

THEMISRevista

Volume 05 • Número 07 • Jul-Dez 2023

JURÍDICA



REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

THEMIS REVISTA

Jurídica

Volume 05

Número 07

Julho - Dezembro 2023

Fadac

Sociedade Educacional Ltda.

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

DOI: doi.org/10.55386/themis

Volume 05 - Número 07

Julho - Dezembro 2023

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

Chegamos a mais um volume da nossa Themis Revista Jurídica num momento especial em que vive o Judiciário brasileiro ante as críticas feitas pela sociedade e, em especial, pelos operadores do Direito.

Os reflexos das ações exacerbadas do Supremo Tribunal Federal, que atua em todas as frentes e de forma midiática, incomoda, como sempre pensamos, na discricão que deve ter todo julgador, especialmente em casos sensíveis para toda a sociedade.

Há clara invasão de competência constitucional, como na interferência das decisões da Justiça do Trabalho, levada a efeito por meio de meras ações de Reclamação Constitucional, como se fosse uma “quarta instância ordinária”. E, ainda, no fato de a Suprema Corte propor ação, instruir o processo e decidir, como na invasão e depredação de bens públicos na Esplanada dos Ministérios, em Brasília, ocorrida no dia 08 de janeiro de 2023.

As associações de classe reagem a esta postura adotada e a Ordem dos Advogados do Brasil lidera a crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal, inclusive em caso recente de cassar a palavra do advogado, impedindo-o de realizar sustentação oral.

De nossa parte, permaneceremos firmes no propósito de dar espaço e voz a todos que querem contribuir com o aperfeiçoamento da Ciência Jurídica. Esse o nosso compromisso.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor-chefe

SUMÁRIO

A recuperação extrajudicial como alternativa viável para a superação da crise empresarial após a lei n° 14.112/2020	07
Marcelo Gazzi Taddei	
Cultura enquanto ‘cultivo’ da degradação ambiental	33
Leonardo José Antunes Nicolau Cardoso Neto	
Improbidade administrativa: influxos do Direito Penal e Processual Penal. Aplicação retroativa da lei n. 14.230/21	51
Fernando Fukassawa	
O teletrabalho no Brasil e o uso das legislações portuguesa e francesa para colmatar as lacunas no ordenamento pátrio	85
Solainy Beltrão dos Santos Adriano Marcos Soriano Lopes Paulo Campanha Santana	
O (des) valor da escritura de Carl Schmitt para pensar a democracia contemporânea: entre o texto e o autor	107
Regina Célia Lopes Lustosa Roriz João Paulo Allain Teixeira	
As eleições de 2022 e o assédio eleitoral nas relações de trabalho	129
Marcel de Ávila Soares Marques	

O patrimônio genético humano: a edição do DNA e suas implicações bioéticas e legais	143
Eudes Quintino de Oliveira Júnior Pedro Bellentani Quintino de Oliveira Renata Clara da Silveira	
Prescrição das infrações administrativas ao Meio Ambiente	171
Luís Carlos Silva de Moraes	
Horas “<i>in itinere</i>” do trabalhador rural	183
Lorival Ferreira dos Santos	
Reforma Tributária da folha de salários: desafios para a reestruturação da tributação previdenciária brasileira	203
Mariana Monte Alegre de Paiva Nayanni Vieira Jorge	
Os novos modos de trabalhar e o injusto estigma da lei trabalhista	213
José Affonso Dallegave Neto	
<i>Legal operations</i> como elo entre o presente e um futuro estruturado na saúde mental para o jurídico: como a área pode ajudar na transformação jurídica que queremos para o ecossistema	255
Guilherme Tocci Paulo Samico	
Normas para publicação na Revista THEMIS	271

A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO ALTERNATIVA VIÁVEL PARA A SUPERAÇÃO DA CRISE EMPRESARIAL APÓS A LEI Nº 14.112/2020

Extrajudicial recovery as a viable alternative to overcome the Business Crisis after Law no. 14.112/2020

Marcelo Gazzi Taddei¹

ÁREA: Direito Privado. Direito Empresarial. Recuperação Extrajudicial

RESUMO: A negociação extrajudicial do devedor com seus credores voltou a ser permitida no país com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da recuperação extrajudicial em 2005. Bastante restrita no início, o instituto sofreu significativas alterações com a reforma da Lei nº 11.101/2005 em 2020. A evolução legislativa permitiu que a recuperação extrajudicial se tornasse uma alternativa viável para a superação da crise empresarial, mas, o grande desafio será a quebra de paradigmas culturais para a consolidação desse importante instituto da insolvência empresarial no país.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Extrajudicial. Insolvência empresarial. Lei nº 11.101/2005. Crise empresarial.

ABSTRACT: The debtor's extrajudicial negotiation with his creditors was once again allowed in the country with the introduction of extrajudicial recovery in the Brazilian legal system in 2005. Quite restricted at first, the institute underwent significant changes with the reform of Law No. 11,101/2005 in 2020. Legislative evolution allowed extrajudicial recovery to become a viable alternative for overcoming the business crisis, but the great challenge will be the breaking of cultural paradigms

¹ Advogado. Administrador Judicial em processos de Recuperação Judicial e Falência no Estado de São Paulo. Professor de Direito Empresarial na UNIP – São José do Rio Preto, SP. Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, de Franca/SP.

for the consolidation of this important institute of business insolvency in the country.

KEYWORDS: Extrajudicial Recovery. Insolvency. Law No. 11.101/2005. Business crisis.

SUMÁRIO: Introdução: a recuperação extrajudicial e a disrupção da insolvência empresarial no país 1. Recuperação judicial x recuperação extrajudicial. 2. Principais alterações na disciplina legal da recuperação extrajudicial pela Lei nº 14.112/2020. 3. Créditos abrangidos pela recuperação extrajudicial: art. 161, §1º, LFR. 4. Vinculação dos credores ao plano de Recuperação Extrajudicial. 5. Requisitos legais para requerer a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial: arts. 48 e 161, *caput* e § 3º, Lei nº 11.101/2005. 6. Restrições ao plano de recuperação extrajudicial. 7. Homologação facultativa do plano de recuperação extrajudicial: art. 162, LFR. 8. Homologação obrigatória do plano de recuperação extrajudicial: art. 163, LFR. 9. Instrução da petição inicial do pedido de homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial. 10. Processamento do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial: arts. 164 a 167, Lei nº 11.101/2005. 11. Nomeação do Administrador Judicial na recuperação extrajudicial. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO: A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A DISRUPÇÃO DA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL NO PAÍS

A convocação pelo devedor dos seus credores visando à negociação extrajudicial do seu passivo era tratado no regime legal anterior como ato de falência, mas, nem sempre foi assim. O Dec. nº 917/1890, elaborado por Carlos de Carvalho, previa como meio preventivo da decretação da falência a moratória (arts. 107/119), o acordo preventivo (arts. 120/130) e a cessão de bens (arts. 131/138).

No acordo preventivo, o comerciante regularmente inscrito que ainda não tivesse título protestado poderia requerer a homologação de acordo com credores que representassem, pelo menos, $\frac{3}{4}$ da totalidade do seu passivo.

A homologação do acordo produziria o efeito de obrigar a todos os credores quirografários, mas, negada a homologação, decretava-se a quebra do devedor.

O acordo extrajudicial foi banido do Direito brasileiro pela Lei nº 2.024/1908, que além de suprimir a *concordata branca* do seu texto, introduziu no País a moratória como causa de falência ao prever “convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de crédito ou cessão de bens”. Referida proibição foi mantida na Lei nº 5.746/1929 e no Dec. Lei nº 7.661/1945, ao repetir em seu art. 2º, III, a redação da Lei de 1908, prevendo que se presume insolvente o devedor que “convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens”.

A recuperação extrajudicial introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.101/2005 equivale ao que era conhecido como *concordata branca* no regime falimentar anterior, cuja prática configurava ato de falência, sancionando qualquer iniciativa do devedor em reunir os credores para a negociação extrajudicial do seu passivo. Não obstante, a proibição legal, distanciada da realidade, não impediu que as partes continuassem a buscar um meio de resolver o problema extrajudicialmente, de forma paralela e informal.

A concordata preventiva prevista no Dec.-Lei nº 7.661/1945 não atendia aos interesses dos devedores diante do exíguo prazo de pagamento de vinte e quatro meses, sendo 40% do pagamento no primeiro ano e os 60% restantes até o final do prazo. Além disso, superada a fase do pagamento de 40% do passivo quirografário, o devedor tinha que comprovar a regularidade das obrigações tributárias nos termos do art. 174 da lei falimentar e do art. 181 do Código Tributário Nacional, de forma que em razão das dificuldades para obter as certidões tributárias, a grande maioria das concordatas preventivas não chegavam ao final pela desistência do devedor.

