fazenda Pública, de valor significativo, com o objetivo declarado de garantir a futura suficiência de bens e direitos do sujeito passivo para a satisfação do débito fiscal.

Contudo, o arrolamento de bens só pode ser utilizado quando atendidos os requisitos legais atinentes a presunção de risco do crédito – crédito tributário igual ou maior que 30% dos bens declarados do sujeito passivo, nos termos na IN 1565/15.

O problema que se apresenta é que, uma vez gravados com o arrolamento os bens do sujeito passivo, a substituição fica condicionada a uma análise da RFB e ainda é necessária a feitura de avaliação oficial do valor do imóvel, o que implica em onerosidade totalmente ilegal. É inegável, portanto, a restrição ao direito de propriedade, pois há embaraço e ônus negocial, pecuniário e procedimental, logo uma possível afronta ao não confisco, sem mencionar nas formalidades exigidas pelos cartórios e departamentos de trânsito para o ato de desenvolvimento.

O gravame fica registrado na matrícula do imóvel e exposto na atividade comercial que o contribuinte realiza, havendo, portanto, sérios reflexos negativos em seu direito de propriedade somente pelo fato de estar sendo considerado como responsável de crédito tributário ainda em discussão administrativa. Não se pode admitir *prejuízo real* ao particular em razão de *garantia virtual* de um crédito tributário potencial, que pela própria dicção legal não está em risco.

Um dos elementos de definição do crédito tributário é a caracterização daqueles que devem compor o polo passivo da obrigação, ou seja, a sujeição passiva é elemento indissociável da definitividade do crédito como um todo, e, bem assim, de sua exigibilidade.

Por esse motivo, na aplicação do princípio da tipicidade tributária e com vistas à maior proteção de quem deve pagar o tributo, o sujeito passivo deve necessariamente ser definido em lei (CTN, art. 97, III).

O sujeito passivo direto é o contribuinte (CTN, art. 121, § único, I), ou seja, aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato típico prescrito na lei, seja vinculado ou não à atividade estatal.

O sujeito passivo indireto – ou responsável na definição legal (CTN, art. 121, § único, II), é aquele que, embora não seja contribuinte, pois não integra a relação contributiva natural, possui obrigação decorrente de disposição expressa de lei calçada em pressuposto fático específico, tendo como consequência responder pelo pagamento de tributo cujo inadimplemento tenha relação com o descumprimento daquele dever.

Nessas hipóteses, havendo ainda uma discussão assegurada constitucionalmente pelo duplo grau, quaisquer ônus, mesmo considerados meras indisponibilidades, já acarreta um confisco ao contribuinte/responsável não compatível com a livre iniciativa e princípios constitucionais.

4. DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Quanto ao IDPJ, apresentamos algumas considerações.

O incidente de desconsideração da pessoa jurídica é fruto da construção histórica da *disregard doctrine* e da constitucionalização do direito processual civil promovida pelo Código de Processo Civil de 2015.

É de conhecimento amplo que o Fisco, por intermédio das Procuradorias dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, mediante simples petição nos autos das execuções fiscais, requer o redirecionamento do feito executivo para a figura dos sócios, em muitas ocasiões sem qualquer fundamento legal ou jurisprudencial para tanto.

É bem verdade, por outro lado, a premissa de que a defesa do *executado*, em regra, deve ser exercida por meio de embargos à execução, após a prévia garantia do juízo executivo – art.16 da Lei nº 6.830/80.

Contudo, falsa é a conclusão supostamente decorrente dessa premissa, isto é, de que o IDPJ não poderia ser aplicado aos executivos fiscais, porque, se o fosse, estar-se-ia permitindo que o *executado* obtivesse a suspensão do processo sem a prévia garantia do juízo executivo e sem o manejo de embargos à execução ou de outra ação de conhecimento.

É necessário esclarecer que o equívoco da conclusão está na indevida definição da condição de executado àquele que consta no pedido de redirecionamento da execução. Isto porque, na verdade, esta pessoa, que poderá vir a sofrer os efeitos da despersonalização, por meio da extensão da responsabilidade tributária, é um mero *terceiro*, conforme exposto na primeira parte deste artigo, e, por não integrar a lide executiva na condição de *parte*, não pode ser previamente qualificado e nem equiparado *ao(s) executado(s)*, que estariam indicados no título executivo extrajudicial (CDA).

Em execução fiscal, a qualificação jurídica de *parte*, formalmente, só pode ser atribuída a quem conste no título executivo extrajudicial (CDA), na condição de *executado* ou *responsável tributário*. Se a pessoa afetada pela eficácia jurídica e patrimonial da desconsideração da personalidade jurídica não figura na CDA, não há título executivo apto a presumir a sua legitimidade passiva.

Trata-se, portanto, de um *terceiro* na lide executiva, que não pode ser equiparado *ao executado*, sob pena de quebra da isonomia, em clara inobser-

vância da exigência de tratamento paritário estabelecida pelo art. 7º do CPC, *in verbis*:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

No mais, ao que aparenta, um incidente claro e eficiente, tal como o IDPJ, evita **futuras alegações de nulidades**, o que, de resto, corrobora para a maior celeridade na solução do conflito de interesses e maior prestígio daqueles que seriam os macro princípios do processo civil – *Efetividade e Segurança Jurídica* (ÁVILA 2010) -, responsáveis por determinarem a adequada e lógica marcha do processo, tendente a pacificação das relações estremecidas e formação de decisão com o selo do Estado e com interessante caráter prospectivo, protetivo e chancelador dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, vale citar recente posição adotada pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0017610-97.2016.4.03.0000³, fixou orientação segundo a qual deve ser instaurado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, como garantia da ampla defesa e do contraditório de quem não figurou no processo administrativo fiscal e vem a responder por débitos de outro sujeito de direito (artigo 133 do CPC⁴). Eis a tese firmada, *in verbis*:

“Não cabe instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do Código Tributário Nacional (CTN), sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, artigo 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados”.

³ <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7877737>

⁴ Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Em que pese a forte divergência jurisprudencial sobre o tema, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a posição do TRF da 3ª Região merece destaque pela compreensão alcançada sobre a necessidade de se garantir, na execução fiscal, a partir do IDPJ, os princípios da ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, efetividade e isonomia, tão caros ao Estado Democrático de Direito. Se esse entendimento, para bem dizer vanguardista, firmado pelo referido Tribunal prevalecerá nas instâncias superiores do Judiciário não é possível dizer. Certo, porém, é que a iniciativa de compatibilizar valores e princípios constitucionais incorporados pelo CPC/15 com a Lei nº 6.830/80 é digna de nota.

A intenção última não é defender ou permitir que o IDPJ sirva de escudo ou blindagem ao adimplemento da obrigação tributária, mas que, por meio deste, possa haver maior proteção e garantia às partes da relação jurídica processual e até economizando ao Fisco honorários sucumbenciais de inclusões indevidas no polo passivo.

Pessoa Jurídica é pessoa jurídica. Pessoas físicas são pessoas físicas.

Repetimos, a presunção de responsabilidade só existe pela estrita legalidade tributária, o que não é dizer que se possa presumir condutas dolosas, por ofender todo o arcabouço do princípio de boa-fé e inocência existente no ordenamento jurídico brasileiro.

5. DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

Continuando, a título de exemplos se traz à discussão a Lei nº 13.606/2018, cujo conteúdo refere-se a um programa de regularização rural – PRR, mas que, isoladamente, no artigo 25, introduz os artigos 20-B, parágrafo 3º, II, e 20-E à Lei 10.522/2002, que prevê a possibilidade de averbar, mesmo antes da execução fiscal, a CDA nos órgãos de registro de bens e direitos, tornando-os indisponíveis para aquele contribuinte.

Quanto a este ponto, verifica-se que esta previsão não só é inconstitucional formalmente por estar inadequada à Lei Complementar e seu conteúdo destoar do objeto da Lei Ordinária em questão, mas também materialmente, pois o que se verifica é uma não observância ao princípio da legalidade de se cobrar tributo por meio de uma execução fiscal, sem utilizar de instrumentos que caracterizem sanções políticas ou medidas coercitivas, já amplamente vedadas pelo STF.

Não se desconhece o entendimento adotado pela Suprema Corte nas ADIs 5.881, 5932, 5.886, 5.890, 5.925 e 5.931, permitindo a averbação e obstando a indisponibilidade de bens diretamente pelo Fisco. Todavia, mesmo naquela Egrégia Corte o julgamento não foi unânime, o que demonstra a controvérsia significativa da matéria. Se, por um lado, ao Supremo Tribunal Federal compete dizer qual o Direito em última instância, por outro, no espaço acadêmico prevalece o debate científico.

Nesse passo, inovações legislativas tendentes a albergar de maneira desarrazoada a pretensão do Fisco ou a permitir que a Fazenda Pública atue ao arrepio da reserva da jurisdição são perigosas. O dispositivo questionado em sede de controle de constitucionalidade fez tábula rasa da Constituição ao diminuir a garantia de acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, de maneira que, em nosso sentir, a tutela promovida pelo Pretório foi demasiadamente comedida.

A Administração Pública não é infalível, longe disso, tanto que a lei lhe permite fiscalizar a correção de seus próprios atos administrativos (Lei nº 9.784/99, artigo 53), isso quando o controle, não raro, é realizado pelo Estado-juiz, mediante pretensão aforada pelo contribuinte lesado. Ao maximizar o exercício da autotutela pelo Estado, como o fez com os artigos 20-B, § 3º, II e 20-E, acrescidos à Lei 10.522/2002, o legislador terminou por transferir para o cidadão o ônus de combater a pesada e muitas vezes injusta mão estatal, com todo o ônus daí decorrente, sobretudo de tempo, de dinheiro, em prejuízo do primado da isonomia e do princípio republicano, por isso se afirma que as normas citadas não tratam de interesse público, mas de arbítrio disfarçado, resultante, em última análise, na odiosa e repugnante prática do confisco – tudo com o fito de se promover a primazia do crédito tributário.

É nesta deslealdade legislativa que o contribuinte se encontra, buscando no Poder Judiciário uma salvaguarda de suas garantias e direitos fundamentais.

6. DO ICMS DECLARADO E NÃO RECOLHIDO

Por falar em sanção política, o último ponto a ser destacado é a possibilidade de incriminar sujeito passivo que declare o ICMS e não o recolha.

Se estivéssemos a tratar de contribuição previdenciária de terceiros, onde a fonte pagadora retém dos seus colaboradores a referida contribuição e recolhe

em nome destes, o não recolhimento, nesta hipótese, configura apropriação indébita, mas dizer que a mesma sistemática se aplica ao ICMS é desconhecer a forma de apuração como conta corrente, onde em um mês pode haver débito, mas nos seguintes créditos. Como conceber responsabilidade criminal, dolo ou fraude nesta hipótese? Mas de forma bastante incoerente, se houver o pagamento a qualquer tempo, mesmo após a coisa julgada, haverá a extinção de punibilidade (STJ, HC 362.478, Rel. Ministro Jorge Mussi⁵), logo não pode ser outra a conclusão a não ser que este tipo de medida representa uma forma coercitiva de cobrar tributo.

No dia 18.12.2019, o pleno do Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do Recurso nº 163.334 em Habeas Corpus, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, que trata do ICMS declarado e não pago como hipótese de enquadramento no tipo penal de apropriação indébita – art. 2º, II da Lei 8.137/1990. Desde o início do mês, a mais alta Corte do país já formava maioria de votos no sentido do relator, que criminalizou a conduta “quando houver intenção”, isto é, o elemento doloso.

A tese fixada de criminalizar o ICMS declarado e não pago pelos demais ministros equiparou o ICMS ao empregador que retém um tributo de seu empregado deixando de cumprir com seu dever legal de recolhimento em nome deste. Não houve distinção de qual tipo de ICMS foi vinculado à apropriação indébita. Certo é que para o ICMS – ST, onde há uma substituição tributária do recolhimento deste tributo por um sujeito da cadeia econômica que tem o dever legal de assim agir, há possibilidade de enquadramento no tipo penal do art. 2º, II da Lei 8.137/1990.

E o ICMS próprio? Pode ser tratado com este mesmo entendimento?

Pensamos que não e ousamos discordar com a máxima vênia da decisão proferida neste julgado do STF.

Me reconforto em ver que não estou só e mal acompanhado nesta forma de pensar. Muitos juristas e professores também discordaram do STF neste ponto.

O Professor Fernando Facury Scaff (SCAFF, 2019), em recente manifestação sobre o tema do ICMS próprio, assim destacou: “A apuração do *ICMS próprio* se assemelha a uma *conta corrente* com o fisco. Não existe certeza de que ao final do mês haverá ICMS a pagar – em um mês pode ser ter um débito e no seguinte um crédito que supera o débito do mês anterior”.

⁵ https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-27_08-31_Pagamento-a-qualquer-tempo-extingue-punibilidade-do-crime-tributario.aspx

E continua, “Acredito nas boas intenções de todos os ministros que votaram pela criminalização da conduta, porém a norma existente desde o remoto ano de 1990 (artigo 2º, inciso II) jamais contemplou esse tipo de interpretação acerca do ICMS próprio, e sua estrutura não permite a análise incriminatória neste regime tributário”.

A bem da verdade, entendo que este julgado do STF formalizará uma medida atípica e coercitiva de cobrar tributo. O inadimplemento pelo contribuinte de ICMS declarado abrirá a possibilidade de o Fisco encaminhar a cobrança para uma representação penal, onde o contribuinte, para não ser preso, terá a opção de suspender a medida com um parcelamento ou extinguir a punibilidade com o pagamento integral do tributo. Ora, se o pagamento do ICMS extingue a punibilidade, o que temos é um meio arbitrário de se cobrar tributo.

Muito embora o STF tenha destacado a necessidade de comprovar o dolo, nos questionamos se neste caso poderá haver uma presunção da conduta dolosa do contribuinte para enquadramento no referido tipo penal?

Já pensou?

No nosso entender a mera declaração do ICMS e o seu não recolhimento não gera o lançamento do crédito tributário (forma de constituir o valor a ser cobrado), mas, agora, gerará uma pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa.

Fato é que se precisa de maior segurança jurídica, pois a criação, pelo STF, de um tipo penal que inexistente só trará consequências negativas ao “devido processo tributário” e às relações comerciais no país.

Como apresentou o Professor Saul Tourinho Leal, “é necessário preservar o estatuto constitucional de proteção dos contribuintes” (LEAL, 2019) - e a novela parece longe do fim; esta matéria, certamente, será rediscutida no Supremo.

7. DA DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Até aqui se buscou demonstrar os problemas que existem com a cobrança fiscal “tradicional”, por meio da execução fiscal, e a insegurança jurídica que surge com os “meios alternativos” de se cobrar tributo.

Infelizmente a PEC 45 em trâmite na Câmara dos Deputados e a PEC 104, discutida no Senado Federal, ou as mais atuais que estão surgindo não se debruçam sobre estes pontos tão delicados e importantes. O que se veem são propostas

de mudança de competência, simplificação, unificação de tributos com o teórico fundamento de eficiência, mas de que adianta buscar mudar ao arrepio do federalismo fiscal que deveria ser resguardado no atual sistema tributário brasileiro juntamente com princípios fundamentais?