A Lei nº 11.101/2005, ao introduzir a recuperação extrajudicial no ordenamento jurídico, produziu verdadeira revolução na insolvência empresarial Pátria, permitindo que o devedor convoque os seus credores justamente para propor alternativas para o seu endividamento, que podem abranger dilação, remissão de créditos ou cessão de bens.

Pelo instituto da recuperação extrajudicial, que corresponde a um procedimento simplificado de reestruturação de dívidas no qual o devedor submete à homologação judicial o acordo celebrado extrajudicialmente perante credores selecionados, o devedor e os credores podem chegar a um acordo utilizando-se de um instrumento menos formal que permite a continuação da atividade econômica com o sacrifício consentido dos credores, referente, por exemplo, a dilação do prazo de pagamento ou redução das dívidas, podendo

permanecer a negociação no âmbito puramente extrajudicial ou o devedor submetê-la à homologação judicial para a vinculação de todos os credores e produção de efeitos de proteção.

A recuperação extrajudicial objetiva evitar a falência buscando a reestruturação empresarial mediante processamento no qual o risco de falência não existe, correspondendo a uma alternativa prévia à recuperação judicial com maior celeridade, flexibilidade de negociação perante credores selecionados, simplificação de quóruns para aprovação do plano ou acordo, menor custo e preservação da imagem do devedor, além de absorver algumas vantagens da recuperação judicial como a suspensão das ações e execuções referentes aos credores abrangidos pelo plano homologado judicialmente.

O aspecto revolucionário da recuperação extrajudicial, assim como as mudanças trazidas na reestruturação das negociações, aparentemente gerou a necessidade de maior tempo para os operadores do Direito e os agentes econômicos absorverem essa nova alternativa legal para a superação da crise empresarial. Juntamente com o aspecto cultural, isso pode ser uma das razões para a ainda reduzida repercussão da recuperação extrajudicial no âmbito judicial e escassa jurisprudência sobre o tema, principalmente quando comparada com a recuperação judicial.

1. RECUPERAÇÃO JUDICIAL X RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A recuperação judicial corresponde a um procedimento mais complexo e abrangente que o da recuperação extrajudicial, apresentando um custo processual mais elevado, que exige a nomeação do Administrador Judicial e quase sempre a realização de Assembleias Gerais de Credores, com quóruns complexos para a aprovação do plano. Os objetivos da recuperação judicial, previstos no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, concentram-se na preservação da empresa, sua função social e no estímulo à atividade econômica, destacando-se como meio mais sofisticado para a superação da crise empresarial.

A recuperação extrajudicial corresponde a uma alternativa prévia à recuperação judicial, pressupondo uma situação financeira e econômica do devedor que permita a negociação parcial mediante a apresentação de novas condições de pagamento perante credores selecionados, já que não se exige a participação de todos os credores ou a realização de Assembleia Geral de Credores para a aprovação do plano.

Os meios para a superação da crise empresarial empregados na recuperação extrajudicial não apresentam grande complexidade, visto que para resolver problemas de liquidez o devedor propõe aos credores selecionados, na maioria das vezes, remissão ou dilação das dívidas, mediante acordo ou plano previamente elaborado com as condições de pagamento discriminadas.

A recuperação extrajudicial assegura que um acordo celebrado entre o devedor e os credores selecionados, referente à forma de pagamento da dívida, seja apresentado à homologação judicial para, cumpridos os requisitos legais, vincule todos os credores por ele abrangidos, inclusive aqueles que dele discordaram. As negociações são realizadas no âmbito extrajudicial, tornando-se um processo judicial quando o acordo, já celebrado, é apresentado para homologação judicial com as assinaturas dos credores que atendam ao quórum mínimo legal para a vinculação de todos (*cram down*).

Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos² ressaltam que a confusão conceitual entre os institutos da recuperação judicial e extrajudicial decorre da própria denominação escolhida pelo legislador, visto que a recuperação extrajudicial não objetiva recuperar a sociedade empresária nos moldes da recuperação judicial. Para os autores, sua melhor denominação seria *acordo* ou *concordata extrajudicial*, que se adequariam melhor à finalidade e natureza jurídica da recuperação extrajudicial.

A recuperação extrajudicial apresenta um procedimento mais simples, mais célere e menos custoso que o da recuperação judicial, no qual o devedor não precisa incluir todos os credores no plano ou acordo, podendo selecionar quais serão abrangidos na negociação. Referida flexibilidade na composição dos credores apresenta grande relevância ao permitir que o devedor, conhecedor das características do seu endividamento, garanta a reestruturação do seu passivo mediante a negociação com os credores que assegurem, ressalvadas as dificuldades existentes, o êxito das tratativas, sem a necessidade de ter que recorrer ao ajuizamento de um processo abrangente e caro como a recuperação judicial.

Outra vantagem da recuperação extrajudicial corresponde a ausência do risco de falência em caso de não ser alcançado o quórum mínimo legal para a homologação judicial do plano, risco este que existe na recuperação judicial, visto que havendo a rejeição do plano pelos credores, a previsão legal é a convalidação

² SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 289.

da recuperação judicial em falência, dentre outras hipóteses previstas no art. 73 da Lei nº 11.101/2005.

A preservação da imagem do devedor na recuperação extrajudicial também constitui ponto de destaque, visto que não havendo a necessidade ou a opção pela homologação judicial do plano, as negociações são mantidas no âmbito extrajudicial, preservando o devedor dos notórios efeitos negativos decorrentes da distribuição de um pedido de recuperação judicial perante o mercado.

Embora existam casos concretos onde se verificou a nomeação de Administrador Judicial na recuperação extrajudicial, a intervenção desse importante auxiliar da justiça não é obrigatória e suas funções são reduzidas na recuperação extrajudicial, destacando-se que com a finalidade de obter maior segurança à correção do procedimento, vem se mostrando cada vez mais frequente suas nomeações nas recuperações extrajudiciais em que o devedor apresenta o pedido de homologação judicial do plano.

As inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 à recuperação extrajudicial, mediante as alterações promovidas nos arts. 161 a 167 da Lei nº 11.101/2005, contribuíram para significativo aprimoramento desse relevante instituto, conforme será demonstrado adiante. Não obstante, ainda é possível a identificação de pontos que exigem atenção, como por exemplo a ausência de proteção dos adquirentes na recuperação extrajudicial em relação aos passivos que acompanham a venda dos bens do devedor prevista no plano, já que o art. 66-A da Lei nº 11.101/2005 protege apenas a venda, sendo omissa a Lei nº 14.112/2020 em relação ao afastamento da sucessão empresarial.

2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA DISCIPLINA LEGAL DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL PELA LEI Nº 14.112/2020

As alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020, algumas decorrentes da própria jurisprudência, proporcionaram o aprimoramento da recuperação extrajudicial no País, tornando-a mais atraente como alternativa para a solução da crise empresarial em razão, principalmente, *i)* da inclusão de créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho; *ii)* introdução do *stay period* aos credores abrangidos pelo plano; *iii)* redução do quórum para a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial; *iv)* possibilidade da distribuição do pedido sem o quórum legal mínimo que poderá ser alcançado no prazo de 90

dias da distribuição do pedido; v) proteção contra a ineficácia de atos praticados em cumprimento do plano de recuperação extrajudicial na hipótese de falência.

A primeira alteração em destaque refere-se a maior abrangência de credores, visto que a Lei nº 14.112/2020 autorizou a inclusão dos créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho, desde que exista negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional. Apesar da exigência da negociação coletiva, deve-se lembrar que anteriormente não poderiam ser abrangidos pela recuperação extrajudicial os créditos derivados da legislação do trabalho.

A exigência da negociação coletiva com o sindicato da categoria, além dos debates referentes à representação, pode constituir obstáculos para a inclusão dos credores trabalhistas na recuperação extrajudicial, já que o devedor poderá obter o mesmo resultado por meio de acordos coletivos perante a Justiça do Trabalho. A exigência da participação da negociação coletiva com o sindicato, não prevista na recuperação judicial, reflete a necessidade identificada pelo legislador de tutela dos trabalhadores pelo sindicato.

Em relação ao cômputo do quórum dos créditos trabalhistas para análise da aprovação do plano de recuperação extrajudicial, a votação ocorre de forma específica na espécie ou grupo de credores trabalhistas, entendendo-se que deve ser computado o quórum pela regra geral prevista no art. 163, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, ou seja, pelo valor dos créditos trabalhistas.

O art. 163 prevê que a homologação do plano “obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial”. Não deve ser aplicada na recuperação extrajudicial a regra prevista para o voto do credor na recuperação judicial, na qual o voto é por cabeça (quantitativo), independentemente do valor do crédito.

Nos termos do art. 162 da Lei nº 11.101/2005, a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial exige que o documento contenha a assinatura dos credores aderentes, cuja representação pelo sindicato certamente será objeto de discussões com a correspondente necessidade da definição pela jurisprudência da dispensa das assinaturas dos credores e delimitação da participação do sindicato.

Fábio Ulhoa Coelho³ defende que a “concordância do sindicato relativamente à novação dispensa a adesão ao plano de recuperação extrajudicial de mais

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021, p. 491

da metade dos empregados cujos direitos serão alterados”, destacando que “a submissão da minoria de credores (trabalhistas) se dá por representação sindical e não pela manifestação da maioria dos trabalhadores titulares de créditos.”

Na recuperação judicial os credores trabalhistas podem ser representados individualmente e, quando ausentes, podem ser representados pelo sindicato (art. 38, §5º, da Lei nº 11.101/2005). Na recuperação extrajudicial, diante da ausência de previsão legal específica, existem questões referentes à representatividade dos credores pelo sindicato que despertam divergências, destacando-se dentre elas a possibilidade da pluralidade de sindicatos e a divergência de votos entre o sindicato e os credores trabalhistas. Sem dúvida, são aspectos que exigirão a definição pela jurisprudência.

O quórum legal para a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial previsto originalmente era de 3/5 dos créditos abrangidos pelo plano. Referido quórum mostrava-se superior ao exigido para a aprovação do plano na recuperação judicial, de forma que a redução do quórum legal para mais da metade dos créditos de cada espécie pela Lei nº 14.112/2020 proporcionou condições mais favoráveis à sua aprovação.

A nova redação do art. 163 pela Lei nº 14.112/2020 prevê para a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial o quórum de mais da metade dos créditos de cada espécie ou grupo de credores abrangidos pelo plano, sujeitando apenas os credores não aderentes de cada espécie ou grupo de credores, ou seja, não existe a hipótese de *cram down* entre espécies ou grupo de credores, restringindo-se a vinculação dos dissidentes ao plano somente na referida espécie ou grupo de credores em que o plano foi aprovado.

A Lei nº 14.112/2020 também autorizou expressamente a distribuição do pedido de homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial antes mesmo de alcançado o quórum legal mínimo de adesões dos credores, exigindo o art. 163, §7º, da Lei nº 11.101/2005 o quórum de pelo menos 1/3 de todos os créditos de cada espécie abrangido pelo plano para a distribuição antecipada do pedido de homologação.

Referida previsão legal, aparentemente, busca incentivar a negociação do devedor e seus credores no ambiente do *stay period*. Não havendo o alcance do quórum legal no prazo improrrogável de 90 dias, contado da data do pedido, o devedor pode optar entre desistir da homologação ou requerer a conversão em recuperação judicial, não havendo nesse caso o risco de falência.

A conversão da recuperação extrajudicial em recuperação judicial corresponde a uma opção exclusiva do devedor, não sendo facultada aos credores, Ministério Público e demais interessados. Determinada a conversão, a recuperação judicial seguirá nos mesmos autos da recuperação extrajudicial anteriormente proposta, com as anotações necessárias, cabendo ao devedor atender todas as formalidades legais previstas para a recuperação judicial.

Importante inovação proporcionada pela Lei nº 14.112/2020 para a recuperação extrajudicial, que atribuiu maior segurança jurídica ao instituto com base em entendimento que a jurisprudência já vinha adotando, foi a previsão do *stay period* no art. 163, §8º, da Lei nº 11.101/2005, que prevê a suspensão das ações e execuções especificamente em relação às espécies de créditos abrangidos pelo plano desde a data do pedido de homologação judicial.

Pela sistemática legal, a suspensão das ações e execuções pelo prazo de 180 dias, restrita aos credores abrangidos pelo plano, é automática, decorrendo do próprio ajuizamento do pedido. A inclusão do *stay period* na recuperação extrajudicial evita a necessidade da concessão de tutela de urgência para a suspensão das ações, bem como da análise da petição inicial e documentos que a instruem pelo fato de a suspensão ocorrer de forma automática.

O *stay period* como meio de estabilização entre devedor e credores mostra-se essencial para assegurar um ambiente equilibrado e produtivo de negociação. Ao associar o *stay period* da recuperação extrajudicial ao art. 6º da Lei de regência, o legislador concedeu o prazo de suspensão de 180 dias na recuperação extrajudicial.

Referido prazo é superior ao tempo previsto para a prática dos atos necessários à homologação do plano de recuperação extrajudicial, lembrando que o prazo para o alcance do quórum mínimo legal para homologação do plano é de 90 dias contado da distribuição do pedido (art. 163, §7º, da Lei nº 11.101/2005), de forma que na recuperação extrajudicial, havendo o trâmite processual normal, não deverá surgir a necessidade de debate quanto à prorrogação do *stay period*.

Ainda sobre o *stay period* na recuperação extrajudicial, destaca-se a possibilidade de dedução do prazo de suspensão de até 60 dias decorrente da tutela de urgência cautelar obtida pelo devedor em eventual procedimento de conciliação ou mediação antecedente, instaurado perante o CEJUSC nos termos do art. 20-B, §§1º e 3º da Lei nº 11.101/2005. Havendo pedido de recuperação extrajudicial, o período de suspensão de 60 dias previsto no §1º do art. 20-B será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º, tanto na recuperação

judicial como também na recuperação extrajudicial (art. 20-B, §3º da Lei nº 11.101/2005).

No caso de conversão de recuperação extrajudicial em recuperação judicial, não se identifica na Lei nº 11.101/2005 previsão referente a dedução do *stay period* da recuperação extrajudicial já transcorrido. Havendo a apresentação de novo pedido de recuperação extrajudicial, também não há previsão legal específica para a dedução do *stay period* da recuperação extrajudicial anterior na nova, não se afastando a possibilidade de entendimento a ser definido na jurisprudência sobre a questão a fim de corrigir eventuais abusos identificados.

O *stay period* inicia-se automaticamente com a distribuição do pedido de recuperação extrajudicial, sendo ratificado judicialmente com o preenchimento do quórum legal para a homologação do plano. O *stay period* encerra-se com o indeferimento do pedido de homologação, decurso do prazo legal de 180 dias, com a homologação do plano de recuperação extrajudicial ou sua rejeição com base nas impugnações ou, ainda, pela desistência do devedor.

O art. 164 da Lei nº 11.101/2005 foi alterado para afastar a necessidade de publicação do edital para convocação dos credores em órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional da sede e das filiais do devedor. A nova redação exige a publicação de edital eletrônico de convocação dos credores para impugnação ao plano de recuperação extrajudicial, ou seja, o edital eletrônico será objeto de publicação no diário oficial eletrônico.

3. CRÉDITOS ABRANGIDOS PELA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL: ART. 161, §1º, LFR

De acordo com o art. 161, §1º, LFR, considerando a nova redação atribuída pela Lei nº 14.112/2020, estão sujeitos à recuperação extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária e aqueles previstos no art. 49, §3º e 86, II, da LFR (proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável, vendedor titular de reserva de domínio e instituição financeira credora por adiantamento ao exportador), sendo que a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho exigem negociação coletiva com o sindicato da categoria profissional.

A reforma ocorrida em 2020 passou a admitir os créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho mediante negociação coletiva com o

sindicato da categoria. Não obstante, evidente que a lei não proíbe que esses credores participem da recuperação extrajudicial e celebrem tratativas com o devedor, já que a lei apenas estabelece que não serão obrigatoriamente incluídos na recuperação extrajudicial, podendo, desde que de forma voluntária, ocorrer a inclusão desses credores.

Em relação aos demais créditos excluídos da recuperação extrajudicial, existem aqueles que em razão da natureza e respectivos óbices legais, como se verifica em relação aos créditos tributários, não admitem livre transação e somente podem ser negociados nos termos da legislação específica. Não obstante, nada impede que um credor por alienação fiduciária ou arrendamento mercantil seja abrangido pelo plano de recuperação extrajudicial, caso as condições de pagamento atendam ao seu interesse.

4. VINCULAÇÃO DOS CREDITORES AO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A recuperação extrajudicial é feita por espécies de créditos, conforme discriminado no art. 83 da Lei nº 11.101/2005 (LFR), que originalmente apresentava seis incisos, sendo que a Lei nº 14.112/2020 revogou os incisos IV e V e deixou de alterar o art. 163, §1º.

“Art. 83 A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

- I. os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidente de trabalho;
- II. os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado;
- III. os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, exceto os créditos extraconcursais e as multas tributárias;
- IV. (REVOGADO)
- V. (REVOGADO)
- VI. os créditos quirografários, a saber:
 - a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo
 - b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; e
 - c) os saldos dos créditos derivados da legislação trabalhista que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;
- VII. as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias;

VIII. os créditos subordinados, a saber:

- a) os previstos em lei ou em contrato;
- b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício cuja contratação não tenha observado as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado; e

IX. os juros vencidos após a decretação da falência, conforme previsto no art. 124 desta Lei.”⁴

Nos termos do art. 161, §1º, da LFR, ficam excluídas da recuperação extrajudicial as espécies de créditos dos incisos I (crédito trabalhista sem negociação coletiva), III (crédito tributário) e VII (multas tributárias).