Reformas infraconstitucionais, pontuais e diretas, direcionadas onde mais se precisa trarão maior eficiência para o Fisco e segurança aos contribuintes.

Nesse sentido, questiona-se sobre a possibilidade da disponibilidade do crédito tributário privilegiar o “bom contribuinte” e tornar a cobrança mais eficaz.

Pensamos que a resposta deva ser positiva e de fundamental importância.

Para que se possa compreender este cenário, importante tecer algumas considerações sobre o ato de se negociar ou transacionar.

No entendimento de Marcelo Polo (POLO, 2017),

Transação é instituto jurídico dito plural, porquanto previsto ou aplicável nos mais diversos ramos ou sistemas (e microssistemas) do Direito, tendo como origem e campo de excelência o Direito Privado, diante dos cânones da autonomia privada e da disponibilidade do direito de crédito. É conceituada, de modo amplo, como o acordo das partes para a resolução de um conflito, conflito esse que pode envolver direitos ou situações jurídicas de qualquer natureza. Deve, pois, haver conflito, ou seja, litígio, direito de uma parte que encontra resistência na observância (direito real), na submissão (direito potestativo) ou no cumprimento da prestação (direito obrigacional) pela outra parte. Não é necessário que o litígio esteja judicializado: a transação pode ser extrajudicial. Se ocorrer no âmbito do processo judicial, será objeto de homologação pelo juiz da causa, provocando a solução da lide com resolução de mérito (art. 487, inciso III, alínea “b”, CPC).

Nesse sentido, a transação tributária nasce com a previsão de norma geral, observada a exigência do artigo 146, inciso III, alínea “b”, da CF/88, e do artigo 171 do CTN, possibilitando a criação de lei específica para estabelecer requisitos e critérios desta transação.

A título de reflexão, Mello Filho, 2016, expõe a realidade federal nos Estados Unidos:

Há estudo estatístico do IRS que demonstra, quanto às ofertas recusadas pelo Fisco norte-americano que, em 44% dos casos, arrecadou-se menos que 50% do valor ofertado; em 31% dos casos, a arrecadação pelos meios

ordinários foi inferior a 10% do valor ofertado em transação não concluída; ao passo que nada foi arrecadado em 21% dos casos de recusa de proposta transacional.

Quanto à disponibilidade do crédito tributário, destaca-se a verificação do porquê um bem tutelado se torna “indisponível”. O crédito tributário, isto é, um meio para garantia de direitos fundamentais, conforme exposto acima, pode ser considerado indisponível ou é o direito fundamental que este deve assegurar ao verdadeiro bem jurídico que poderia gozar de uma indisponibilidade?

Não se defende que um agente fiscal possa negociar o crédito tributário como se estivesse em um leilão ou feira de mercado, mas que este possa dispor para transacionar o crédito em si para aperfeiçoar os meios de arrecadação, ao mesmo tempo que o contribuinte-devedor tenha uma forma mais justa e segura de se pagar tributo.

Se poderia, então, pensar em dispor do crédito tributário para conceder descontos para o contribuinte que recolha em dia o tributo. Será que isso não privilegiaria a tão almejada livre concorrência, segurança no valor a ser pago e incentivo à adimplência ou boa-fé na relação Fisco – Contribuinte?

Nossa história desde 2009, em âmbito federal, com os parcelamentos especiais (REFIS) privilegia o contribuinte inadimplente e torna a vida do Fisco mais complicada, pois são inúmeras regras pontuais destes parcelamentos sem o sistema da SRFB ou PGFN que os acompanhem, gerando inúmeros problemas operacionais e de segurança para ambas as partes.

Até quando se privilegiará o conseqüente ao invés do antecedente, isto é, até quando se dará descontos para o inadimplente pagar o seu atrasado com condições mais benéficas daquele que paga em dia?

Pensamos ser mais interessante beneficiar o pagamento em dia do tributo ou o pagamento antecipado, concedendo descontos do principal. Será melhor ter uma adimplência de 90% do tributo por um eventual desconto de 10% concedido ou uma inadimplência de 75% do tributo, pois apenas 25% dos contribuintes pagam 100% daquilo que era devido?

Este ponto merece maiores reflexões e não é em um breve artigo que se busca exauri-lo, mas um alerta deve ser deixado, pois as Reformas Constitucionais não passam sequer de longe nesta temática.

Apesar de inexistir expressa conceituação legal no ordenamento brasileiro a respeito da locução “direitos indisponíveis”, pode-se dizer que existe uma compreensão generalizada no sentido de se tratar de uma especial categoria de direitos cujo interesse público de efetiva proteção torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares. A marca da indisponibilidade, assim, revelaria uma legítima opção intervencionista do Estado no campo das liberdades individuais e sociais no sentido de, paradoxalmente, por via de vedações ou restrições do exercício de certos direitos ou interesses, protegê-los contra lesões ou ameaças provenientes de seus próprios titulares ou de terceiros (VENTURI, 2016).

Corroborando a isto, os autores Antônio Américo Junior, Clarice Santos e Matheus Ferreira defendem:

Há entendimento, inclusive, de que mesmo tratando de negócio processual que envolva aspectos de direito material, como, por exemplo, em uma transação envolvendo a Fazenda Pública, esta não estaria dispondo do interesse público, mas, em verdade, da tutela jurisdicional deste, buscando uma via alternativa para protegê-lo (TALAMINI, 2018, p. 293).

Ainda sobre a dicotomia entre direitos que admitam autocomposição e a polêmica indisponibilidade do interesse público, afirma-se que a adoção desta última como parâmetro para limitar as convenções processuais se mostra cada vez mais insuficiente em razão do seu caráter abstrato. Portanto, há uma tendência de superação do antagonismo entre público e privado no modelo de processo cooperativo (CABRAL, 2018, p. 217), de forma que as hipóteses nas quais não cabe autocomposição estão cada vez mais restritas.

Destaca-se, portanto, a conclusão de que a problemática relativa à celebração de negócios processuais pela Fazenda Pública não mais deve ser pautada na possibilidade, mas sim no modo como será exercida a liberdade negocial concedida pelo art. 190 (CIANCI; MEGNA, 2017, p. 672). Tal afirmação se reflete, como visto, na existência de diversos atos normativos editados pela própria Fazenda, disciplinando exatamente o modo como serão confeccionados os negócios processuais pelos seus membros, sequer questionando a possibilidade de realização destes. (AMÉRICO JÚNIOR, 2020).

Para evidenciar a real situação do Brasil, quanto ao tema, a Professora Liliâne Cisotto ensina:

De acordo com dados extraídos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Brasil tem R\$ 1,5 trilhão de reais em créditos tributários estacionados na dívida ativa que necessita de respostas às demandas para os contribuintes e, por conta disso, empresas deixam de ter lucros, comprometem suas provisões e, inclusive, travam possíveis vendas para investidores. Fazendo um comparativo, verifica-se que o atual cenário econômico brasileiro é semelhante ao de Portugal quando aquele país instituiu a Arbitragem Tributária, em 2011. Naquela época, Portugal tinha endividamento de 93% do produto interno bruto (PIB), conforme dados apresentados pela professora portuguesa Tania Carvalhais Pereira, no evento Arbitragem tributária – Experiência portuguesa e desafios para implantação no Brasil, ocorrido em 19 de setembro de 2017 na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, e detalhado por Thatiane Piscitelli no jornal Valor Econômico. No Brasil, relatam, há endividamento de 74% do PIB. Àquela época, em Portugal havia também a impossibilidade de obtenção de empréstimos internacionais e a necessidade urgente de reduzir despesas e arrecadar receitas. Assim, verificaram que uma forma de contribuir para a melhora desse cenário seria pela flexibilização da relação entre o fisco e os contribuintes por vias alternativas para dirimir problemas; assim, elegeram a Arbitragem por sua celeridade, seriedade e pelo fato de seus árbitros serem técnicos altamente qualificados, observando que não necessariamente deveriam ter formação jurídica.

No Brasil, o administrador não tem a faculdade de concretizar transações com qualquer bem público, e o próprio conceito trazido por Hely Lopes Meireles e por Paulo de Barros Carvalho inclui nesses bens o crédito. Ademais, diante do princípio da indisponibilidade advindo do Direito Administrativo e nos termos dos artigos 141 e 1717 do Código Tributário Nacional, só haveria flexibilidade de discussão caso existisse lei permissiva, o que ainda não há em nosso ordenamento. Doutrinadores como Heleno Taveira Torres entendem que deve haver disponibilidade do crédito tributário pelo fato de poder haver redução por decisão judicial, e há também os que entendem que seria dispor do crédito o fato de a administração utilizar-se de parcelamentos especiais com grandes descontos em multas e juros; nesse contexto, estariam abrindo mão do crédito? Parece-nos que não. (CISOTTO,2019).

A experiência de outros países é ainda mais interessante e eficaz. Na França e Portugal, por exemplo, se fala em arbitragem tributária como um meio alternativo de se cobrar tributo.

A professora e Conselheira do CARE, Thais Laurentis (LAURENTIS, 2019), defende:

Nesse cenário, embora possa ser interessante, em termos de segurança jurídica dos gestores, a edição de lei ordinária para regular a arbitragem entre contribuintes e Fazenda Pública, formalmente ela seria desnecessária, uma vez que, não havendo regra específica que proíba a arbitragem para as questões aqui vislumbradas, não pode o Estado ficar impedido de utilizar a arbitragem 81. Essa, sublinhe-se, é uma dentre as várias formas de solução de controvérsias que podem ser adotadas, não só podendo, mas devendo ser utilizada pela Administração Fiscal para as situações que entender adequadas, mediante a devida motivação para tanto.

Elton Venturi (2016) corrobora:

De tudo o quanto exposto, concluímos que solução interessante para o entrave acerca a arbitrabilidade objetiva no bojo do direito tributário seria submeter ao juízo arbitral não as questões propriamente tributárias (sujeito passivo, base de cálculo etc.), mas sim questões prejudiciais que sejam determinantes à solução das demandas fiscais, geralmente afetas às outras áreas do conhecimento jurídico (civil, comercial etc.) ou extrajurídico (contábil, econômico etc.). Estas últimas, mais distantes do núcleo da ordem pública, não oferecem empecilho à contratação da arbitragem, como bem observado pela doutrina francesa. Não buscamos com essa proposta solucionar definitivamente a discussão relativa a toda a extensão do “direito público disponível em matéria tributária” que poderia ser objeto de arbitragem, que ainda é passível de ampla evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa. O nosso foco é, isso sim, trazer nova proposta de solução e contribuir com o debate, indo além dos trabalhos que se esgotam na discussão conceitual sobre a possibilidade ou não da utilização da arbitragem no campo fiscal, muitas vezes tendo como mira a experiência bem-sucedida do ordenamento jurídico português.

Assim sendo, é natural que a mudança de paradigma e do próprio sistema tributário forneça fundamentos mais fortes para a consensualidade ou cooperatividade no âmbito processual judicial e administrativo ou até de cobrança sem o efetivo litígio, onde já se vislumbram inúmeras possibilidades de transação em diversas searas do Direito Público (SCHENATO JÚNIOR, 2019).

Continua Schenato Júnior,

A consequência lógica é a de que a adaptação do processo em função das peculiaridades dos casos concretos, das condições econômicas do contribuinte, da região e da ponderação de interesses é meio adequado para

facilitar a recuperação de créditos inscritos em dívida ativa e promover, por fim, a pluralidade de interesses públicos.

8. CONCLUSÃO

A finalidade central deste artigo, após demonstrar o atual contexto utilizado pelo Fisco como meios alternativos para a cobrança de tributo, foi buscar apresentar e defender que o crédito tributário não pode ser limitado por uma suposta indisponibilidade deste. É dever do Estado e direito dos contribuintes se buscar aplicar a cooperatividade para soluções consensuais de adimplemento do crédito tributário por meio de transações e até arbitragem, amplamente previstos com o Código de Processo Civil de 2015.

Mesmo havendo uma ineficiência de prestações positivas pelo Estado para garantia dos direitos fundamentais, por uma desorganização arrecadatória tributária, não poderá este mesmo Estado deixar de observar as garantias constitucionais da vedação ao confisco que deve ter ampla extensão e proteção, ainda assim considerando as inovadoras medidas alternativas de cobrança do crédito tributário que podem ser mais eficazes e legítimas com a efetiva participação dos contribuintes, tornando o procedimento e o processo mais leal e de boa-fé para credor e devedor.

Estamos bastante otimistas com o recente cargo (em 24/05/2022) como Presidente da PEC 007, assumido pelo deputado paraense Joaquim Passarinho, que visa a alteração do Sistema Tributário Nacional, na esperança de que pontos relevantes como estes, dentre outros, serão debatidos e colocados em pauta para o aperfeiçoamento da relação fisco-contribuinte.

Entendemos, contudo, que o sistema tributário, para se tornar eficaz, não precisa de reformas constitucionais abrangentes - seria excelente se conseguíssemos -, mas de reformas pontuais em institutos e processos, como os apontados neste artigo, a fim de se privilegiar, ambos, Fisco e Contribuinte, que devem convergir a um fim de justiça social fiscal comum.

Este cenário já seria promissor.

Qualquer outro olhar que não considere as peculiaridades regionais e a necessidade do país de se desenvolver não passará de uma deforma do sistema tributário como todo.

REFERÊNCIAS

AMÉRICO JÚNIOR, Antônio.; SANTOS, Clarice; FERREIRA, Matheus. A Fazenda Pública Diante dos Negócios Jurídicos Processuais. In. BOTINELLY, Luhana e NÓVOA, Victor. (Orgs.). *LAJUPA, 5 anos de um novo ensino jurídico: coletânea de artigos de membros da liga acadêmica jurídica do Pará*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CISOTTO, Liliane. A experiência portuguesa na Arbitragem Tributária e a viabilidade de replicá-la ao Brasil. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo* | vol. 18/2019 | p. 89 - 117 | Maio - Jun / 2019 DTR\2019\32091.

LAURENTIIS, Thais. Arbitragem de Questões Prejudiciais aos Litígios Tributários: Uma Solução com base no Direito Brasileiro e Francês. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo* | vol. 17/2019 | p. 79 - 113 | Mar - Abr / 2019 DTR\2019\26081.

LEAL, Saul Tourinho. *Sobre o Julgamento do Recurso nº 163.334 em Habeas Corpus no STF*. Disponibilizado no portal eletrônico LinkedIn. < https://www.linkedin.com/posts/saul-tourinho-leal-13691393_quarta-feira-1812-a-partir-das-14h-o-activity-6612313396375244801-fDP3. > Acessado em 18 dezembro 2019.

MELO FILHO, João Aurino de. *Racionalidade legislativa do sistema de resolução de conflitos tributários: desjudicialização e democratização [execução fiscal administrativa, harmonização de instâncias, transação e arbitragem tributária] como fundamentos de um sistema racional [jurídico, lógico, eficiente e ético] de resolução de conflitos tributários*. Dissertação [Mestrado] – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Santo Ângelo, 2016.