Todas as demais espécies previstas nos demais incisos do art. 83 podem ser abrangidas pelo plano de recuperação extrajudicial, observadas as exceções já apresentadas no art. 49, §3º e 86, II, da LFR (proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável, vendedor titular de reserva de domínio e instituição financeira credora por adiantamento ao exportador).

O plano de recuperação extrajudicial vincula todos os credores por ele abrangidos e que a ele aderiram, lembrando que o devedor não está obrigado a incluir todos os credores abrangidos pela recuperação extrajudicial.

A critério do devedor ou para vincular os credores que não aderiram ao plano, bem como para obter a suspensão das ações e execuções (*stay period*), pode ser requerida pelo devedor a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial, sendo que a partir do protocolo, nenhum credor que aderiu ao plano pode desistir, a menos que haja a concordância expressa de todos os demais credores aderentes.

Se mais da metade dos credores de determinada espécie aderirem ao plano, a homologação judicial vincula também todos os demais credores abrangidos pelo plano daquela mesma espécie de crédito ou grupo de credores (*cram down*), conforme art. 163, *caput*, da Lei nº 11.101/2005.

O §7º do art. 163 prevê a possibilidade de o devedor apresentar pedido de homologação do plano com a comprovação da anuência de credores representantes de pelo menos 1/3 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, com o compromisso de no prazo improrrogável de 90 dias, contado

⁴ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 01 ago. 2023.

da data do pedido, atingir o quórum legal exigido mediante adesão expressa, facultando, ainda, a conversão do procedimento em recuperação judicial a pedido do devedor mediante o atendimento aos requisitos legais específicos.

O art. 162 prevê que o devedor pode requerer homologação judicial apenas para os que aderiram ao plano, independentemente do número de credores aderentes, juntando suas justificativas e o documento contendo seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram. Após a distribuição do pedido de homologação judicial, os que aderiram ao plano só podem desistir da adesão com a anuência expressa dos demais signatários (art. 161, §5º, LFR).

Havendo óbice à homologação, o Juiz indefere o pedido e extingue o feito, retornando todas as partes ao estado anterior ao pedido de homologação, sem risco de falência e com a possibilidade da apresentação de novo pedido de homologação de plano sem limite mínimo de prazo.

5. REQUISITOS LEGAIS PARA REQUERER A HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL: ARTS. 48 E 161, *CAPUT* E § 3º, LEI Nº 11.101/2005

Para o devedor conseguir a homologação do plano de recuperação extrajudicial deve preencher os requisitos previstos nos arts. 48 e 161, *caput* e §3º, da Lei nº 11.101/2005:

- a) art. 48, LFR: explorar regularmente a atividade empresarial há mais de 2 anos; não ser falido ou, se o foi, se encontrarem declaradas extintas suas obrigações por sentença transitada em julgado; não ter, há menos de 5 anos, obtido concessão de recuperação judicial comum ou especial; não ter sido condenado ou não possuir administrador ou controlador condenado por crime falimentar;
- b) não se encontrar pendente nenhum pedido de recuperação judicial do devedor;
- c) não ter obtida a concessão da recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 anos.

Cumprido ressaltar que os empresários excluídos da Lei nº 11.101/2005 pelo art. 2º não podem se beneficiar da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

6. RESTRIÇÕES AO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Além dos requisitos referentes ao empresário requerente (requisitos subjetivos), a lei também prevê restrições ao plano de recuperação extrajudicial (requisitos objetivos), ou seja, o plano de recuperação extrajudicial para ser homologado deve preencher os seguintes requisitos:

- a) o plano não poderá prever o pagamento antecipado de dívidas (art. 161, §2º, LFR);
- b) o plano não poderá prever tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos (art. 161, §2º, LFR);
- c) o plano somente pode abranger os créditos constituídos até a data do pedido de homologação judicial (art. 161, §1º, LFR);
- d) o plano pode prever a alienação de bem gravado ou a supressão ou substituição de garantia real somente se existir a concordância expressa do credor garantido – hipotecário, pignoratício (art. 163, §4º, LFR);
- e) o plano não pode prever o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem a autorização expressa do credor titular do respectivo crédito (art. 163, §5º, LFR).

Da mesma forma que se verifica no âmbito da recuperação judicial, o Poder Judiciário pode exercer o controle de legalidade do plano de recuperação extrajudicial sem adentrar, contudo, em aspectos quanto a sua viabilidade econômica. Nesse sentido o seguinte julgado do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

“PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. Homologação. Admissibilidade. Créditos correspondentes a 52%. Adesão dos credores em condições de sobressair. Controle de legalidade: Somente é permitido ao Judiciário o controle de legalidade, ou seja, não cabe o controle de cláusulas atinentes à viabilidade/equilíbrio econômico do plano aprovado pela assembleia de credores, que é soberana sobre o tema. Enunciados 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial do CJF/CNJ. Alegação de nulidade da cláusula 10. Aplicação integral do entendimento firmado pela Segunda Seção do c. STJ no REsp 1.794.209/SP: “2. Cinge-se a controvérsia a definir se a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a supressão das garantias reais e fidejussórias pode atingir os credores que não manifestaram sua expressa concordância com a aprovação do plano. 3. A cláusula que estende a novação aos coobrigados é legítima e oponível apenas aos credores que aprovaram o plano de recuperação sem nenhuma ressalva,

não sendo eficaz em relação aos credores ausentes da assembleia geral, aos que se abstiveram de votar ou se posicionaram contra tal disposição. 4. A anuência do titular da garantia real é indispensável na hipótese em que o plano de recuperação judicial prevê a sua supressão ou substituição”. Sentença parcialmente reformada. Recursos dos réus parcialmente providos e desprovido o da autora.”⁵

Na hipótese de o plano prever a venda de bens, destaca-se a previsão constante no art. 66-A da Lei nº 11.101/2005, estabelecendo que a “alienação de bens ou a garantia outorgada pelo devedor a adquirente ou a financiador de boa-fé, desde que realizada mediante autorização judicial expressa ou prevista em plano de recuperação judicial ou extrajudicial aprovado, não poderá ser anulada ou tornada ineficaz após a consumação do negócio jurídico com o recebimento dos recursos correspondentes pelo devedor.”

Por outro lado, se a venda é protegida pelo art. 66-A da Lei nº 11.101/2005, igual atendimento não se dá aos passivos que podem vir a acompanhar o ativo, o que evidentemente afetará o seu preço diante do risco da sucessão empresarial. A doutrina destaca a ausência de alteração específica para deixar claro que o adquirente do ativo do devedor em recuperação extrajudicial não pode ser responsabilizado pelas dívidas e contingências do devedor alienante, como se verifica na venda judicial da falência e recuperação judicial (arts. 66 e 141, LFR).

Nesse sentido, embora admite-se que o plano de recuperação extrajudicial possa contemplar os meios de superação da crise previstos para a recuperação judicial no art. 50 da Lei nº 11.101/2005, a venda de bens do ativo do devedor, ainda que prevista em plano de recuperação extrajudicial homologado e que a venda ocorra judicialmente nos termos do art. 142, não apresenta na atualidade segurança jurídica ao adquirente quanto ao risco da sucessão empresarial, o que certamente prejudicará a eficácia dessa modalidade de recuperação diante da provável ausência de interessados na aquisição dos bens.

7. HOMOLOGAÇÃO FACULTATIVA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL: ART. 162, LFR

A nova redação do art. 6º, §8º, da Lei nº 11.101/2005 prevê que a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial ou a homologação

⁵ TJSP. Apelação nº 1000894-23.2021.8.26.0260. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Natan Zelinski de Almeida. DJ 19/12/2022. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=R100721360000&gateway=true#> > Acesso em: 01 ago. 2023.

de recuperação extrajudicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de falência, recuperação judicial ou homologação de recuperação extrajudicial relativo ao mesmo devedor. Para a falência e recuperação judicial, o legislador exige apenas a distribuição, sendo que para a recuperação extrajudicial prevê a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial.

Nos termos do art. 3º da Lei nº 11.101/2005, é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede no Brasil.

O art. 162 prevê que:

“O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.”⁶

É possível identificar na lei duas hipóteses distintas de homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial. A primeira, facultativa, é a homologação do plano que conta com a adesão da **totalidade** dos credores atingidos pelas medidas nele previstas, estando prevista no art. 162 da Lei nº 11.101/2005.

Quando todos os credores cujos créditos são alcançados pelo plano aderiram a ele, a homologação judicial não é obrigatória para a sua implementação, ou seja, se o plano possui a assinatura de todos os credores atingidos por ele, a homologação não é condição para obrigá-los, visto que já concordaram com as condições de pagamento (dilação, remissão etc.).