POLO, Marcelo. A transação no contexto da cobrança do crédito tributário: possibilidade e limites. *In Justiça Fiscal. Revista eletrônica SinproFaz*. Agosto 2017.

SCAFF, Fernando Facury. *O erro do STF: Inadimplência do ICMS próprio não é apropriação indébita*. Disponibilizado no Portal Jurídico Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/justica-tributaria-inadimplencia-icms-proprio-nao-apropriacao-indebita>. > Acessado em 18 dezembro 2019.

SCHENATO JUNIOR, Carlos Alberto. *Perspectivas sobre a negociação jurídica processual pela Fazenda Pública Nacional: Alternativas pela autocomposição processual na recuperação de créditos inscritos em dívida ativa*. Arquivo Virtual do PPGD CESUPA. Acessado em 28 dezembro 2019.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *In Revista de Processo* | vol. 251/2016 | p. 391 - 426 | Jan / 2016 DTR\2016\63.

Submissão: 30.setembro.2022

Aprovação: 19.outubro.2022

PÓS-MODERNIDADE, DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS¹: PARA ONDE CAMINHA O DIREITO DO TRABALHO?

Paulo Cesar Baria de Castilho²

ÁREA: Direito Trabalhista. Direitos Humanos. Direitos Sociais.

RESUMO: O presente artigo discute as relações entre Direitos Humanos e Sociais e o Direito do Trabalho pela perspectiva da Pós-Modernidade. Ao vivermos na contemporaneidade o apogeu do conhecimento acumulado, após termos testemunhado os grandes avanços científicos e tecnológicos dos últimos dois séculos. Ao adotarmos uma perspectiva de a Pós-Modernidade ser um conceito ainda em construção enquanto construto social, e que o recorte histórico é complementando pela mudança na leitura metodológica para análise de um homem cuja gênese mantém-se, levamos a reflexão do papel de tais mudanças no ambiente do trabalho, seja com o já consagrado Teletrabalho, seja com o trabalho no Metaverso. Para tanto, fazemos uso do conceito de Direitos Humanos (ONU, 1948). Assim, nossa análise se detém nos desdobramentos que a aplicação dos Direitos Humanos tem no Direito do Trabalho na sociedade contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-Modernidade, Direitos Humanos, Direito do Trabalho, Teletrabalho, Metaverso.

ABSTRACT: This article discusses the relationship between Human and Social Rights and Labor Law from the Post-Modern perspective. As we live in the contemporary world, the apogee of accumulated knowledge, after having witnessed the great scientific and technological advances of

¹ Palestra proferida na Universidade de Coimbra, Portugal, em 24 de fevereiro de 2022, no curso de pós-graduação em Direitos Humanos e Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário.

² Advogado. Mestre em Direito Tributário e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Coimbra, Portugal.

the last two centuries. By adopting a perspective that Post-Modernity is a concept still under construction as a social construct, and that the historical cutout is complemented by the change in the methodological reading for the analysis of a man whose genesis remains the same, we reflect on the role of such changes in the work environment, whether with the already established Telework or with the work in the Metaverse. To this end, we make use of the concept of Human Rights (UN, 1948). Thus, our analysis focuses on the consequences that the application of Human Rights has on Labor Law in contemporary society.

KEYWORDS: Post-Modernity, Human Rights, Labor Law, Telework, Metaverse.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Pós-modernidade: um conceito em aberto. 1.1. Os efeitos psicológicos da pós-modernidade: do teletrabalho ao metaverso. 2. Direitos humanos: a necessidade de um conceito concreto. 2.1 Direitos humanos ao trabalho e no trabalho. 3. Pêndulo da história: direitos sociais em época de ultraliberalismo. 4. Para onde caminha o Direito do Trabalho? 5. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Vivemos a chamada Era do Conhecimento. E *conhecimento é poder*, como já advertia Francis Bacon em 1620.³ Sem conhecimento os britânicos imperialistas não teriam conseguido explorar milhões de pessoas na Índia por 200 anos. O conhecimento foi o diferencial.⁴

Na verdade, vivemos o apogeu moderno do conhecimento acumulado ao longo dos milênios da humanidade sobre a Terra, desde o surgimento do *Homo Sapiens* e, daqui um tempo, devemos ter consciência disso, a sociedade atual poderá ser tida como reacionária e bárbara: “Aqueles crianças da África do século XXI ainda morriam de desnutrição?” Que coisa horrível. Ou ainda, os humanos daquela época ainda se reproduziam por meio do sexo natural? Eles confundiam sexo, prática de diversão sensual, com a criação da vida humana? Ora, a

³ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*. 19ª ed. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017, p. 270.

⁴ HARARI, *Sapiens*, p. 310.

criação da vida humana é coisa séria e que deveria ser feita em laboratório, com todas as técnicas disponíveis, no melhor estilo ditado pela ficção áspera e certeira do escritor inglês Aldous Huxley na década de 1930.⁵

Antes de nós, outros também vivenciaram sua experiência neste mundo. Com menos recursos tecnológicos, o homem desgastava mais o seu corpo físico para viver e sobreviver, dia a dia. Tinha que correr e se esconder das feras que dominavam o planeta, habitar cavernas, criar estratégias de caça para abater os animais mais fortes e, necessariamente, se socializar para se defender. E isso nos fez crescer.

Os grandes inventos da humanidade, os grandes avanços na área da pesquisa científica e sociológica, só foram possíveis porque os seus inventores são como “anões em pé nos ombros de gigantes” e assim puderam enxergar mais longe, como afirmou Isaac Newton⁶. O conhecimento vai se acumulando ano a ano, século a século e é transmitido inicialmente pela tradição oral e, depois, também pela escrita, que registra os acontecimentos e descobertas que são repassados sucessivamente e transformados no decorrer do tempo.

Desde que Prometeu roubou o fogo do Olimpo para dar aos Homens (o fogo representava a sabedoria das Ciências e a praticidade das técnicas), nos apropriamos do conhecimento que, acumulado por gerações, é capaz de produzir progresso. E, conhecimento acumulado é absolutamente necessário num mundo capitalista que depende que a engrenagem da economia continue girando e consumindo bens e serviços.

Inventar novas coisas, produzir mais a cada dia, é uma necessidade desse modelo socioeconômico que ainda domina o mundo. E nisso a tecnologia ajuda bastante. Mas “O grande problema da produção capitalista não é mais o de encontrar produtores e decuplicar forças, mas descobrir consumidores, instigar seus apetites e criar-lhes necessidades factícias.”⁷

Para Steve Jobs, o mago das invenções tecnológicas, isso também não é mais um problema. Basta entender o consumidor profundamente e criar o produto

⁵ HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 22ª ed. Tradução: Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Editora Biblioteca Azul, 2017.

⁶ KEVIN, Ashton. *A história secreta da criatividade*. Tradução: Alves Calado. Rio de Janeiro: Sextante, 2016, p. 134.

⁷ LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. Tradução, apresentação e notas Alain François. São Paulo: Edipro, 2016. p. 71.

que ele deseja, independentemente de suas necessidades.⁸ Assim, o mercado cria a necessidade para que as pessoas comprem a ideia e continuem o ciclo vicioso do consumismo desenfreado.

Diante de um funcionário público com má vontade para resolver um problema burocrático, há um jargão popular que diz que ele “cria dificuldade, para vender facilidade.” Steve Jobs criou necessidade para vender Iphone. Dura realidade do mercado tecnológico, altamente competitivo. Pense bem. A sociedade vivia sem celular. Mais ou menos feliz. Não havia necessidade desse aparelhinho infernal. A vida acontecia sem ele. A pergunta é: precisamos do Iphone para viver? Claro que não. Mas a tecnologia, que traz diversas facilidades para a vida cotidiana é apenas parte do processo e da técnica, do fogo roubado por Prometeu. O que não precisamos é da dependência excessiva de tais aparelhos eletrônicos. Disso temos que nos livrar.

1. PÓS-MODERNIDADE: UM CONCEITO EM ABERTO

Em termos históricos, ainda é prematuro afirmar que se vive uma pós-modernidade, enquanto fenômeno social que sucede ao período já delimitado pela historiografia como “modernidade,” que teve seu apogeu científico com a Teoria da Relatividade proposta em 1905 por Albert Einstein e, depois, amplamente desenvolvida no século XX.⁹

No campo econômico, foi a *fábrica fordista* o maior ícone da modernidade, baseada no modelo *panóptico* de vigilância e que “reduzia as atividades humanas a movimentos simples”.¹⁰ A riqueza estava concentrada em prédios, fábricas, equipamentos e tudo o quanto fosse sólido o bastante para impor o novo modo de Império sobre os humanos, deixando bastante claro onde estava centralizado o poder. Mas nada dura para sempre.

Com o “derretimento dos sólidos” ao longo do século XX, cunhou-se o conceito provisório de pós-modernidade, que se manifesta numa relação cambiante entre espaço e tempo, originando aquilo que Zygmunt Bauman denominou de “insti-

⁸ ISAACSON, Walter. *Steve Jobs, as verdadeiras lições de liderança*. Tradução: Berilo Vargas. São Paulo: Editora Potfolio – Penguin, 2014, capítulo 6.

⁹ ROCHA, Adriana Magalhães. *Pós-modernidade, ruptura ou revisão*. São Paulo: Editora Cidade Nova, 1998, p. 25.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 37.

tuições zumbi”, que estão “mortas e ainda vivas”, tais como o casamento, a família e o próprio Estado, que não escapam dessa transformação provocada por esse mundo líquido, cujos conceitos devem ser readequados em outras classificações sociológicas.¹¹ “Hoje em dia o mundo inteiro é uma história transitória.”¹²

A pós-modernidade reflete, portanto, um corte na história feito pelos cientistas sociais, que diferenciam este tempo de outro anterior, mas que, necessariamente, dele é sua continuação cronológica.¹³ A ruptura é apenas metodológica, para fins de estudo, mas o homem ainda é o mesmo, transformado pelo seu tempo. Sua gênese é a mesma, feito do barro ou de uma mega explosão ocorrida no espaço sideral.

Neste período histórico considerado como pós-modernidade, o Estado também não é mais o mesmo que se conhecia. Há conglomerados multinacionais que são maiores que muitas nações e acabam impondo condições de negócios que atendam seus interesses em troca de migalhas. São empresas organizadas em pequenos estados¹⁴, o que, em uma visão histórica, não é nenhuma novidade para os ingleses e holandeses, que criaram as Companhias Marítimas a caminho das Índias no século XVII.

No contexto atual, o Estado passou a ser apenas um instrumento nas mãos da classe dominante e se tornou a república dos negócios: “Esse processo não significa, de nenhum modo, o desaparecimento do Estado, mas sim sua privatização, sua transformação no que James Galbraith chama de *Corporat Republic* e que se poderia traduzir como a República dos negócios.”¹⁵ E um dos resultados perversos disso é o efeito São Mateus profetizado na Bíblia¹⁶, que segundo os

¹¹ BAUMAN, *Modernidade*, p. 13-16.

¹² TOFFLER, Alvin. *O choque do futuro*. Tradução: Eduardo Francisco Alves. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1970, p. 16.

¹³ ROCHA, Adriana Magalhães. *Pós-modernidade, ruptura ou revisão*. São Paulo: Editora Cidade Nova, 1998, p. 55. Diz a autora: ... *as questões da pós-modernidade são extremamente pertinentes a todos nós, porque elas falam da condição do homem de hoje... sobre todo o acervo de vida que trazemos como fruto de nossa história*.

¹⁴ A multinacional Meta, proprietária do Face Book, num só dia de especulação perdeu valor equivalente ao Produto Interno Bruto - PIB de Portugal no ano de 2021, segundo dados do Fundo Monetário Internacional - FMI. *Facebook perde US\$ 251 bi e derruba ações em Wall Street*. Jornal Folha de São Paulo/Uol: Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/02/dolar-sobe-mesmo-apos-copom-elevar-selic-e-bolsa-tem-correcao.shtml> > . Acesso em: 05.fev.2022.

¹⁵ SUPLOT, Alain. *O espírito de Filadélfia. A justiça social diante do mercado total*. Tradução: Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 37.

¹⁶ BÍBLIA SAGRADA: Evangelho Segundo São Mateus Capítulo XXV, versículo 29: *A quem tem muito será dado e ele viverá na abundância, mas a quem nada tem tudo lhe será tomado, mesmo o que ele já possuía*. É a mesma situação do pobre que *não tem nada* (de bens materiais), sentado em frente

especialistas trata-se da “capacidade dos fortes serem os primeiros beneficiários dos dispositivos que pretendem melhorar a sorte dos fracos.”¹⁷

A política ultraliberal do Estado levará, cada vez mais, a uma concorrência desleal entre a legislação fiscal e social, desaguando no chamado “Estado Casinô”,¹⁸ no qual quem der mais leva. Os países em “desenvolvimento” sempre se submeterão às regras impostas pelas grandes corporações econômicas para receberem investimentos, na maioria das vezes voláteis, que vão de um paraíso fiscal ao outro pelo simples apertar de uma tecla no computador. Simples assim.

A concorrência num sistema capitalista saudável deve ser entre as empresas, com regras claras e não entre os Estados que melhor adaptarem seus sistemas jurídicos para receber os investimentos externos.¹⁹

Deve haver limites claros na atuação empresarial em todo o mundo e não apenas esforços de um ou outro país. Isso leva a um questionamento mais amplo, que diz respeito à atuação dos órgãos reguladores internacionais de comércio, que não é o objetivo desse trabalho, mas que aqui fica registrado para ser revisitado em momento oportuno.

A verdade é que o conceito de pós-modernidade ainda está por se fazer e, possivelmente, terá outro nome no futuro. Vive-se, neste início de século XXI, a “fase de análise, reordenamento ou o reajustamento de alguns valores propostos na modernidade.”²⁰ Mesmo assim, “sem ter um conceito próprio para chamar de seu”, Bauman afirma que este período é de suma importância para a história:

“A passagem do capitalismo pesado ao leve, da modernidade sólida à fluída, pode vir a ser um ponto de inflexão mais radical e rico que o advento mesmo do capitalismo e da modernidade, vistos anteriormente como marcos cruciais da história humana, pelo menos desde a revolução neolítica.”²¹

ao barraco na favela em que morava e foi devastado pela enchente do Rio Tietê, em São Paulo, confirmando para a repórter que *perdeu tudo*. *Desgraça pouca é bobagem*, diz o adágio popular.

¹⁷ SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia. A justiça social diante do mercado total*. Tradução: Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 37.

¹⁸ SUPIOT, *O espírito*, p. 121.

¹⁹ As ideias acima estão registradas e desenvolvidas pelo professor francês Alain Supiot, que tem denunciado os efeitos nocivos de um sistema econômico por ele chamado de ultraliberal. Veja o livro de sua autoria acima citado, em especial na p. 46, 98, 121, 146.

²⁰ ROCHA, Adriana Magalhães. *Pós-modernidade, ruptura ou revisão*. São Paulo: Editora Cidade Nova, 1998, p. 27.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 160.

É neste cenário de vida líquida, fluída, que se deve analisar a proteção aos Direitos Humanos e Sociais, como marco histórico da modernidade, sem jamais retroceder ao mínimo existencial, sob pena de descaracterizar aquilo de humano que ainda existe em cada um de nós.

1.1 Os efeitos psicológicos da pós-modernidade: do teletrabalho ao metaverso

Essa transição histórica que estamos vivendo, da passagem de um mundo sólido para o líquido representado pela pós-modernidade, certamente trará consequências. E sem ser alarmista, podem ser nocivas, especialmente para a saúde mental da população.

Desde o início dos anos 2000, o teletrabalho já era uma realidade em muitas empresas. Tanto que a Lei 12.551/11 procurou regulamentar este tema, alterando o art. 6º da CLT para deixar consignado que o trabalho realizado no domicílio ou à distância por meios telemáticos se equiparam a relação de emprego.

Trabalhar à distância pode ser bom para alguns empregados, que querem ficar em casa e ajudar a olhar as crianças, por exemplo. Outros preferem ir até o local de trabalho. Para determinadas empresas, por sua vez, também pode ser positivo ou não. Pelo lado bom, pode-se economizar com algumas despesas. Por outro lado, reduz o poder diretivo direto do empregador.

Com esse novo modo de produção à distância, o empregado fica em casa, trabalhando remotamente, sem o contato pessoal com os colegas da empresa que só são vistos em reuniões telepresenciais. Tomar café no escritório ou almoçar no refeitório agora é um luxo que só ocorre de tempos em tempos, devidamente programado. Perde-se, com isso, o meio de sociabilização e de contato pessoal durante oito horas diárias, e essa convivência presencial tem muita importância para os novos projetos da empresa, como também o estar junto permite discutir futebol, cinema, teatro e outros aspectos mais sensuais da vida humana, como a cor do batom e a melhor marca de bolsa de grife. Limitam-se as experiências da vida real, por meio das restrições impostas pela distância física.

“E, além disso, um fator que não é mencionado nunca: a dimensão erótica da empresa. A empresa é um lugar de paixões, amores, ligações, atrações.”²² O

²² MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Tradução: Léa Manzi. 10. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 219.

local de trabalho, além de produtos manufaturados, sempre produziu relacionamentos amorosos, casamentos, filhos e vida social intensa, até porque os empregados passam um terço do dia juntos. Time de futebol da empresa, festa de confraternização no final ano, excursão de férias subsidiadas pelo Sindicato e outras atividades sociais sempre foram motivos para a interação social.²³

Esse grau de distanciamento social provocado pela utilização em larga escala dos recursos tecnológicos afastará cada vez mais as pessoas, que seguirão vivendo isoladas em sua casa, com pouca interação na vida real. Certamente isso só fará aumentar doenças psicossomáticas, especialmente a depressão.

Como se não bastasse o trabalho de forma telepresencial, sem contato com outros seres humanos reais, os grandes conglomerados que exploram os serviços da rede mundial de computadores - internet - estão implementando o metaverso²⁴ como uma forma de ampliar de maneira exponencial a oferta de produtos e serviços num mundo virtual, no qual os usuários poderão criar um avatar²⁵ e comprar roupas, acessórios etc. para vesti-lo. Poderão criar características físicas e psíquicas para estes “bonecos digitais” e comprar carro, casa, obras de arte, assistir shows e tudo o mais da vida real, só que de forma virtual. Haverá também encontros de trabalho, palestras, cursos, seminários e tudo aquilo que a imaginação humana permitir.

Essa “realidade”, ainda que virtual, era inimaginável anos atrás e levará fatalmente a uma mudança comportamental, gerando um estado avançado de reorganização ou desintegração social e mental. Seus efeitos são imprevisíveis, próprios dos tempos de incertezas que estamos vivendo diante deste mundo líquido. Comprar coisas ou “morar” no metaverso é fruto da sociedade doente que vemos cada dia mais se desmanchar.

²³ CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *A sociedade tecnológica reduz direitos sociais? In Direito do trabalho e previdenciário comparado – Brasil x Espanha*. Coordenação: Hélio Gustavo Alves. São Paulo: Lujur Editora, 2020, p. 181. Palestra proferida em 2019 na Universidade de Salamanca, Espanha, por ocasião do Congresso Internacional promovido pelo Instituto dos Advogados Previdenciários – IAPE.

²⁴ Metaverso é a terminologia utilizada para indicar um tipo de mundo virtual que tenta replicar a realidade através de dispositivos digitais. É um espaço coletivo e virtual compartilhado, constituído pela soma de «realidade virtual», “realidade aumentada” e “Internet”. Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Metaverso> >. Acesso: 12.fev.22.

²⁵ Experiências digitais imersivas, como games e mundos virtuais, tomam emprestado o termo ‘Avatar’ como a representação projetada do usuário dentro do ambiente imersivo. Neste contexto, o avatar pode tanto buscar a representação íntegra do usuário no ambiente virtual projetado (usualmente quando em *Metaversos*) ou extrapolá-la como personagens imaginários e/ou antropomórficos quando em ambientes imersivos mais lúdicos (como *MMORPGs*). Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Avatar> > . Acesso em 12.fev.2022.

Como advertiu Zygmunt Bauman, aquela solidez duradora e necessária para tornar o mundo mais previsível e administrável²⁶, como sempre exigiu o capitalismo²⁷, está-se esvaindo. O mercado terá que se reinventar e formatar novos tipos de negócio. Mas isso não é problema para o “capitalismo camaleônico,”²⁸ acostumado a se transformar ao longo da história.

2. DIREITOS HUMANOS: A NECESSIDADE DE UM CONCEITO CONCRETO

O conceito geral de Direitos Humanos está registrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁹, que prevê que todos têm capacidade para gozar os direitos e liberdades inerentes à nossa condição humana, “sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”³⁰

A consciência mundial da necessidade de garantir direitos de forma universal nasceu no primeiro pós-guerra (1917-1919), no meio de uma pandemia – Gripe Espanhola (1918-1920) - que infectou 500 milhões de pessoas (cerca de um quarto da população mundial da época) e ceifou seguramente 50 milhões de vidas no mundo.³¹

Mas foi a Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945), que culminou com a perda de 60 milhões de vidas, entre civis e militares em todo o mundo, que trouxe a sedimentação do conceito das ideias de Direitos Humanos, como uma necessidade de se garantir o mínimo existencial e de respeito à vida e à dignidade humana. Não basta viver ou sobreviver a um campo de concentração nazista em Auschwitz, como foi o caso do médico e neuropsiquiatra austríaco Victor

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 10.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. Interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 121.

²⁸ CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida*. São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 47.

²⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos – Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A III. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> >. Acesso: 05.fev.2022.

³⁰ Art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

³¹ Estima-se que o número de mortos esteja entre 17 milhões e 50 milhões, e possivelmente até 100 milhões, tornando-a uma das epidemias mais mortais da história da humanidade. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Gripe_espanhola >. Acesso em: 05.fev.2022.

Frankl.³² É necessário que se respeite a vida, em todos os seus aspectos, como cantado em verso e prosa pela Banda Titãs:³³

“A gente não quer só comida. A gente quer comida, diversão e arte. A gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte. A gente não quer só comida, a gente quer bebida, diversão, balé. A gente não quer só comida, a gente quer a vida como a vida quer.”

O pós-guerra leva ao despertar de milhões de pessoas em todo o mundo interessadas na necessidade de se apresentar um novo modelo socioeconômico que respeite a condição básica de ser humano, de viver com dignidade.

Não é sem motivo que todas as constituições democráticas modernas trazem em seu bojo a mesma previsão, em síntese, daquela contida na brasileira: O Estado Democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.³⁴

O respeito aos Direitos Humanos, que são internacionais, portanto, não pode se tratar de mera retórica política, seja ela de qual viés ideológico for. Algo subjetivo, que só existe no discurso, não subsiste num mundo líquido, que se transforma a cada instante.

Ao contrário, a concretude dos Direitos Humanos se dá no respeito a uma vida digna, com trabalho, comida, casa para morar e a possibilidade de cada indivíduo buscar a sua própria felicidade, mesmo que a felicidade tenha sentidos diferentes para cada um ou, ainda, garantir ao cidadão o direito de buscar um *sentido para a vida*.³⁵ O Estado, criado e sustentado pela sociedade por meio dos tributos, só tem sentido se existir para garantir o mínimo existencial a cada ser humano. Não pode ser o contrário.

³² Sobrevivente do campo de concentração de Auschwitz, na Alemanha, Viktor Frankl narrou sua experiência no livro best-seller *Em busca de sentido*, publicado em 1946. Depois de sua libertação, passou a dedicar-se à neuropsiquiatria e fundou a terceira escola vienense de psicoterapia denominada *Logoterapia e Análise Existencial*.

³³ ANTUNES, Arnaldo; FROMER, Marcelo; BRITTO, Sérgio. Música: *Comida*. 1987. Interpretada pelo conjunto musical brasileiro *Titãs*.

³⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 1º, inciso III.

³⁵ O tema da busca da felicidade individual e de um sentido para a vida não é unanimidade entre os estudiosos do assunto: *Para Sigmund Freud, a chave interpretativa do ser humano é a vontade de prazer. De acordo com Alfred Adler, seu parceiro de trabalho, é a vontade de poder que define os rumos do ser humano. Viktor Frankl, por sua vez, assumia a vontade de sentido como o principal elemento de compreensão do humano.* JESUS, Luciano Marques de. *Filosofia contemporânea e o sentido da vida*. Apostila de apoio ao curso de pós-graduação *lato sensu* em Ciências Humanas: Sociologia, História e Filosofia. Porto Alegre: PUC/RS, 2022, p. 28.

2.1. Direitos humanos ao trabalho e no trabalho

Os Direitos Humanos possuem grande área de abrangência. No linguajar acadêmico é um guarda-chuva que ampara sob sua proteção todas as áreas da vida humana. Não poderia ser diferente, pois todo Direito existe para proteger o bem da vida, aqui representado por sua máxima expressão: o próprio homem.

Assim, o respeito ao trabalho humano digno é um passo importante na história visando a concretização do mínimo existencial já citado. E aqui, novamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 exerceu papel importante ao incorporar em seu texto o direito ao trabalho em condições sociais justas, com direito ao repouso e lazer, inclusive limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas, conforme preceituam os art. 23 e 24 daquele Estatuto Internacional, incluindo-os como direitos fundamentais e concretizadores da cidadania.

Por mais que se tente dissuadir desta ideia, o objeto do Direito do Trabalho é o homem que trabalha. Simples assim. Não é o capital, nem o lucro. Qualquer interpretação que tenha outro ponto de partida que não seja o homem está subjugando a história e os movimentos revolucionários que trouxeram a sociedade até este ponto em pleno século XXI.

Em sentido contrário e a todo instante a mídia televisiva e as redes sociais tentam vender a ideia de que o homem é quem deve se adaptar ao ultraliberalismo do mundo moderno, mesmo que isso signifique renunciar a direitos trabalhistas e sociais para sobreviver.

Neste contexto midiático, o acesso à informação tornou-se um dos Direitos Humanos mais defendidos pela sociedade pós-moderna³⁶, nem sempre exatamente como forma de garantir os direitos individuais, mas como forma de mostrar o mundo na perspectiva de quem noticia os fatos, com evidentes poderes de influenciar as decisões da sociedade, especialmente pelo chamado *jornalismo de mercado*,³⁷ interessado apenas em manter o *status quo* de quem paga pelas notícias publicadas.

Apoiadas por estas informações, muitas vezes falsas ou falseadas pela mídia, é que brotam com força as ideias de reformas trabalhistas e sociais. É eviden-

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 194.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 79.

te que nem todas as propostas e alterações levadas a efeito se trata de “reformas”, buscando a atualização e contextualização desses direitos. Ao contrário, na maioria dos casos, se trata de mera precarização das condições sociais e de trabalho, em verdadeiro retrocesso.

Esta ideologia ultraliberal exige que o Direito do Trabalho e a Previdência Social sejam reinventados para permitir o avanço frenético do consumismo e do capitalismo moderno. Esse tipo de pensamento vai na contramão do nosso pacto social, pois erradicar a pobreza e reduzir a desigualdade social são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

Ao contrário de se dizer que esses objetivos fundamentais são “meros” princípios, que por sua natureza são meio “fofos”, meio “moles” e subjetivos, deve-se dar concretude àquilo que foi inserido expressamente em nossa Constituição, pois se trata do direito positivo no seu maior grau hierárquico. Deve-se garantir os Direitos Humanos ao trabalho (com a oferta de empregos dignos a todos), bem como na execução do trabalho (àqueles que conseguiram emprego).

Portanto, não há dúvidas de que os Direitos Humanos também se concretizam por meio do respeito aos direitos trabalhistas, essencialmente um direito do empregado e não do empregador, enquanto garantidor do chamado mínimo existencial. E sua proteção jurídica deve se dar não apenas no plano internacional, “distante e subjetivo”, como muitas vezes é encarada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas também no plano nacional e objetivamente positivado, como é o caso do art. 1º, inciso III e IV e art. 3º, inciso III, da Constituição brasileira vigente.

3. PÊNDELO DA HISTÓRIA: DIREITOS SOCIAIS EM ÉPOCA DE ULTRALIBERALISMO

Como é cediço, a história é um pêndulo que se repete. No início, era o caos. Nos primórdios da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalhador não contava com leis de proteção. Desnecessário repetir neste espaço todo o desenrolar histórico que permeou esse direito fundamental de trabalhar com dignidade por meio das conquistas obtidas a partir de lutas sociais próprias deste período.

O certo é que, no Brasil, após a Revolução de 1930 que desembocou no Estado Novo e na instituição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1º de

maio de 1943, por meio de uma política populista de Getúlio Vargas que procurou trazer o trabalhador para as discussões nacionais, inclusive “criando” e controlando os sindicatos para que se tornassem também “atores” desse processo institucional, o Direito do Trabalho, mesmo com limitações iniciais, foi se desenvolvendo até culminar com a Carta de 1988 que constitucionalizou diversos direitos que estavam previstos em leis esparsas de nível hierárquico inferior. Pode-se afirmar que, nesse momento, chegou-se ao ápice dos direitos e garantias sociais e trabalhistas no Estado brasileiro.

Mas, como nem tudo é eterno, o pêndulo da história que apontava para o “céu de brigadeiro” para a classe trabalhadora, já a partir da década de 1990, por meio do processo político que é próprio a todo Estado de Direito, começou-se a flexibilizar a legislação trabalhista, com a evidente retirada de direitos acumulados até ali.

Este processo de deterioração da legislação protetiva social e trabalhista é uma resposta liberal aos direitos consagrados na Constituição de 1988 e vai resultar na aprovação da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) e da Emenda Constitucional n. 103/19 (Reforma da Previdência Social).