Justifica-se a homologação facultativa em razão dos seguintes motivos:

- a) revestir o ato de maior solenidade, chamando a atenção das partes para a sua importância;
- b) possibilitar a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas, quando prevista no plano para a venda nos termos do art. 142 (art. 166, LFR);
- c) atribuir a sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial a natureza de título executivo judicial (art. 161, §6º, LFR);
- d) obter a suspensão das ações e execuções (*stay period*) em relação aos credores abrangidos pelo plano (art. 163, §8º, LFR).

⁶ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 01 ago. 2023.

Ao requerer a homologação facultativa, o devedor deve instruir o pedido com a justificativa do pleito e o instrumento de recuperação extrajudicial (plano, acordo, termo etc.) assinado por todos os credores aderentes. A instrução é mais simples nesse caso porque os efeitos da homologação judicial possuem menor alcance.

8. HOMOLOGAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL: ART. 163, LFR

O art.163, caput, prevê que:

“O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial.”⁷

A homologação obrigatória trata-se de hipótese em que o devedor conseguiu obter a adesão de parte significativa dos seus credores ao plano de recuperação, mas, uma parte dos credores ainda discorda das suas condições.

Nesse caso, com a homologação judicial do plano estendem-se os seus efeitos aos minoritários discordantes, suprindo-se assim a necessidade de sua adesão voluntária mediante o efeito conhecido como *cram down*. Para ser homologado com base no art. 163, o plano deve ostentar a assinatura de pelo menos mais da metade dos créditos de cada espécie ou grupo de credores abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial.

Na realização do cálculo para a verificação da percentagem, os créditos em moeda estrangeira devem ser convertidos para a moeda nacional, segundo a taxa de câmbio da véspera da assinatura do plano pelos credores aderentes e não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43, LF (art. 163, §3º, I e II, LF). No cálculo do percentual de adesões mínimas não se computam os créditos titularizados por pessoas ligadas ao devedor, ou seja, as listadas no art. 43 da Lei nº 11.101/2005.

⁷ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 01 ago. 2023.

Nos termos do art. 165 da Lei nº 11.101/2005, os efeitos da homologação do plano não podem ser anteriores a sua homologação, a não ser que se refiram ao valor ou forma de pagamento de crédito titularizado por credor signatário do plano. Para as demais alterações, referentes por exemplo à garantia, bem como para os créditos de quem não aderiu ao plano, os efeitos são necessariamente posteriores à homologação.

Rejeitada a homologação por qualquer motivo, o credor que havia concordado com a mudança do valor ou da forma de pagamento readquire seus direitos anteriores à adesão, nas condições originais, deduzidos os valores eventualmente pagos pelo devedor.

Portanto, para os credores que aderiram ao plano, assinando-o, os efeitos podem ser anteriores à homologação. Por outro lado, para os credores que foram obrigados pelo plano pelo *cram down*, os efeitos anteriores à homologação são vedados.

9. INSTRUÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

9.1. HOMOLOGAÇÃO FACULTATIVA: ART. 162, LFR

Para o pedido de homologação facultativa, a lei estabeleceu uma instrução bastante simples, consistente na justificativa e na apresentação do plano (documentos com os termos e condições). A simplicidade decorre do fato de os efeitos da homologação facultativa serem de menor extensão em comparação com a homologação obrigatória, afinal, o plano já conta com a assinatura de todos os credores por ele abrangidos.

9.2. HOMOLOGAÇÃO OBRIGATÓRIA: ART. 163, §6º, LF

A instrução do pedido de homologação obrigatória, em razão do maior alcance dos seus efeitos perante os discordantes é mais complexa. Além da justificativa e do plano contendo a assinatura da maioria aderente, o devedor deve apresentar em juízo:

- a) exposição da situação patrimonial do devedor;

- b) demonstrações contábeis referentes ao último exercício social
- c) demonstrações contábeis referentes aos três últimos exercícios e as levantadas especialmente para instruir o pedido (30 dias antes do pedido);
- d) documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir (ato de investidura do administrador de sociedade empresária acompanhado do estatuto ou do contrato social, instrumento de procuração com poderes específicos),
- e) relação nominal completa dos credores (de todos os credores, não apenas dos credores sujeitos ao plano), com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente (art. 163, §6º, I, II e III, Lei nº 11.101/2005).

10. PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL: ARTS. 164 A 167, LEI Nº 11.101/2005

O pedido de homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial não gera a suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação da falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial (art. 161, §4º, Lei nº 11.101/2005).

Os credores abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial terão suspensas as ações e execuções em andamento, não podendo também requerer a falência do devedor pelos créditos constantes do plano de recuperação extrajudicial.

10.1. PUBLICAÇÃO DO EDITAL ELETRÔNICO

Recebido o pedido de homologação do plano, o juiz manda publicar Edital eletrônico (publicação no Diário Oficial Eletrônico), não sendo mais exigidas as publicações no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor.

O Edital eletrônico objetiva a convocação dos credores do devedor para a apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial (art. 164, *caput*, Lei nº 11.101/2005).

10.2. PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO DO PLANO E O ENVIO DE CARTA AOS CREDORES ABRANGIDOS PELO PLANO: ART. 164, §1º E §2º, LFR

Os credores (qualquer credor) terão o prazo de 30 dias, contado da publicação do Edital eletrônico para impugnarem o plano, juntando a prova do seu crédito. No mesmo prazo (30 dias), o devedor deverá comprovar o envio de carta a todos os credores sujeitos ao plano, domiciliados ou sediados no País, informando a distribuição do pedido, as condições do plano e prazo para impugnação (o prazo de 30 dias nesse caso é contado a partir da publicação do Edital eletrônico).

10.3. OBJETO DA IMPUGNAÇÃO: ART. 164, §3º, LFR

De acordo com o art. 164, §3º, da Lei nº 11.101/2005, na impugnação ao plano de recuperação extrajudicial, os credores (qualquer credor) somente poderão alegar:

- a) não preenchimento do quórum de credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie ou grupo de credores;
- b) prática de qualquer dos atos previstos no art. 94, III (atos de falência) ou do art. 130, LFR (simulação de crédito) ou descumprimento de requisito previsto nesta lei;
- c) descumprimento de qualquer outra exigência.

10.4. PROCESSAMENTO DA IMPUGNAÇÃO

Apresentada a impugnação abre-se o prazo de 5 dias para a manifestação do devedor. Decorrido esse prazo, os autos são conclusos ao juiz, que decidirá no prazo de 5 dias sobre o plano de recuperação extrajudicial, homologando-o por sentença se entender que o pedido atende aos requisitos legais, se não houver fraude do art. 130 da Lei nº 11.101/2005 ou outras irregularidades. A homologação será indeferida se existir prova de simulação de créditos ou vícios de representação dos credores que subscreveram o plano.

Da sentença que homologar ou indeferir a homologação cabe apelação sem efeito suspensivo (art. 164, §7º, Lei nº 11.101/2005).

10.5. REAPRESENTAÇÃO DO PEDIDO: ART. 164, §8º, LF

De acordo com art. 164, §8º, da Lei nº 11.101/2005, na hipótese de indeferimento da homologação, nada impede a reapresentação do pedido pelo devedor, desde que afastado o motivo que justificou a decisão denegatória, podendo ser apresentado novo plano.

O indeferimento do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não é causa de decretação da falência do devedor e não existe intervalo mínimo de prazo para a apresentação de novo pedido pelo mesmo devedor.

11. NOMEAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Embora a recuperação extrajudicial caracterize-se pela menor intervenção judicial, destacam-se decisões em que os juízes, ressaltando a necessidade de zelar pela correção do procedimento e pelo cumprimento das normas de ordem pública, principalmente pelo fato que a aprovação do plano obrigará todos os credores por ele abrangidos, determinam a realização de verificação prévia e nomeiam o Administrador Judicial na recuperação extrajudicial.

Embora a Lei nº 11.101/2005 não tenha previsto expressamente a nomeação do Administrador Judicial ou a verificação prévia da documentação apresentada pelo devedor no pedido de recuperação extrajudicial, constata-se em alguns processos de recuperação extrajudicial a nomeação de Administrador Judicial para análise preliminar dos documentos para a verificação da regularidade da documentação apresentada pelo devedor.