E, como já dito, não são meras “reformas”, como sinônimo de atualização do direito positivo em razão das mudanças sociais percebidas ao longo do tempo, o que é absolutamente normal no campo jurídico. Muito além disso, as reformas limitaram ou reduziram direitos, tudo em nome da “criação de novos empregos” e de se evitar a quebra da Previdência Social o que, nem de longe, representa a verdade, pois só se cria empregos com o incremento da economia. Leis não criam empregos. Isso é ilusório. Toda nossa história prova isto.³⁸ Mas, novamente, o *jornalismo de mercado* foi eficiente e essas leis reformistas foram aprovadas no Brasil.

Justamente nessa época de crise sanitária provocada pela COVID 19, que a exemplo de outras pandemias, já ceifou milhões de vidas em todo o mundo, é que, obrigatoriamente, a sociedade deve procurar refletir sobre a situação em que se vive hoje. E a impressão que se tem não é das melhores: vive-se o “fundo do poço” no que se refere aos direitos trabalhistas e sociais.

Se o exército de um Império invade um país e é o vencedor da batalha, ele cria as regras. Se o Fundo Monetário Internacional – FMI empresta dinheiro a uma nação endividada, o órgão internacional exige regras de proteção ao ca-

³⁸ CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Subordinação por algoritmo*. São Paulo: LTr, 2021, p. 79.

pital investido e a forma de seu reembolso. Não há novidade nisso. Em outras palavras, “quem paga a conta é quem manda”.

Ora, em época de ultraliberalismo, para o capital financeiro investir nos países pobres e em desenvolvimento, é óbvio que irá exigir as normas de direito que lhe convém, fazendo todo tipo de flexibilização da legislação social e trabalhista. Essa é a lógica do mercado. Seria ingenuidade pensar o contrário. Sempre foi assim e Max Weber já demonstrava como isso ocorre, pois a calculabilidade e a confiança no funcionamento da ordem jurídica e na Administração constituem exigências vitais do capitalismo racional³⁹, vez que as decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias e tornam-se previsíveis, como observou o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Eros Roberto Grau. “*Racionalidade jurídica* é isso: o direito moderno permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo aqueles que se dão nos mercados.”⁴⁰

4. PARA ONDE CAMINHA O DIREITO DO TRABALHO?

O Direito do Trabalho, enquanto perdurar a ideologia ultraliberal na qual o Brasil e grande parte do mundo estão inseridos, caminha a passos largos para a precarização, que só pode ser combatida por meio da “capacidade de resistência, organização e confrontação da classe trabalhadora”⁴¹ contra essa legislação reformista que pretende validar atos contrários aos princípios de proteção ao empregado hipossuficiente.

No mesmo sentido, a prestação dos serviços passará, cada vez mais, para o trabalho à distância, quando o tipo de atividade exercida pelo empregado permitir e a empresa tiver condições de fazê-lo. Os métodos de controle da produção do empregado serão feitos também à distância, por algoritmos e, inclusive, por meio das mídias sociais.

Infelizmente, modernização e tecnologia nem sempre são sinônimos de melhoria de condições de trabalho. A tecnologia é bem vinda quando substitui o trabalho humano repetitivo por mecanização. Isso é louvável, pois o trabalho

³⁹ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003, p. 31.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 121.

⁴¹ ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão. O novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Editora Boi Tempo, 2018, p. 59.

repetitivo é desumano e pode facilmente ser substituído por robôs. Até Aristóteles sonhava com isto.⁴²

Muitos estão ansiosos por voltar a trabalhar na forma presencial etc., pois sentem a falta do contato humano. Contudo, para outro grupo de trabalhadores, a tecnologia também é benéfica na medida em que permite a prestação dos serviços a partir de sua casa ou de qualquer outro local do planeta (os chamados *nômades digitais*), desde que essa seja uma opção do trabalhador e a empresa assuma os custos (computador, internet de qualidade, energia elétrica etc.), vez que é beneficiada pela redução de outras despesas de maior monta, como aluguel, computadores na empresa, telefonia, energia elétrica, controle de pessoal, estacionamento, seguranças etc.

Depois de resolvidos os problemas técnicos e de custos, o trabalho, cada vez mais à distância, não tem volta, se ele efetivamente interessa ao negócio, pois o empregador é detentor do “poder de direção”, e é ele quem decide porque, afinal, é quem paga a conta. Quando isso acontecer definitivamente, o escritório será lugar para tomar café e debater ideias, especialmente para aquele que exerce alguma atividade criativa.

Por outro lado, os empregados que passarem a trabalhar à distância sairão do “cerco” de vigilância contra a concorrência, que certamente irá assediar os bons profissionais. E essa prática sempre foi comum no mercado. O que muda é que, para manter em seus quadros determinados empregados considerados valorosos para o negócio, passou-se a fornecer uma série de “penduricalhos”, tais como vale-alimentação, vale-refeição, planos de saúde etc. Ocorre que isso ainda é pouco neste ambiente líquido.

Atualmente, além daqueles benefícios indiretos e reconhecendo a possibilidade dos malefícios psicológicos do trabalho telepresencial, as empresas já oferecem e pagam por um serviço específico de atendimento psicológico também à distância, no qual o empregado pode participar de uma consulta remota de uma hora, duas vezes por semana, durante o expediente normal de trabalho, tudo com o objetivo de lhe dar suporte psicológico para enfrentar a dura realidade competitiva do mercado e o trabalho solitário em casa, sem o suporte do companheirismo do colega de sala que discute futebol com ele. Tempos modernos, diria *Carles Chaplim ...*⁴³

⁴² MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 66.

⁴³ CHAPLIN, Charlie. *Tempos modernos*. Prod. Charles Chaplin. New York, 1936. 2 DVD's (83 min), *widescreen*, preto e branco. Produzido no Brasil por Videolar S/A sob licença de Warner Home Vídeo Inc. Manaus: 2003.

Em breve, esses empregadores, individualmente ou por meio de suas respectivas associações de classe, darão apoio à criação de uma Associação dos Digitais Anônimos - ADA, cujo objetivo é tratar as pessoas com depressão e afetadas psicologicamente pela vida virtual que passaram a ter na pós-modernidade, inclusive na forma de trabalhar, sem o contato humano direto.

Parafrazeando Ricardo Semler na década de 1980: cria-se uma “instituição de caridade” para cuidar de um problema que as empresas mesmo criaram.⁴⁴ Nesse ponto, é inevitável a comparação com a personagem criada por Gabriel Garcia Marques, ganhador do Prêmio Nobel de Literatura de 1.982.⁴⁵

Se havia alguém inofensivo naquele tempo, esse alguém era o envelhecido e desencantado coronel Aureliano Buendia, que pouco a pouco ia perdendo o contato com a realidade da nação. Trancado na oficina, sua única relação com o resto do mundo era o comércio de peixinhos de ouro. [...] Com seu terrível senso prático, Úrsula não conseguia entender o negócio do coronel, que trocava os peixinhos por moedas de ouro, e em seguida transformava as moedas de ouro em peixinhos, e assim, sucessivamente, de tal forma que quanto mais vendia mais precisava trabalhar para satisfazer um círculo vicioso exasperante. Na verdade, o que interessava a ele era o trabalho e não o negócio.

Esse círculo vicioso do capitalismo, que depende do consumo para mover as engrenagens do mercado, parece ser o mesmo antes e depois do advento da era tecnológica. A lógica do mercado continua a mesma, ainda que mudem os meios de produção da riqueza, sejam eles grandes fábricas ou computadores dotados de algoritmos superpoderosos.

A verdade é que “o conhecimento deve estar a serviço da necessidade de viver”, como dizia Miguel de Unamuno, grande filósofo espanhol e líder da Escola de Salamanca, na Espanha.⁴⁶ Necessidade de viver dignamente, registre-se.

Se todo o conhecimento acumulado da humanidade até este ponto não foi suficiente para nos livrarmos do trabalho humano degradante é porque esta-

⁴⁴ SEMLER, Ricardo. *Virando a própria mesa. Uma história de sucesso empresarial made in Brazil*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2002, p. 49. Diz o autor: *A verdade é que ...muitos destes empresários fundaram fundações, organizaram organizações e instituíram instituições com os seus modestos nomes, a fim de contribuir para a comunidade de desafortunados que eles mesmos criaram.*

⁴⁵ MARQUES, Gabriel Garcia. *Cem anos de solidão*. Tradução: Eric Nepomunceno. 121^a ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2021, p. 216-217.

⁴⁶ ALVES, RUBEM. *Filosofia da Ciência. Introdução ao jogo e a suas regras*. 2^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 200, p. 191.

mos caminhando em sentido oposto ao maior bem protegido pela ciência jurídica: o bem da vida.

5. CONCLUSÃO

Como objeto cultural que é, o Direito é uma invenção humana. O Estado e o sistema econômico também. Os seres humanos não precisam ser condenados ao trabalho desumano para sobreviver. Afinal, o trabalho não é uma mercadoria, conforme já ratificou a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 10 de maio de 1.944, por meio da conhecida Declaração da Filadélfia, realizada nos Estados Unidos da América.

Ademais, o contrato de trabalho é um contrato existencial e não meramente um contrato de lucro. Esta afirmação precisa sair do anedotário jurídico e fazer parte da concretude de aplicação dos princípios trabalhistas e sociais protegidos expressamente pela Constituição da República de 1988.

Respondendo objetivamente a questão proposta no título deste ensaio, o Direito do Trabalho caminha a passos largos para a precarização e para o trabalho à distância, inclusive no mundo virtual chamado de metaverso, e esse novo modelo tem gerado graves consequências psíquicas aos trabalhadores. Sendo assim, urgem as providências legislativas, administrativas e jurídicas para minimização de seus efeitos, sempre por meio de políticas públicas que garantam os direitos mínimos existenciais, sem perder de vista a finalidade do Estado que é proteger o cidadão.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Arnaldo; FROMER, Marcelo; BRITTO, Sérgio. Música: *Comida*. 1987. Interpretada pelo conjunto musical brasileiro *Titãs*.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão. O novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Editora Boi Tempo, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BÍBLIA SAGRADA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução de João Ferreiras de Almeida. Rio de Janeiro: Editora da Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *A sociedade tecnológica reduz direitos sociais?* In: *Direito do trabalho e previdenciário comparado – Brasil x Espanha*. Coordenação: Hélio Gustavo Alves. São Paulo: LuJur Editora, 2020.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Subordinação por algoritmo*. São Paulo: LTr, 2021.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida*. São Paulo: LTr Editora, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

EXPERIÊNCIAS DIGITAIS IMERSIVAS. Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Avatar> > . Acesso em 12.fev.2022.

GRAU, Eros Roberto. *Por quê tenho medo dos juízes*. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

GRIPE ESPANHOLA. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Gripe_espanhola > . Acesso em: 05.fev.2022.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*. 19ª ed. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 22ª ed. Tradução: Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Editora Biblioteca Azul, 2017.

ISAACSON, Walter. *Steve Jobs, as verdadeiras lições de liderança*. Tradução: Berilo Vargas. São Paulo: Editora Potfolio – Penguin, 2014.

JESUS, Luciano Marques de. Apostila de apoio ao curso de pós-graduação *lato sensu* em Ciências Humanas: Sociologia, História e Filosofia. Porto Alegre: PUC/RS, 2022.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO/UOL. *Facebook perde US\$ 251 bi e derruba ações em Wall Street*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/02/dolar-sobe-mesmo-apos-copom-elevar-selic-e-bolsa-tem-correcao.shtml> > . Acesso em: 05.fev.2022.

KEVIN, Ashton. *A história secreta da criatividade*. Tradução: Alves Calado. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. Tradução, apresentação e notas Alain François. São Paulo: Edipro, 2016.

MARQUES, Gabriel Garcia. *Cem anos de solidão*. Tradução: Eric Nepomuceno. 121ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2021.

MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Tradução: Léa Manzi. 10ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

METAVERSO. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Metaverso>>. Acesso: 12.fev.22.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos – Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A III. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> >. Acesso: 05.fev.2022.

ROCHA, Adriana Magalhães. *Pós-modernidade, ruptura ou revisão*. São Paulo: Editora Cidade Nova, 1998.

SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Tradução: Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TOFFLER, Alvin. *O choque do futuro*. Tradução: Eduardo Francisco Alves. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1970.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

O DIREITO À MENTIRA COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

The right to lie as an expression of Human Rights in labor relations

Jéssica Serejo Luglio de Oliveira¹

ÁREA: Direito do Trabalho. Direito à mentira.

RESUMO: O presente artigo analisará se há fundamento jurídico que ampare um pretense direito à mentira como resposta à violação dos direitos humanos e fundamentais perpetrada pelo empregador. Pretende-se, inicialmente, traçar um panorama sobre a definição, contornos, características e evolução dos direitos humanos, especialmente do direito à igualdade, subsistência, vida, saúde e ao trabalho. Com espeque em tais informações, será apresentada como a inverdade é recepcionada pelo ordenamento jurídico, minudenciando artigos que reafirmam sua existência e outros que flexibilizam a busca pela verdade. Demonstrar-se-á que, no contexto das relações de trabalho, o direito à mentira encontra substrato jurídico a depender da casuística apresentada e que tal conduta não afronta o ordenamento jurídico, mas garante a efetividade dos direitos humanos e fundamentais. Ressalte-se, por derradeiro, que a intenção deste artigo não é esgotar o assunto, mas contribuir para fomentar o debate e munir o jurista de fundamentos para adotar um posicionamento condizente com as normas existentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Direito à mentira. Direitos humanos. Direitos Fundamentais. Mecanismos de proteção. Boa-fé contratual. Legítima defesa.

¹ Advogada. Especialista em Direito do Trabalho pela USP. Especializanda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Ius Gentium Conimbrigae*, Portugal.

ABSTRACT: This article will analyze whether there is a legal basis that supports an alleged right to lie as a response to the violation of human and fundamental rights perpetrated by the employer. Initially, it is intended to draw an overview of the definition, contours, characteristics and evolution of human rights, especially the right to equality, subsistence, life, health and work. Based on such information, it will be presented how untruth is accepted by the legal system, detailing articles that reaffirm its existence and others that make the search for the truth more flexible. It will be demonstrated that, in the context of labor relations, the right to lie finds a legal basis depending on the presented casuistry and that such conduct does not defy the legal system, but guarantees the effectiveness of human and fundamental rights. Finally, it should be noted that the intention of this article is not to exhaust the subject, but to contribute to foment the debate and provide the jurist with grounds to adopt a position consistent with the existing rules.

KEYWORDS: Right to lie. Human rights. Fundamental rights. Protection mechanisms. Contractual good faith. Legitimate defense.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Evolução dos Direitos Humanos e Fundamentais 1.1 Terminologia. 1.2 Breve evolução histórica. 1.3 Do direito à igualdade e a não discriminação. 1.4 Do direito à vida, saúde, subsistência e ao trabalho. 1.5 Do direito à intimidade e à **vida** privada. 1.6 Da interconexão entre os Direitos Humanos. 1.7 Dos mecanismos de garantia. 2 O direito e a mentira. 3. O direito à mentira no âmbito do trabalho como efetivação dos Direitos Humanos. 3.1 Visão geral. 3.2 O contrato de trabalho sob enfoque. 4. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A temática ora analisada poderá ocasionar algum espanto inicial àqueles que, premidos de uma ótica moral e sem espaços para exceções, creem que apenas a verdade encontra respaldo ético e jurídico na sociedade. Isso decorre do fato da mentira ser, quase à unanimidade, amplamente rechaçada e condenada pelos mais diversos atores sociais, entendendo-se que esse mecanismo é nocivo às relações estabelecidas.

Sem a intenção de fazer prova contrária do quanto uma inverdade pode ocasionar efeitos deletérios aos que lhe rodeiam, bem como do seu caráter ilícito e/ou imoral, o objetivo do presente artigo é trazer à reflexão eventual relativização do “direito à verdade”, tal como ocorre com todos os Direitos Humanos e Fundamentais.

A proposta sugerida é verificar se no contexto das relações de trabalho há espaço para que o empregado faça afirmação contrária à verdade a respeito de determinados questionamentos que lhe forem dirigidos, sem que por isso incorra em afronta à boa-fé, à probidade e à lisura que permeiam as relações sociais.

Parte-se, assim, de uma ponderação sobre os limites do poder patronal e os mecanismos de defesa que estão à disposição do trabalhador para resguardar sua vida, saúde, subsistência, privacidade e fonte de renda, ou seja, a dignidade que lhe é inerente.

Para cumprir o propósito acima, no primeiro capítulo serão apresentados conceitos elementares sobre a temática dos Direitos Humanos, tais como a questão terminológica e sua evolução ao longo dos anos, esmiuçando as normas que interessam ao presente artigo. Além disso, será pontuado o caráter de interconexão entre tais direitos e os mecanismos existentes para garanti-los, questões essenciais para que se compreenda a necessidade de efetividade do quanto posto na lei.

Em seguida, esmiuçaremos as disposições legais que reafirmam a vedação à mentira, bem como aquelas que conferem certa margem de flexibilidade para a realidade posta, ressaltando o caráter relativo de todos os direitos existentes.

No terceiro capítulo, trataremos dos mecanismos de defesa do trabalhador frente às violações de seus direitos humanos e fundamentais pelo empregador e eventual configuração da mentira como mecanismo de legítima defesa e resguardo da dignidade humana. Neste ponto, serão apresentados exemplos de como a mentira pode não se revelar como elemento nocivo às relações contratuais, desconfigurando seu caráter ilícito frente uma situação que justifique essa nova roupagem moral para sua existência.

No tocante à metodologia, adotou-se o método dialético a fim de examinar as posições divergentes acerca dos problemas apresentados, com o objetivo de encontrar uma resposta que buscasse coerência com o ordenamento jurídico.

1.EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

1.1 Terminologia

De início, aponta-se que para fins do presente trabalho os termos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais serão diferenciados pelo critério formal, tomando por base o documento ao qual se vinculam. Assim, embora ambos tenham a pretensão de designar o rol mínimo de direitos que todo indivíduo deve ter assegurado, adotar-se-á “Direitos Humanos” para aqueles que tiverem previsão nos diplomas internacionais, ao passo que “Direitos Fundamentais” será reservado aos que se referirem à previsão contida na legislação doméstica.

1.2 Breve evolução histórica

A construção dos direitos humanos foi inspirada e determinada em certos eventos históricos, destacando-se as Revoluções Liberais (Declaração de Independência dos EUA, 1776, e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, 1789), o final da 1ª guerra mundial e as consequências do Tratado de Versalhes para os direitos humanos sociais (Constituição Mexicana, 1917, Constituição de Weimer, 1919, Criação da OIT, 1919) e o término da 2ª guerra mundial, com as pedras fundamentais para a construção do sistema global de proteção dos direitos humanos (Criação da ONU pela Carta de São Francisco, 1945 e Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

A despeito de ser possível apontarmos outros documentos que já tinham por propósito limitar os poderes estatais e garantir o direito dos indivíduos, tal como o Cilindro de Ciro e a Carta Magna de 1215, foi somente com o término da 2ª Guerra Mundial que a discussão ganhou relevo e contornos internacionais.

Deste modo, a partir de tal marco e sob à luz do princípio da dignidade humana, verificou-se a criação de uma ampla gama de documentos internacionais com o objetivo de conferir um mínimo de direitos a todos os indivíduos, independentemente de qualquer qualificação, nacionalidade, gênero ou atributo. A esse título, destaca-se o principal documento consolidado a respeito do tema: A Carta Internacional dos Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Dentre os direitos que passaram a ser reconhecidos em âmbito internacional e que serão objeto deste estudo, destaca-se a igualdade de direitos sem discriminação, o direito à vida, à proteção da privacidade e ao trabalho sob condições favoráveis, os quais serão tratados nos subtópicos seguintes para fins de subsidiar a tese ora defendida.

1.3 Do direito à igualdade e a não discriminação

Inicialmente, aponta-se que a doutrina costuma diferenciar os termos “não discriminação” e “igualdade”. O primeiro teria por propósito evitar diferenças entre indivíduos em situações iguais ou semelhantes, o que lhe garante um espectro de proteção puramente negativo, de menor abrangência.

De outro lado, conforme nos ensina Flávia Piovesan², o direito à igualdade se expressa em três dimensões: i) a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; ii) a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; iii) a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. Portanto, o direito à igualdade contempla não apenas o mero rechaço a condutas discriminatórias, mas também a exigência de que ações sejam adotadas para que o quadro de desigualdade seja modificado.

Dada a importância do tema há previsão específica de tal aspecto de proteção no âmbito das relações de trabalho, com destaque para as Convenções 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho, as quais tratam, respectivamente, a respeito de Igualdade de Remuneração entre Homens e Mulheres e Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Referidas normas integram o rol das denominadas “core obligations”, isto é, de uma seleção de normas que devem ser cumpridas pelos Estados, independentemente de ratificação³.

No âmbito interno, especialmente no âmbito das relações laborais, o direito à igualdade também encontra amplo respaldo legislativo, como se verifica no

² PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?lang=pt#>. Acesso em: 01.09.2022.

³ Art. 2, Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho.

art. 3, IV; 5 “caput” e XLI; art. 7, XXX, da Constituição Federal, nas Leis 9.029/85 e 7.716/1989, dentre outras disposições esparsas nos mais diversos diplomas normativos.

Deve-se rememorar que as relações jurídicas constituídas sob a égide do vínculo empregatício demandam ainda mais esforço para a concretização do princípio trazido à baila, em vista da desigualdade contratual entre os sujeitos e do desemprego estrutural. A hipossuficiência do trabalhador e necessidade de subsistência pode ensejar na sujeição a toda sorte de diferenciações indevidas, tal como se verificou no período pós 1ª Revolução Industrial, com a desenfreada exploração dos trabalhadores, mediante carga de trabalho exaustiva, baixos salários e nenhuma proteção à integridade física.

Assim, o desafio atual não é apenas de reconhecer os direitos humanos e fundamentais mas, sobretudo, efetivá-los.

1.4 Do direito à vida, saúde, subsistência e ao trabalho

O direito à vida pode ser considerado um sobreprincípio, visto que sem ele os demais são relegados à inexistência. Tal como os demais direitos humanos e fundamentais, não se trata de um direito absoluto, porquanto em âmbito internacional e nacional há situações que autorizam o término forçado da vida, a exemplo dos casos de guerra declarada⁴.

Há de se ponderar, todavia, que as exceções devem ser interpretadas restritivamente e há um diminuto rol de hipóteses que flexibilizam tal direito. Deve-se rememorar, ainda, que referida tutela não deve ser limitada a simples existência do indivíduo, mas contemplar condições mínimas para que a vida se desenvolva de maneira digna.

Assim, a dignidade da pessoa humana – termo que ganhou força pós 2ª Guerra Mundial e que exige a concessão de um rol mínimo de direitos a todos os indivíduos, independentemente de suas características e atributos pessoais – está umbilicalmente atrelada à vida e é base de fundamento de todos os demais direitos humanos e fundamentais.

Nesse aspecto, a tríade: saúde, subsistência e trabalho são pontos fundamentais para que se alcance o ideal de dignidade humana, eis que nenhum indi-

⁴ Art. 5, LVII, “a”, Constituição Federal.

víduo poderá gozar do mínimo existencial para seu bem-estar, sem se valer do respeito e da concretização da saúde e do trabalho. A subsistência do próprio indivíduo e de sua família depende, como regra, da possibilidade de exercer um trabalho que lhe permita auferir um rendimento mensal suficiente para arcar com as despesas de alimentação, educação, lazer, vestuário e demais direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal.

Com base em tais considerações, verifica-se que o trabalho é uma figura que contribui decisivamente na concretização de outros direitos sociais e essa importância não se resume ao aspecto financeiro, visto que comumente pelo menos 1/3 do dia de uma pessoa é direcionado, exclusivamente, à prestação de serviços em favor de outrem.

Logo, os direitos humanos e fundamentais atinentes às relações de trabalho devem ser rigorosamente cumpridos, sob pena de se conceber que a dignidade da pessoa humana reste afrontada durante um terço da vida dos indivíduos, o que implica no reconhecimento da sua inefetividade social.

1.5 Do direito à intimidade e à vida privada

O direito à intimidade e à vida privada estão previstos em diversos diplomas internacionais e nacionais e, dada a parêmia jurídica de que “não se presumem na lei palavras inúteis”, embora comumente sejam utilizados como sinônimos, cabe diferenciar os termos expostos.

O direito à privacidade é gênero, que possui como espécies a intimidade, honra e imagem das pessoas. Pode ser definido como a faculdade de “se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida particular, formando uma esfera de autonomia e exclusão dos demais e evitando que, sem o consentimento do titular ou por um interesse público, nela se intrometam terceiros”⁵.

A intimidade, por outro lado, pertence ao círculo mais íntimo do cidadão, ao passo que a imagem pode ser interpretada como a personalidade exteriorizada pelo indivíduo na sociedade.

Nesse lance, o trabalhador como cidadão que é, deve ter garantido o direito à intimidade, privacidade e imagem, dentro das relações laborais, o que limita os poderes patronais do empregador. Ora, se nas relações particulares há de

⁵RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 565.

se observar os direitos acima, com muito mais razão deve-se garantir que os empregados não sejam atingidos na sua esfera privada.

1.6 Da interconexão entre os Direitos Humanos

Os direitos humanos e fundamentais devem ser lidos e compreendidos à luz de suas características, em especial, dos atributos da complementaridade e concorrência. Assim, faz-se necessário analisar conjuntamente as normas, princípios e objetos estatuídos pelo legislador, de forma que tais direitos sejam exercidos de forma cumulada.

Ademais, referidos direitos não se perdem com o passar do tempo e não existe possibilidade de transferência ou renúncia pelo indivíduo, já que o mínimo existencial não pode ser negado a quem quer que seja, ainda que com a concordância do prejudicado.

É inegável, contudo, que determinadas situações provoquem uma colisão entre normas fundamentais, cabendo ao intérprete ponderar os valores contrapostos de modo que um direito não seja aniquilado em prol do outro. A solução encontrada deverá ser fruto da análise casuística, de modo que se verifique qual direito terá maior peso para o deslinde da situação, sem que se atinja o núcleo essencial dos valores em jogo.

Considerando que os direitos fundamentais não guardam uma hierarquia entre si, é preciso ponderar os interesses em rota de colisão, rechaçando qualquer solução apriorística. Na colisão entre os princípios há de se perquirir uma maneira de máximo usufruí-los, assim, à luz da proporcionalidade – técnica de aferição da validade jurídica que intenta a solução do embate entre princípios – deve-se analisar três etapas analíticas e sucessivas: Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Questiona-se, portanto, se a medida restritiva é adequada aos fins que está sendo perseguido; se não há outra medida alternativa que assegure o atendimento da finalidade pretendida de forma menos onerosa, bem como se a medida não é excessiva ou destrutiva do núcleo fundamental da norma contraposta. Caso a solução encontrada atenda esses três questionamentos, terá fundamentos para ser adotada.

De todo exposto, o que se pretende pontuar nesse tópico é que os direitos humanos são interdependentes e devem ser visualizados sob uma ótica global, sem permitir a hierarquização ou preferência de um princípio em detrimento de outro, de forma abstrata.

1.7 Dos mecanismos de garantia

A importância da consolidação e formalização de um patamar mínimo de direitos é inegável, trata-se, pois, de avanço histórico angariado a duras penas após a exterminação de milhões de judeus. É patente que a perplexidade global com os horrores cometidos durante a 2ª Guerra Mundial foi responsável pelo impulsionamento da criação de normas e organismos internacionais, resultando na propagação do conceito de “dignidade humana” e conferindo aos indivíduos um rol mínimo de direitos.

Há de se relembrar, contudo, que o Estado não é a única fonte de opressão aos direitos dos indivíduos, papel este também exercido pelos agentes privados em suas relações particulares. Assim, os direitos fundamentais devem abranger todo o complexo de atividades inerentes ao desenvolvimento da vida em sociedade, inclusive nas relações de emprego, cuja desequiparação contratual entre as partes autoriza a se falar em “eficácia diagonal dos direitos fundamentais”.

Nesse espeque, para concretizar os direitos humanos e fundamentais no âmbito das relações privadas, necessário se faz conferir mecanismos que assegurem o exato cumprimento da lei pelos seus infratores. Do contrário, o avanço jurídico conquistado restaria fadado a mera retórica, sem implicações práticas na sociedade.

É com base nessas premissas que serão analisados os pontos que permeiam um suposto direito à mentira.

2. O DIREITO E A MENTIRA

Quando os termos “direito” e “justiça” são confrontados travam-se acaloradas discussões jurídicas e filosóficas sobre a abrangência e a definição dos conceitos, bem como se estariam necessariamente interligados, todavia, normal-

mente não se discorda que o suporte fático que empolga a “justiciabilidade” do caso deve estar amparado pela verdade.

Para além do mandamento cristão “não dirás falso testemunho”, o próprio ordenamento jurídico contempla normas que rechaçam atos contrários à moral, aos bons costumes e à boa-fé. Nesse ditame, percebe-se que a mentira não é contemplada pelos conceitos da tríade acima e, por tal motivo, como regra, não é aceita no ordenamento jurídico.

Para corroborar essa afirmação, apontam-se as principais disposições do código civil de 2002 que rechaçam a conduta ao arrepio da verdade: i) necessidade de interpretação dos negócios jurídicos de acordo com a boa-fé (art. 113); ii) possibilidade de anulação de tais negócios celebrados em decorrência de dolo (art. 145), destacando-se que o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra haja ignorado constitui igualmente omissão dolosa (art. 147); iii) previsão de nulidade do negócio jurídico simulado quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (art. 167, §1º, II, CC); iv) constituição de ato ilícito o exercício de um direito que exceda seus limites impostos pelo seu fim social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187); v) necessidade de guarda da boa-fé na conclusão e execução do contrato, assim como os princípios de probidade e boa-fé.