Nesse sentido, destaca-se no âmbito doutrinário sobre a questão os seguintes entendimentos:

“A lei não prevê a nomeação de administrador judicial, o que se coaduna com o princípio que norteia a recuperação extrajudicial, tendente a evitar despesas maiores, bem como a propiciar maior rapidez no andamento do pedido de homologação. A propósito João Pedro Scalzilli (pg. 375) louva a redução dos atos processuais, relembrando a desnecessidade de nomeação de administrador, com a diminuição dos custos, comparativamente à recuperação judicial. No entanto, e sem embargo de inexistência de previsão legal, poderá o juiz, se acaso o pedido trazer complexidade

especial, nomear administrador para auxiliar no exame da documentação apresentada com a inicial e para acompanhamento na fiscalização do feito. O trabalho do administrador será no sentido deste exame inicial e para fornecer ao juízo elementos de que acaso careça o pedido inicial, bem como fiscalização do andamento até a homologação, desnecessária qualquer fiscalização do cumprimento após a homologação. Claro que tendo em vista o menor trabalho que será exigido do administrador, o juiz tomará o cuidado necessário para que tal nomeação não venha a onerar, de forma muito acentuada, o autor do pedido de homologação.”⁸

“Ao contrário da decisão de processamento da recuperação judicial, não há previsão de nomeação de administrador judicial na recuperação extrajudicial. Essa nomeação seria, a princípio, incompatível com a redução dos custos e da complexidade do procedimento buscada pela LREF.

Entretanto, se a recuperação extrajudicial possuir grande quantidade de credores e ela submetidos, a análise das impugnações ao plano poderá revelar-se complexa e exigir do Magistrado estrutura e celeridade incompatíveis com a realidade atualmente existente no Poder Judiciário. Nessa hipótese, a nomeação do administrador judicial poderá ser excepcionalmente admitida. Deverá ser realizada nos termos dos artigos 21 e seguintes da Lei.”⁹

Na mesma linha, os seguintes julgados do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. Divergências em relação aos créditos listados na classe quirografária, pertencentes a ex-sócio da devedora. Determinação de perícia prévia a fim de comprovar a higidez do crédito e o recebimento do preço pela sociedade. Correção. Existência de indícios que lastreiam a providência acautelatória determinada pelo juízo. Crédito relevante para fins de aprovação do plano. Inexistência de prova de ingresso dos valores no caixa da sociedade. Questão a ser dirimida pelo perito. RECURSO DESPROVIDO.”¹⁰

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. DECISÃO QUE DETERMINOU REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA VERIFICAR SIMULAÇÃO OU FRAUDE NAS CES-

⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. p. 538-539

⁹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 512-513

¹⁰ TJSP. AgI nº 2204539-64.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. AZUMA NISHI. DJ 28/11/2018. Obtido em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI004RBRH0000>> Acesso em: 01 ago. 2023.

SÕES DE CRÉDITO, FIXOU OS HONORÁRIOS PERICIAIS PROVISÓRIOS EM R\$ 5.000,00, E IMPUTOU ÀS RECUPERANDAS O ÔNUS DO PAGAMENTO. RECURSO DAS RECUPERANDAS PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Preliminares de não conhecimento do agravo rejeitadas. Taxatividade mitigada do art. 1.015, do NCPC. Tese firmada pelo STJ em recursos repetitivos. Ausência de violação ao art. 1.016, I e IV, NCPC (requisitos da petição de agravo). 2. O magistrado é o destinatário das provas, cabendo a ele decidir, e até mesmo determinar, de ofício (art. 370, caput, NCPC), as provas que julgar necessárias para formação de seu convencimento motivado. 3. As regras do ônus da prova não se confundem com as regras de seu custeio, expressamente previstas nos arts. 91, §§1º e 2º, e 95, do NCPC. 4. No caso concreto, observa-se que a prova pericial foi requerida pelo Ministério Público, como *custus legis*. Credora/agravada que apenas aderiu ao pedido do Ministério Público. 5. Pagamento dos honorários periciais que deve observar as regras do art. 91, §§1º e 2º, do NCPC. 6. Ademais, deve ser afastado o valor arbitrado a título de honorários periciais provisórios (R\$ 5.000,00), eis que a proposta de honorários, à luz do art. 465, §2º, I, do NCPC, deve ser apresentada pelo perito. 7. Agravo de instrumento parcialmente provido.”¹¹

Considerando o entendimento doutrinário e os julgamentos proferidos no âmbito do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se a tendência de nomeação do Administrador Judicial nas recuperações extrajudiciais para a verificação prévia dos documentos apresentados pelo devedor e respectivo acompanhamento processual até o seu encerramento, com destaque para atuação específica na análise dos créditos relacionados e impugnações ao plano de recuperação extrajudicial.

CONCLUSÃO

Apesar da existência de pontos que ainda exigem superação, as alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 proporcionaram maiores perspectivas para a recuperação extrajudicial no País como relevante alternativa existente à superação da crise empresarial mediante a reestruturação viável do passivo do devedor.

Não obstante, a recuperação judicial deve continuar sendo a principal personagem no âmbito da insolvência empresarial, apesar de exigir estrutura

¹¹ TJSP. AgI nº 2091136-83.2019.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. ALEXANDRE LAZZARINI. DJ 03/07/2019. Obtido em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI0052DT80 000>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

de maior complexidade e a obrigatória intervenção do Poder Judiciário, com a correspondente morosidade e os inevitáveis custos.

Essa tendência deve prevalecer no País pelo menos enquanto vigorar entre nós os paradigmas culturais que prestigiam a preferência dos devedores e dos credores pela solução judicial dos litígios em detrimento da busca da negociação extrajudicial e preventiva para a superação da crise econômica e financeira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 15^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Impresso.

BRASIL. Lei n° 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em <<https://www.tjsp.jus.br>> Acesso em: 01 ago. 2023.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. Impresso.

FELSBERG, Thomas Benes e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A reestruturação de dívidas por meio da recuperação extrajudicial**. Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas. MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga [Org]. D'Plácido: Belo Horizonte, MG. 2016: 605-620. Impresso.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018. Impresso.

SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Impresso.

Submissão: 04. agosto.23

Aprovação: 11. agosto.23

CULTURA ENQUANTO ‘CULTIVO’ DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

*Culture as a ‘Cultivation’
of environment degradation*

Leonardo José Antunes¹

Nicolau Cardoso Neto²

ÁREA: Direito Ambiental

RESUMO

O presente estudo consiste em realizar uma breve análise sobre os aspectos gerais da degradação ambiental e da cultura. Tem por objeto a observação da relação entre a degradação ambiental e a cultura humana. Sua problemática consiste em evidenciar se há ou não relação entre ambos, e em caso positivo, se esta tem sido benéfica ou não. Os métodos empregados são: o indutivo e o sistêmico funcional, os quais orientam o desenvolvimento argumentativo desta pesquisa. No primeiro item busca-se levantar alguns apontamentos que se entende relevantes quanto ao meio ambiente e a degradação ambiental. Já no segundo item, será realizada uma breve análise da cultura humana. Por fim, no terceiro e último item,

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD-FURB, Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Administrativo (LFG), Bacharel em Direito (UNIDAVI). Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9394202848649864>. E-mail: ljantunes@furb.br.

² Professor do Programa de Mestrado em Direito Público e Constitucionalismo (PPGD-FURB), Professor do Programa de Mestrado em Engenharia Ambiental (PPGEA-FURB) e dos cursos de graduação da Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade de Blumenau - FURB, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Ambiental pela Fundação Boiteux - UFSC. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Sanitárias, Agropecuárias e Ambientais, linha Políticas de Saúde para populações humanas e de animais. Advogado. ORCID - <https://orcid.org/0000-0002-9463-0673> ; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9877056120236239>; E-mail ncardoso@furb.br

ambos os assuntos serão convergidos, para que reste claro se há ou não relação entre ambos.

PALAVRAS-CHAVE: direito ambiental; meio ambiente; degradação ambiental; cultura.

ABSTRACT

The present study consists of carrying out a brief analysis of the general aspects of environmental and cultural degradation. Its purpose is to observe the relationship between environmental degradation and human culture. Its problem consists of showing whether or not there is a relationship between the two, and if so, whether it has been beneficial or not. The methods employed are: the inductive and the systemic functional, which guide the argumentative development of this research. The first item seeks to raise some notes that are understood to be relevant in terms of the environment and environmental degradation. In the second item, a brief analysis of human culture will be carried out. Finally, in the third and last item, both subjects will be converged, to make it clear whether or not there is a relationship between the two.

KEYWORDS: environmental law; environment; environment degradation; culture.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breves apontamentos sobre a compreensão do que é o Meio Ambiente e a Degradação Ambiental; 3. Breves apontamentos sobre o que é cultura; 4. A cultura como influência para a realização e/ou aceite da Degradação Ambiental; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente a degradação ambiental é pauta em praticamente todos os países, preocupando até mesmo os mais otimistas dos cientistas. Apesar de todo o conhecimento alcançado e toda a tecnologia desenvolvida, o ser humano continua progredindo na cultura da degradação ambiental. Mas não somente em

razão da falta de conhecimento e tecnologia, seria então por força da cultura que o mesmo continua a trilhar esse caminho prejudicial?