No âmbito processual, a verdade torna-se ainda mais relevante, visto que a tutela concedida pelo Estado, para ser eficaz e efetivamente resguardar os direitos pleiteados, deve ter amparo fático verídico. Nesse espeque, tem-se a necessidade dos sujeitos processuais comportarem-se de acordo com a boa-fé (art. 5, CPC), de exporem os fatos em juízo conforme a verdade (art. 77, I, CPC), sob pena de serem condenados por litigância de má-fé caso alterem a verdade dos fatos.

Permite-se, ainda, que sejam utilizados todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, para provar “a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (art. 369, CPC). Outras disposições, como as que tratam da instauração da arguição de falsidade (arts. 430 a 433, CPC), do compromisso da testemunha de dizer a verdade (art. 458, CPC), da possibilidade de ajuizamento de ação rescisória quando a decisão resultar de prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação (art. 966, VI, CPC) ou for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos (art. 966, VIII), também reafirmam que a verdade deve embasar as relações estabelecidas.

A mentira também tem relevância jurídica no direito penal, já que determinados tipos penais criminalizam a afirmação ao arrepio da verdade, tal como se verifica no crime de fraude no comércio (art. 175 – enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor), simulação de autoridade para celebração de casamento (art. 238 – Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento), falsidade ideológica (art. 299 – Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante), denúncia caluniosa (art. 399 – Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente); comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340 – Provocar ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção de que sabe não ter se verificado), falso testemunho (art. 342 – Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral), dentre outras.

A esse propósito merece especial destaque o tipo penal da calúnia (Imputar a alguém, falsamente, fato definido como crime), porquanto além de punir quem, sabendo falsa a informação, a propala ou divulga, ainda possui como defesa a figura da “exceção da verdade”, a qual busca demonstrar a veracidade do quanto alegado e, por consequência, a ausência de tipicidade da conduta.

Diante das explanações acima, poder-se-ia afirmar que a mentira não encontra respaldo jurídico e, portanto, em qualquer hipótese deve ser amplamente condenada. Contudo, conforme afirmado no capítulo anterior, não existem direitos absolutos, o que implica dizer que algumas situações podem autorizar tanto a omissão da verdade, quanto a afirmação de fato contrário à realidade.

Em relação à omissão da verdade, pode-se apontar o direito humano e fundamental da não incriminação⁶. Trata-se de uma garantia segundo a qual o indivíduo acusado não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio

⁶ Art. 5, LXIII, CF; art. 8, II, g, Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 14, III, g, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

quanto interrogado⁷. Entende-se que não é razoável exigir que o ser humano aja contra si próprio.

Noutros dizeres, ainda que o indivíduo tenha praticado uma conduta com relevância para o direito penal, poderá se omitir quando questionado a respeito dessa situação e disso não poderá resultar a aplicação de nenhuma penalidade. Há, contudo, divergência se essa previsão contempla a conduta ativa, qual seja, de dizer fato contrário à verdade.

Independentemente da corrente que se adote, fato é que a omissão da verdade se constitui como direito humano e fundamental, que deve concorrer com os demais direitos assegurados.

Igualmente, no processo civil também se encontram previsões que flexibilizam a busca pela verdade, seja para garantir a segurança jurídica das relações, seja para garantir a privacidade e intimidade dos envolvidos.

Assim, tem-se a figura da revelia, a qual permite que na ausência de contestação (ou se feita fora do prazo) devem-se presumir verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor (art. 344, CPC/15). Há, ainda, a possibilidade da parte não depor sobre fatos criminosos que lhe sejam imputados, a cujo respeito, por estado ou profissão deva guardar sigilo, acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível, ou que coloquem em perigo a vida dessas pessoas (art. 388, CPC/15), o que também é aplicável à testemunha (art. 448, CPC).

Além disso, exige-se que o juiz analise o caso de acordo com as provas constantes nos autos, ainda que por meios informais tome conhecimento de fatos que possam alterar o julgamento do processo (art. 141, CPC/15). No mesmo tema, as provas ilegais (ilícitas ou ilegítimas) também não são aceitas como mecanismos para influenciar na decisão do juiz (art. 5, LVI, CF), bem como os documentos destinados a fazer prova dos fatos alegados pelas partes devem ser juntados no momento reservado para tanto, sob pena de não serem recebidos posteriormente (art. 435, CPC), ainda que possam trazer aspectos relevantes para a descoberta da verdade.

Verifica-se, pois, que a verdade é algo desejado e buscado pela sociedade e pelo direito, todavia, também encontra limites nos demais direitos humanos e fundamentais e, exatamente por essa ótica é que analisaremos o próximo capítulo.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 446

3. O DIREITO À MENTIRA NO ÂMBITO DO TRABALHO COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 Visão geral

Conforme já mencionado nos tópicos anteriores, a flexibilização da verdade encontra respaldo jurídico em âmbito nacional e internacional, concorrendo com demais direitos humanos e fundamentais. Assim, o cabimento da omissão da verdade ou da própria afirmação inverídica deve ser casuística, à luz do contexto fático existente e da ponderação das normas em rota de colisão.

Especificamente no tocante às relações de emprego, deve-se lembrar que a hipossuficiência jurídica (e normalmente econômica) do trabalhador, o coloca em uma situação de desequilíbrio com o empregador e, assim, torna-se difícil questionar - antes ou durante a vigência do contrato de trabalho - qualquer ato praticado em desalinho ao quanto previsto legalmente. A insurgência posterior ainda está limitada pelo instituto da prescrição, que somente autoriza a pretensão em face de irregularidades cometidas nos últimos cinco anos, a contar do ajuizamento da ação.

É patente que a Justiça do Trabalho tem importante papel na reprimenda das ilicitudes cometidas pelos empregadores, mas, para além das dificuldades do próprio trabalhador conhecer seus direitos, relatar as irregularidades ao advogado, bem como fazer isso em tempo suficiente para a prescrição não fulminar sua pretensão, algumas questões não são passíveis de solução na esfera individual.

Como fruto da segunda onda renovatória de acesso à justiça, para fins de garantir a tutela dos direitos transindividuais, a legislação conferiu ao Ministério Público do Trabalho e aos sindicatos a legitimidade para ajuizar ação civil pública em desfavor das empresas que afrontem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em importante passo para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

A despeito disso, algumas ilicitudes são de difícil aferição e comprovação pelos entes mencionados, o que, somada a massiva e frequente violação a direitos trabalhistas, resulta na inexistência de tutela rápida, direta e eficaz para assegurar determinado direito. Deve-se ponderar que tais entidades possuem limitações orçamentárias, de pessoal, bem como de acesso às violações exis-

tentes e, por esse motivo, lhes é impossível garantir a completa observância e o cumprimento das normas laborais.

Nesse cenário em que os mecanismos usuais de defesa não são suficientes para tanto, questiona-se qual caminho deve-se percorrer para que sejam garantidos os direitos humanos e fundamentais no contexto das relações de trabalho.

3.2 O contrato de trabalho sob enfoque

Para fins de analisar um pretense “direito à mentira” nas relações laborais, parte-se das seguintes indagações que serão respondidas no transcurso desse artigo: O candidato à vaga de emprego pode ser obrigado a responder perguntas ilícitas? Quais são os limites do empregador na busca pelo empregado ideal para o seu negócio? O trabalhador, já contratado, pode se omitir ou fazer afirmação contrária à verdade quando questionado a respeito de algo que lhe possa trazer prejuízos?

Pois bem. De início, lembre-se que, embora existam diversas normas que flexibilizam a busca pela “verdade real”, como regra, a mentira não é aceita pelo ordenamento jurídico. Contudo, notadamente nos casos em que todos os mecanismos de garantia dos direitos humanos e fundamentais não atendam às necessidades imediatas da vítima, há de se ponderar o cabimento da figura da legítima defesa para fins de resguardar o que a lei lhe confere.

Há de se ter em mente que nas situações em que a violação do direito ocorre pelo próprio empregador – quando faz uma pergunta ilícita, por exemplo – não é razoável exigir que a vítima tenha que agir sob os ditames da boa-fé e lealdade, especialmente considerando que a afirmação da verdade poderá lhe trazer prejuízos que, frise-se, é fruto de uma conduta ilegal da parte contrária.

Para fins de facilitar o exemplo, imagine-se que uma candidata à vaga de emprego para o cargo de recepcionista em uma clínica médica seja questionada sobre os seguintes pontos: i) Opção sexual; ii) Se pretende ter filhos e em quanto tempo; iii) Religião; iv) Direcionamento político. Agora imagine que essa candidata tem conhecimento de quais respostas seriam esperadas pelo dono da clínica, mas, caso diga a verdade, será sumariamente eliminada do processo seletivo. Qual caminho percorrer? Dizer a verdade e ser eliminada ou mentir e continuar a participar da seleção?

Senão, vejamos. A análise deve partir do pressuposto que o empregador tem o direito de escolher o candidato que desejar, mas que essa opção também deve respeito aos direitos humanos e fundamentais, motivo pelo qual a adoção de critérios discriminatórios não pode embasar o processo seletivo. É patente que, dada a esfera íntima dessa escolha, há dificuldade em se definir qual critério foi determinante para o empregador aceitar ou rechaçar determinado candidato, isto é, se houve alguma discriminação.

É por esse motivo, bem como para preservação da privacidade e intimidade do pretense empregado, que as indagações que não estejam intrinsecamente conectadas com o exercício da atividade a ser desempenhada devem ser consideradas ilícitas.

Sob a vertente do direito à privacidade, destacamos que a própria Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD- corrobora a limitação do poder empregatício, eis que determina que o agente controlador (nesse caso, a própria empresa) somente pode tratar os dados pessoais sensíveis (relacionados a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico) quando o titular legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas, bem como quando for indispensável para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.⁸

No mesmo sentido, proíbe-se que o tratamento dos dados – que envolve a coleta e avaliação da informação – seja utilizado ao arrepio dos princípios da boa-fé e da não discriminação, impossibilitando que os dados sejam utilizados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.⁹ Assim, para além do empregador não poder coletar dados que não tenham uma finalidade específica, também não o pode fazer para discriminar o titular do dado.

Constatando, portanto, que o empregador tentou coletar um dado irrelevante para o contrato de trabalho e com potencial caráter discriminatório, pode-se concluir que o questionamento é contrário ao direito, excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, pela boa-fé ou bons costumes, na esteira do quanto prescreve o art. 187 do Código Civil. Resta saber se a legítima defesa – como ato lícito que é¹⁰ – cabe como mecanismo de defesa do candidato.

⁸ Arts. 5, II e 11 da Lei 13.709/2018.

⁹ Art. 6, IX, Lei 13.709/2018

¹⁰ Art. 188, I, Código Civil

A definição do termo encontra-se no art. 23, II, do Código Penal, o qual dispõe que “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”¹¹. Conforme pode-se inferir no exemplo exposto, há uma injusta agressão ao direito do candidato (questionamento sem conexão com o contrato de trabalho, com potencial discriminatório), o que permite a utilização “moderada dos meios necessários” para repeli-la.

Há quem defenda que, nesses casos, o empregado poderia, no máximo, exercer seu direito ao silêncio. Contudo, embora restasse preservada a privacidade do empregado, o direito de participar do processo seletivo em condição de igualdade com os demais candidatos – e, por consequência, o direito de gozo à subsistência e ao trabalho – estaria fatalmente eliminado. A situação pode ser resumida pela seguinte afirmação de João Leal Amado: “O empregador pergunta, o candidato cala, o emprego esfuma-se”.¹²

Ademais, o direito ao silêncio somente tem razão de ser caso essa conduta omissiva não implique consequências negativas a quem a pratique, do contrário, sua existência não passará de mera retórica, sem qualquer efetividade. Nessa vertente, a única forma de repelir um questionamento ilícito, sem disso lhe resultar efeitos negativos, é responder às indagações com base no que se sabe que não ensejará discriminação, o que poderá variar de acordo com a casuística apresentada.

Por esse aspecto, não se revela possível estabelecer, aprioristicamente, um rol de perguntas que seriam ilícitas. Há de se avaliar cada situação de acordo com suas peculiaridades, inclusive considerando que há diferenciações que são lícitas e, portanto, permitidas pelo ordenamento jurídico. A Convenção 111 da OIT aduz que as qualificações ocupacionais de boa-fé não devem ser recepcionadas como discriminação.

Assim, as organizações/empresas de tendências – instituições particulares que professam determinado tipo de crença ou valor – podem fazer exigências cuja finalidade social esteja intrinsecamente ligada à consecução direta do compromisso ideológico por ela encarnado, a exemplo das ordens religiosas e partidos políticos. Esclareça-se, portanto, que há determinadas situações em que, embora seja exigido um dado sensível, há razão que justifique tal conduta.

¹¹ Art. 25, Código Penal

¹² AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2020, p. 179.

Logo, no exemplo exposto, é razoável que o empregador exija que os candidatos à vaga saibam ler e escrever (já que terão que fazer agendamentos, preencher relatórios, etc), que saibam utilizar o computador ou tenham determinado curso na área (em vista da sua necessidade no dia a dia do consultório) e até mesmo que tenham um curso de línguas, caso existam muitos pacientes estrangeiros. O que não se pode, contudo, é pretender desqualificar o candidato com base em atributos desconexos com o exercício da atividade que será desempenhada.

Fala-se, assim, na existência do princípio da neutralidade, o qual assegura a concretização da ideia de que qualquer investigação em relação ao empregado, deve estar restrito à pertinência lógica com o exercício da função desempenhada, sob pena de violação do direito à não discriminação e à privacidade (art. 5, X, CF). Como corolário desse princípio, teríamos, então, o chamado *right to lie*, que é o direito do empregado de mentir acerca de questionamentos fora desse campo de relação informação/dimensionamento da capacidade do empregado.

Ainda sob o aspecto da fase pré-contratual e da limitação dos poderes empregatícios, há alguns pontos sensíveis sobre dados pessoais que já foram tratados pela lei ou analisados pelo C. TST, a fim de limitar o poder patronal. A título de exemplo, cite-se o Incidente de Recurso Repetitivo - IRR nº 01 do C. TST, em que decidiu-se que o empregador, como regra, não pode exigir certidão de antecedentes criminais dos candidatos à vaga de emprego, sob pena de dano moral *in re ipsa*. Ponderou-se os valores contrapostos e, com isso, algumas exceções foram aceitas, notadamente face à natureza do ofício ou grau de confiança exigido.

Outro ponto que merece ser abordado é a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez. Embora seja justificável o questionamento em determinadas profissões para tutelar a saúde da própria gestante e do feto - como no caso das radiologistas, as quais não podem sofrer radiação no período da gestação - como regra, a conduta acima descrita resultará em ato ilícito do empregador.

A propósito, a publicação ou anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, é vedada pelo art. 373-A, CLT, permitindo-se, apenas, quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir.