Ao trazer alguns apontamentos sobre degradação ambiental é possível perceber que não são necessários grandes esforços para causar desequilíbrio ambiental, como o que o homem fez no decorrer dos anos, ao introduzir espécie de animal em outros habitats, o que ocorrera com frequência na época da colonização e acabou por desequilibrar o meio e propiciar doenças. Neste sentido, a história prova ainda que a degradação ambiental traz inúmeros riscos inclusive para a própria saúde humana, visto que o homem é umbilicalmente dependente do equilíbrio do meio ambiente.

A cultura por sua vez, apesar de ter sofrido alteração em seu significado ao longo do tempo, atualmente parece representar, das mais diversas formas, tudo o que o homem sente, pensa, acredita, anseia, lembra, conhece, enfim. Esta por vezes pode levar o ser humano a festejar, prantear, ou tão somente relembrar, contudo, pode igualmente formar seus hábitos, sua forma de pensar e de agir, de ver o mundo, influenciando-o tanto para boas práticas, quanto para práticas não desejáveis.

Como muito do ser humano está representado em sua cultura, as atitudes humanas podem ser consideradas como decorrentes desta cultura, sejam aquelas boas ou não. No caso da degradação ambiental, ao que tudo indica, fato notório, o ser humano parece estar condicionado culturalmente para a dominação, exploração e conseqüente degradação do meio ambiente.

Assim, o presente estudo consiste em realizar uma breve análise sobre os aspectos gerais da degradação ambiental e da cultura. Tem como objetivo geral, realizar observação se existe relação entre a degradação ambiental e a cultura humana. Sua problemática consiste em evidenciar se há ou não relação entre ambos, e em caso positivo, se esta tem sido benéfica ou não. Os métodos de pesquisa empregados são: o indutivo e o sistêmico funcional, os quais orientam o desenvolvimento argumentativo desta pesquisa. No primeiro item busca-se levantar alguns apontamentos que se entende relevantes quanto ao meio ambiente e a degradação ambiental. Já no segundo item, será realizada uma breve análise da cultura humana. Por fim, no terceiro e último item, ambos os assuntos serão convergidos, para reste claro se há ou não relação entre ambos.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A COMPREENSÃO DO QUE É O MEIO AMBIENTE E A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

Se entende de bom tom iniciar este item com algum esclarecimento acerca do que é o meio ambiente, para só na sequência, então, dialogar sobre a degradação ambiental em si, trazendo alguns conceitos, características, causas e consequências.

Quanto à um conceito sobre meio ambiente, Sarlet (2021, p. 358) esclarece que se encontram posições divididas, que variam entre uma concepção mais restrita e uma mais ampla. De maneira mais restrita, separa-se os componentes da natureza dos componentes humanos, sejam eles sociais, culturais ou artificiais. Já o entendimento mais amplo é simplesmente o oposto, abarcando tais aspectos.

A exemplo de interpretações mais amplas, traz-se Silva (2000, p. 20) para quem, o meio ambiente é a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. E ainda o entendimento de Migliari Júnior (2001, p. 40), que afirma ser a: “integração e a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e do trabalho que propiciem o desenvolvimento equilibrado de todas as formas, sem exceções”.

Vale destacar, que a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981, art. 3º, inciso I) apresenta um conceito para o meio ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Segundo Dashefsky (2001, p. 153), meio ambiente versa sobre componentes vivos ou não, e tudo o que lhes cerca, animais, águas, plantas, montanhas, o clima, todo este arcabouço compõe o meio ambiente.

De fato, mesmo não trazendo inúmeros conceitos, parece haver duas vertentes ao tratar de tal definição. Contudo, para fim deste estudo, será utilizada a perspectiva mais ampla, uma vez que no último tópico o meio ambiente e sua degradação serão relacionados à cultura humana.

Apresentados alguns conceitos sobre meio ambiente, a fim de se ter um norte, já é possível tecer breves apontamentos sobre a degradação ambiental propriamente dita. Mas, de maneira sucinta, do que trata a degradação ambiental? Para tanto, se traz o preceito normativo, novamente com a Lei nº 6.938/81, artigo 3º, inciso II, afirma que a degradação ambiental é a “degradação da qua-

lidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente” (BRASIL, 1981).

Braga (2005, p. 254), por sua vez, acrescenta que, impacto ambiental são as alterações sofridas no meio ambiente a nível biológico, físico, químico, sanitário ou mesmo na qualidade de seus recursos, afetando até mesmo o bem-estar, saúde e/ou segurança da vida.

Trocando em miúdos, degradação ambiental é toda forma de agressão ao meio ambiente, e o que não faltam nos tempos atuais são exemplos disso, como o desmatamento, queimadas, o despejo de dejetos, a poluição nas suas mais variadas formas (pelo ar, água e/ou terra). Até mesmo a inclusão de animais e/ou plantas em outro ambiente pode impactar/degradar o equilíbrio ecológico do meio ambiente. Cada uma destas situações e tantas outras não listadas, têm o potencial de acarretar uma impactar e degradar de maneira sistêmica o que o renomado Capra (1996) brilhantemente chama de “teia da vida”, uma vez que todo no sistema planetário parece estar interligado, sustentando a vida.

É interessante observar esta dicotomia entre a natureza (meio ambiente) ser notoriamente uma força poderosa e incontrolável ao mesmo passo em que é tão suscetível a alterações, pois como bem pontua Forattini (2004, pp. 34 e 35) até fatores como umidade, temperatura e chuvas possuem a capacidade de interferir nos ciclos vegetais e animais, podendo até mesmo causar o aumento de surtos epidêmicos e/ou influir no comportamento vetorial, de maneira a facilitar transmissões. O calamitoso Coronavírus de 2020, assim como outras doenças modernas, são um claro exemplo disso.

Como ressalta Leff (2001, p. 58) a degradação nada mais é que uma consequência da decadência da civilização humana e suas instituições, norteadas pela produção e razão tecnológica, com um flagrante desrespeito à organização natural previamente imposta.

É notório e já vastamente discutido e estudado, que a raça humana desde seus primórdios apresenta um *modus operandi* destrutivo, no que diz respeito ao meio ambiente, o que infelizmente vem se agravando conforme sua capacidade tecnológica e de domínio de técnicas e conhecimentos aumenta, apensar de se esperar o oposto. É algo semelhante a um parasita, que vive às custas do seu hospedeiro e o prejudica vagorosamente.

Desde seus primórdios o ser humano modifica o ambiente ao seu redor, inicialmente para aumentar suas chances de sobrevivência, mas com o passar do tempo parece ter sido dirigido por outros motivadores, seja por conforto, ganância ou qualquer outro motivo egoísta. Não vem assim apenas extraindo os

recursos naturais³ e ambientais⁴, mas esgotando-os ou inviabilizando-os para o uso futuro. O fato é que estas ações humanas tem deixado sua marca, por onde quer que passe e nem sempre de maneira positiva.

É cediço que já há naturalmente um risco inerente à vida, mas apesar disso a raça humana tem se empenhado em amplificá-lo, especialmente no que concerne ao meio ambiente e seus recursos, degradando-o desenfreadamente, o que inevitavelmente caminha para um prejuízo à própria saúde humana, sua subsistência e por fim sua própria existência (BECK, 2018, p. 227). Cardoso Neto (2008, p. 15) lembra que infelizmente estas consequências são sentidas primeiro pelas gamas mais carentes da população, que por não possuírem condições de driblar tais efeitos, os recebem com maior intensidade.

Seguindo com o raciocínio, é evidente a relação entre degradação/impacto ambiental e a saúde humana, para não dizer, de todo o ser vivo. É possível alegar que a saúde e o bem-estar estão relacionados direta ou indiretamente à qualidade do meio ambiente, em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quando este ambiente e/ou seu equilíbrio forem afetados, a saúde dos ser vivo que ali habitar será igualmente comprometida (ROCHA 2011, p. 29).

Para uma completa compreensão da profundidade do que vem sendo tratado neste tópico, se entende necessário um breve esclarecimento sobre o que se entende por saúde, pois o “senso comum” tende a relacioná-la de maneira esmagadora à saúde física, o que atualmente já é ideia superada. De acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS (World Health Organization – WHO, 19-?) “saúde é um estado de completude física, mental e social, e não meramente a falta de doença ou enfermidade”. Com esta perspectiva mais abrangente trazida pela OMS, percebe-se que a saúde humana pode ser facilmente afetada pelas diferentes mazelas que a degradação ambiental proporciona aos indivíduos.

Como se não bastasse, nem toda degradação/impacto é sentido de imediato e de maneira quantificável, sendo perceptível apenas quando o prejuízo ambiental e à saúde/vida já são graves. Como corrobora Canotilho (2010, p. 110), “nem sempre a degradação ou até destruição integral de um ecossistema ou espécie afetam, de modo visível e calculável, a saúde humana”.