No direito comparado temos o art. 17.1 do Código de Trabalho Português, o qual proíbe que o empregador exija do candidato a emprego ou a trabalhador

que preste informações relativas: i) à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação; ii) à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

Exige-se, sem dúvidas, um dever das partes de concederem todas as informações que sejam relevantes para fins de garantir a excelência na prestação dos serviços, no entanto, tal dever somente deve subsistir se os interesses forem objetivos, legítimos, proporcionais e razoáveis.

Deste modo, para além da incidência da figura da legítima defesa nesses casos, também se revela justificável a análise sob a vertente da “coação”. Ora, se a coação é fruto de um temor de dano iminente e considerável a vítima, à sua família ou aos seus bens, a tal ponto que vicia a declaração de vontade, resultando na anulação do negócio jurídico (art. 171, II, CC), há perfeita correspondência com a situação descrita.

Com efeito, o candidato à vaga de emprego necessita de uma fonte de renda para sua subsistência e, uma vez pressionado a responder uma pergunta discriminatória, age de forma a proteger a si próprio e sua família, visando a oportunidade de obter uma fonte de renda. Logo, não pode ser prejudicado em vista de uma reação à conduta ilícita de outrem.

De outro lado, há quem refute os argumentos acima e analise a casuística sob o dolo do trabalhador; todavia, deve-se ponderar que o empregador agiu de igual modo, o que resulta na impossibilidade de quaisquer insurgências.

Dito isso, passa-se a responder objetivamente os primeiros questionamentos formulados no início deste capítulo: i) O candidato à vaga de emprego pode ser obrigado a responder perguntas ilícitas? Não. E, sendo certo que o silêncio será interpretado negativamente pelo pretense empregador, exige-se a adoção de mecanismos efetivos de garantia dos direitos humanos e fundamentais, dentre eles, o direito de fazer afirmação inverídica para não sofrer prejuízo injusto. ii) Quais são os limites do empregador na busca pelo empregado ideal para o seu negócio? O empregador deve atenção aos direitos relacionados à dignidade humana, em especial, a não discriminação e privacidade, destacando-se que a liberdade econômica também encontra limites na função social da propriedade.

Ultrapassada essa análise pré-contratual, parte-se para o seguinte questionamento: O trabalhador, já contratado, pode se omitir ou fazer afirmação contrária à verdade quando questionado a respeito de algo que lhe possa trazer prejuízos?

A mesma lógica que permeia a relação pré-contratual deve embasar a relação jurídica constituída, em vista da permanência da hipossuficiência. Como amplamente pontuado, a casuística é que deverá ditar a razoabilidade/proportionalidade da medida, mas não podemos descartar, *a priori*, a possibilidade do empregado fazer afirmação contrária à verdade para resguardar seu direito e, por consequência, sua fonte de renda.

A discriminação continua a ser combatida no âmbito das relações empregatícias, o que pode se verificar na revogação do dispositivo celetista que permitia a dispensa por justa causa do bancário inadimplente, bem como na Lei 9.029 de 1995, a qual dispõe que eventual diferenciação ilícita é passível de multa administrativa, proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais e, para o discriminado, confere o direito a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.

Verifica-se, pois, que embora prevaleça na doutrina que o empregador tem o direito potestativo de dispensar seus empregados, o mesmo não ocorre se essa rescisão tiver amparo em um critério discriminatório. Logo, se há mecanismos para garantir, *a posteriori*, o direito à igualdade dos empregados, com mais razão há de se permitir que as próprias vítimas evitem o prejuízo e exerçam seu direito à legítima defesa.

A mentira, nessas situações, não pode ser utilizada como motivo para aplicação da justa causa por ato de improbidade, eis que a conduta desleal foi originada do próprio empregador, o que daria margem até mesmo para um pedido de rescisão indireta pelo não cumprimento das obrigações contratuais. Assim, não há como se imputar à vítima qualquer penalidade por buscar os meios de defesa que lhe estão disponíveis no momento da injusta agressão aos seus bens jurídicos tutelados.

Ademais, caso se impeça que o empregado sustente a inverdade inicialmente apresentada quando da contratação – e, frise-se, que não se relacione com as atividades que serão desenvolvidas no contrato de trabalho – estar-se-á negando, de outro modo, o direito à legítima defesa. Isso porque a doutrina e jurisprudência majoritária corroboram a tese do direito potestativo do empregador de

dispensar seus empregados, independentemente de motivo técnico, econômico ou financeiro.

A despeito do Brasil ter ratificado a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT - que impede a dispensa sem justificativa – e tê-la denunciado posteriormente (ato objeto de análise do STF), o país continua ignorando seus termos e concedendo liberdade para os empregadores procederem às dispensas quando bem desejarem e sem necessidade de apresentar os motivos que os levaram a determinada ruptura. Essa situação inviabiliza ou dificulta sobremaneira a constatação de dispensas discriminatórias, eis que sem a necessidade de justificativa, resta praticamente impossível comprovar que um motivo injustamente desqualificante foi adotado para ensejar o término contratual.

Logo, sem a proteção jurídica da continuidade das relações estabelecidas, é desarrazoado exigir que o colaborador conte aspectos da sua vida que, embora irrelevantes para o desempenho de sua função, fatalmente poderão ser utilizados pelo empregador em seu prejuízo.

Há de se analisar, ainda, as questões de fundo eleitoral, em pauta nos últimos anos frente a crescente polarização entre as principais figuras do cenário político. Ora, o questionamento que surge é se o empregador poderia fazer pesquisas eleitorais entre os seus empregados, coletando qual a intenção de voto de cada um e, por sua vez, se o empregado pode se insurgir contra essa medida e, quando questionado, mentir a respeito da sua posição ideológica.

Conforme analisado acima, a resposta poderá ser diferente a depender do caso concreto. Se o empregador for um partido político, é razoável exigir que os colaboradores, que exerçam a atividade-fim da associação política, sejam realmente vinculados e alinhados com o posicionamento que ali se defende, o que lhes impediria de mentir sobre aspectos relacionados ao tema, na linha do quanto prescrito pelas convenções internacionais e da boa-fé entre os contratantes.

Ainda dentro das funções ideológicas, a doutrina especializada no assunto se divide em dois posicionamentos. A teoria subjetiva, a qual defende que a empresa pode exigir, de fato, do candidato que ele tenha posicionamento coincidente com a organização e, a teoria objetiva, que permite tão somente que o empregado não tenha posicionamento em sentido contrário ao da organização.

Assim, a depender de qual corrente se adote, limita-se ainda mais eventual ingerência na vida privada do obreiro.

De outro lado, surge o debate se os trabalhadores que exercem funções atinentes a atividade-meio do diretório político, isto é, faxineiras, auxiliares de escritório, vigias, etc., também guardam o dever da verdade e da vinculação ao posicionamento ideológico ali defendido. A doutrina majoritária entende que no caso das funções neutras não é possível esse tipo de exigência, o que lhes permitiria não tratar abertamente do assunto ou mesmo mentir caso indagados.

A maior parte das situações enfrentadas, contudo, reside na conduta adotada pelas pessoas jurídicas de caráter não ideológico. Analisa-se, assim, o primeiro aspecto do questionamento: É possível a formulação de sondagens eleitorais entre os empregados? A resposta para essa questão nem precisaria adentrar aos aspectos princípios lógicos dos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores, visto que o Tribunal Superior Eleitoral – TSE - proíbe que sejam feitas sondagens ou enquetes, somente autorizando a pesquisa eleitoral, de acordo com os critérios exigidos, além do registro no Tribunal.

Nesses ditames, o empregado não é obrigado a declarar sua intenção de voto, mas, caso o faça para evitar eventuais represálias, não está vinculado à verdade das suas reais intenções. Assim mesmo que o empregador tome conhecimento que seus colaboradores votaram em candidato da oposição e tenham dito que assim não o fariam, resta impossível a aplicação de qualquer penalidade por esse motivo.

Verifica-se, pois, que, diante de um cenário de violação dos direitos humanos e fundamentais perpetrada pelo empregador, cabe a adoção de mecanismo de legítima defesa a parte prejudicada, sob pena de tornar letra morta todo aparato de proteção aos trabalhadores.

4. CONCLUSÃO

O estudo teve por intento analisar se, no contexto das relações laborais, o direito à mentira encontra respaldo jurídico para sua configuração, considerando a imperiosa necessidade de se conferir efetividade aos direitos humanos e fundamentais.

Inicialmente, para fins de justificar a importância da concretização dos direitos humanos e fundamentais, bem como analisar suas características, fez-se uma breve digressão histórica sobre a gênese desses direitos e sua correlação com o Direito do Trabalho. Buscou-se demonstrar que a igualdade, a não dis-

criminação, a vida, a subsistência e o trabalho estão interconectados e eventuais afrontas ao seu núcleo intangível devem ser duramente reprimidas, seja no âmbito judicial - quando isso for possível -, seja por outros métodos lícitos, no contexto das relações particulares.

No segundo capítulo, buscou-se demonstrar que embora o ordenamento jurídico contemple, predominantemente, normas que rechaçam atos contrários à moral, aos bons costumes e à boa-fé, há um universo de situações que flexibilizam a busca pela verdade. Isso porque não há direitos absolutos, exigindo que o jurista pondere quais são os interesses contrapostos para se chegar ao melhor resultado possível, sem eliminar o núcleo intangível do direito que sucumbiu no caso concreto.

O terceiro capítulo adentra ao cerne da questão, instigando o jurista com questionamentos relacionados a abusos cometidos pelo empregador na fase pré-contratual e ponderando se, nas hipóteses de perguntas ilícitas, não caberia um pretense direito à mentira do candidato, com escopo de tutelar os direitos mínimos que lhe são inerentes, especialmente o de não ser discriminado e o direito ao trabalho.

Buscou-se apresentar fundamentos que autorizariam uma resposta afirmativa, com espeque em institutos como a legítima defesa, coação e aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados. Deixou-se clarividente que não há como se estabelecer, aprioristicamente, um rol de condutas que seriam ilícitas, porquanto há funções que exigem determinadas informações do candidato, a exemplo do quanto ocorre nas organizações/empresas de natureza ideológica.

Problematizou-se, ainda, o direito ao silêncio e sua aplicabilidade em detrimento da conduta comissiva inverídica, demonstrando que a omissão é interpretada de modo desfavorável ao candidato e, assim, não atende a finalidade de não discriminação do candidato. Além disso, pontuou-se que a mesma lógica que permeia a relação pré-contratual deve embasar a relação jurídica constituída, em vista da permanência da hipossuficiência.

Ainda, demonstrou-se que o Código de Trabalho Português proíbe, expressamente, que o empregador exija do candidato a emprego que preste informações relativas à sua vida privada, saúde ou estado de gravidez, salvo em situações plenamente justificáveis.

À luz do quanto explanado, conclui-se que, embora a expressão “direito à mentira” possa causar impactos naqueles que nunca tenham refletido sobre o

tema, há fundamentos para que o candidato a uma vaga de emprego, ou mesmo o empregado já contratado, possam omitir ou fazer afirmação contrária à verdade para resguardar sua intimidade, sem prejuízo da sua subsistência.

Assim, diante de um cenário de violação dos direitos humanos e fundamentais perpetrada pelo empregador, cabe a adoção de mecanismo de legítima defesa a parte prejudicada, sob pena de tornar letra morta todo aparato de proteção aos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2010.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Direito à mentira do trabalhador na fase pré-contratual? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 56, p. 219-236, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª edição. São Paulo: LTr, 2017.

ESCARPIADO, Rita. **Discriminação do trabalhador em razão do conhecimento da informação médica: em especial os dados genéticos**. Dissertação (Mestrado em Direito da Empresa) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

HOLL, Jéssica. A impossibilidade de um Direito à mentira em um paradigma de igualdade: reflexões sobre a mentira absoluta e sobre a mentira na sociedade contemporânea. **Revista do CAAP**: n. 01, V. XXIII, pp 81-91, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

MENDAS, Marlene Alexandra Ferreira. O direito à mentira da trabalhadora grávida. **Revista jurídica digital Data Venia**, ano 1, n. 02, pp. 51-13, junho 2013.

MOREIRA, Teresa Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP-87fXnhMZcJS/?lang=pt#>. Acesso em: 01.09.2022.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional – De acordo com a Reforma Trabalhista**. 10. ed.- São Paulo: Ltr, 2018.

OTERO, Filipa Gigante Aljan. **Dever de Informação e o direito a mentir do trabalhador**. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa) – Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Monografia jurídica: passo a passo**. São Paulo: MÉTODO, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Lígia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. 214. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa) – Universidade do Minho, Braga, 2014.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado: volume 1 – parte geral**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho**, volume I: parte II, LTr, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Submissão: 30.setembro.2022

Aprovação: 20.outubro.2022

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA THEMIS

Seguem abaixo as normas para publicação na REVISTA THEMIS:

Inédito: É necessário que o artigo seja inédito

Autores/titulação: Serão aceitos artigos produzidos por autores com titulação acadêmica “*stricto sensu*” (mestres ou doutores). Caso o interessado não possua tal titulação, poderá produzir o artigo em coautoria com algum destes.

Remessa do artigo para: paulobaria@fadac.com.br

Dúvidas: entre em contato conosco – Paulo Baria: (17) 3216.3472 ou WhatsApp: (17) 9.9739.4019

Regras para elaboração e formatação do artigo:

1. Título e subtítulo (se houver, devem ser separados por dois pontos): em português e inglês;
2. Área e subárea do Direito;
3. Autor(es) e coautor(es);
4. Qualificação do(s) autor(es) (e coautor(es)) contendo: nome, titulação acadêmica e profissional e e-mail que será divulgado;
5. Resumo em português e inglês (com 100 a 200 palavras cada), contendo o campo de estudo, o objetivo, o método, os resultados e a conclusão;
6. Palavras-chave em português e inglês (5 para cada idioma);
7. Sumário (antes de iniciar o texto);
8. Texto com mínimo de 10 e máximo de 20 páginas;
9. Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entrelinhas 1,5;
10. Margens esquerda e superior em 3 cm, direita e inferior em 2 cm;
11. Sistema de referências ao final do artigo, seguindo o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;
12. Eventuais figuras e tabelas devem ser inseridas no corpo do texto e não ao final;

13. Notas devem ser inseridas no rodapé da página onde foi citada, em tamanho 10 e fonte Times New Roman;
14. Pequena conclusão (no máximo 300 palavras);
15. Referências bibliográficas utilizadas no artigo;
16. Serão aceitos artigos redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão;
17. As regras para publicação estão disponíveis no site da instituição: www.revistathemis.com.br

A elaboração do artigo pelo convidado pressupõe exclusiva autoria (ou coautoria) e, com esta remessa, fica já autorizada a publicação do artigo, cujos direitos autorais serão cedidos, neste ato, à Revista Themis, de forma não onerosa.

A publicação do artigo fica ainda condicionada à aprovação irrecorrível do Conselho Editorial da Revista, que decidirá sobre eventuais questões omissas nas regras de publicação, observando-se o art. 23 do Regulamento da Revista.

Paulo Cesar Baria de Castilho
Editor-Chefe