Não por acaso que o constituinte dedicou um capítulo exclusivo para tratar “Do Meio Ambiente”, com especial destaque para o artigo 225 que assim precei-

³ “Produtos da natureza como: terra, água, minerais, flora, fauna, que devem ser conservados e preservados para a manutenção da vida e da saúde em melhores condições, e para que haja equilíbrio ecológico” (DINIZ, 1988, p. 213)

⁴ “A atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.” (BRASIL, 1981)

tua: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Conclui-se que não se trata apenas de um cuidar da natureza/meio ambiente por um fim em si mesmo, desencargo de consciência ou para a prática de um “politicamente correto”, mas sim, em função da clara interdependência entre humano/vida e natureza e todos os seus desdobres, como qualidade de vida e dignidade humana. Para Cardoso Neto (2014, p. 76) “a afinidade entre a manutenção do Meio Ambiente é condição para a existência, evolução e desenvolvimento dos seres vivos, o que ocorre por meio da conservação das propriedades e das funções naturais do meio”.

Encerra-se este tópico com a contribuição de Canotilho (2010, p. 108) que segue o mesmo sentido argumentativo adotado até aqui, entendendo que a vida depende de um ambiente preservado, sob pena de acarretar consequências para além da saúde, atingindo a própria dignidade como consequência da falta de qualidade de vida. E a esta fala, é possível ainda acrescentar o cuidado/preocupação com as gerações futuras, que receberão um meio ambiente já degradado e, talvez, em um nível irrecuperável.

3. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O QUE É CULTURA

Uma vez tecidos alguns apontamentos que se julga relevantes sobre meio ambiente, degradação ambiental e questões orbitantes, é chegado o momento de tratar da cultura, iniciando a partir do que alguns autores entendem por sua história e definição.

Em termos históricos, Brant (2009, p. 14) bem esclarece que em seus primórdios a palavra cultura deriva do latim *colere* e carregava consigo a ideia de cultivar, habitar, proteger e honrar por meio de veneração. Desta raiz é possível identificar duas vertentes, a palavra *colonus*, que carregava uma ideia de habitação e a palavra *cultus*, que faz referência à “cuidado ou cultivo”, a posteriori carregada de significações medievais, como “honra e adoração”, já direcionados para um temor divino e uma moral social.

O mesmo autor pontua ainda que entre os séculos XVI e XVII, trouxe à palavra uma significância para além do trato com a terra e/ou animais, mas sim relacionada à um cuidado com o desenvolvimento humano e cultivo da psiquê e já

apresentando alguma distinção entre pessoas cultas e as sem cultura. Durante o período colonialista os europeus exerciam um “poder de distinção entre culto e o não culto”, propiciando sua dominação. Já nos séculos XVIII e XIX, a ideia de cultura passara a ser empregada para nomear o próprio momento da civilização (BRANT, 2009, p. 14).

Neste mesmo sentido, para o autor do livro “A ideia de cultura”, Eagleton (2003, p.09):

[...] embora seja actualmente moda encarar a natureza como um derivado da cultura, de um ponto de vista etimológico cultura é um conceito que deriva da natureza. Um dos seus significados originários é «lavoura», ou ocupação com o crescimento natural [...]. Derivámos, assim, a palavra que utilizamos para descrever as mais elevadas actividades humanas, do trabalho e da agricultura, das colheitas e do cultivo.

Percebe-se por esta breve perspectiva histórica que a ideia do que é cultura não é algo recente, bem como, passou por inúmeras mudanças de significância durante os séculos. Aparentemente acompanhando o desenvolvimento civilizatório, e a fluidez da mente humana e adaptabilidade do homem.

Quanto aos conceitos propriamente ditos, inicia-se trazendo o entendimento de Scruton (2012, p. 05) no livro “Modern Culture”, para quem:

Culture, I suggest, has a religious root and a religious meaning. This does not mean that you have to be religious in order to be cultivated. But it does mean that the point of being cultivated cannot, in the end, be explained without reference to the nature and value of religion.⁵

Já no entendimento da UNESCO (1982, p. 39), elaborado na Conferência Mundial sobre Políticas Culturais, conceito muito bem elaborado, diga-se de passagem, convergiu no seguinte sentido:

[...] en exprimant l'espoir d'une convergence ultime des objectifs culturels et spirituels de l'humanité, la Conférence convient: - que, dans son sens le plus large, la culture peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts

⁵ “Cultura, eu sugiro, tem uma raiz religiosa e um significado religioso. Isso não quer dizer que você precisa ser religioso para ser culto. Mas significa que o ponto em ser culto não pode, no fim, ser explicado sem referência à natureza e aos valores da religião” (tradução própria).

et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances,⁶

Novamente nos utilizando dos conhecimentos de Eagleton (2003, p.54), vemos que “de uma forma aproximada, a cultura pode ser resumida como o complexo de valores, costumes, crenças e práticas que constituem a forma de vida de um grupo específico”.

Não se pode deixar de trazer ainda a contribuição conceitual de Morin (2002, p. 300), para quem:

[...] cultura é um conjunto de saberes, de savoir-faire, regras, estratégias, hábitos, costumes, normas, interdições, crenças, ritos, valores, mitos, ideias, aquisições, que se perpetua de geração em geração, reproduz-se em cada indivíduo e alimenta por geração e regeneração a complexidade individual e a complexidade social. A cultura constitui, assim, um capital cognitivo, técnico e mitológico não inato.

Vislumbrados alguns conceitos, em que pese os diferentes enfoques, é possível perceber que há pontos de comunhão entre todos eles, como sua característica espiritual ou de crença, por exemplo, mencionadas por todos. É cristalino que a cultura embora em seus primórdios decorria da lida com a terra, desenvolveu-se para além desta, passando a ser igualmente uma lida com o ser humano, e por que não dizer, brincando com as terminologias empregadas, que a cultura atualmente se trata do “cultivo” do “ser” humano e suas capacidades.

Neste mesmo rumo, entende-se que a função da cultura, embora ainda pouco reconhecida e fomentada, trata da transformação social para a progressão do ser humano. O que corrobora para que cada indivíduo se identifique em sua época, espaço e lugar, propiciando sociabilização e espírito crítico (BRANT, 2009, p.13)

A Conferência Mundial sobre Políticas Culturais da UNESCO (1982, p. 39) rendeu mais do que apenas uma conceituação de cultura, trouxe igualmente um entendimento mais amplo acerca do suas características e pontos de atuação nas mais diversas áreas da vida humana:

⁶ “[...] ao expressar a esperança de uma convergência final dos objetivos culturais e espirituais da humanidade, a Conferência concorda: - que, em seu sentido mais amplo, a cultura pode ser considerada hoje como a soma das características distintivas, espirituais e materiais, intelectuais e afetivas, que caracterizam uma sociedade ou um grupo social. Abrange, além das artes e letras, modos de vida, direitos humanos fundamentais, sistemas de valores, tradições e crenças” (tradução própria).

- et que la culture donne à l'homme la capacité de réflexion sur lui-même. C'est elle qui fait de nous des êtres spécifiquement humains, rationnels, critiques et éthiquement engagés. C'est par elle que nous discernons des valeurs et effectuons des choix. C'est par elle que l'homme s'exprime, prend conscience de lui-même, se reconnaît comme un projet inachevé, remet en question ses propres réalisations, recherche inlassablement de nouvelles significations et crée des œuvres qui le transcendent.⁷

A cultura pode então ser entendida como parte essencial do projeto em constante e infindável execução que é o ser humano, visto que este está em desenvolvimento desde seu primeiro dia de vida e até o seu último, pois sempre há espaço para novos aprendizados, reflexões, mudanças, planos, experiências, sejam elas físicas ou espirituais, entre outros.

Ao que tudo indica, e que em grande parte é notório, muito do que compõe a cultura, qualquer que seja ela, parece estar consolidado em um hábito, o qual inclusive faz parte do próprio conceito de cultura, como bem pontuou Morin. Mas o que de fato seria um hábito? Para este breve esclarecimento recorre-se à Berger e Luckmann (2004, p. 77) para quem hábitos são padrões formados por ações frequentes e assíduas que na sua próxima reprodução gerará economia de esforço, sendo absorvido o tal padrão por aquele que o executa.

Com base nos argumentos acima, percebe-se que alguns exemplos podem ser facilmente citados, como hábitos alimentares, com a preparação de alimentos específicos e de terminada forma, assim como hábitos festivos, ou de uso de determinada vestimenta ou até mesmo de determinados comportamentos, alguns destes muito característicos e que nos remetem diretamente à períodos específicos da civilização.

O hábito é capaz de alcançar até mesmo as ações mais simples e cotidianas, como usar sempre o mesmo trajeto para chegar a um determinado local, ou o hábito de tomar banho todos os dias, o que apesar de envolver uma questão de higiene, sabe-se, não é praticado regularmente por todas as culturas ao redor do mundo, algumas não o fazem por razões de gestão do recurso hídrico, outras por mera falta deste hábito.

Enquanto um componente da cultura, o hábito parece ser mais um fator contribuinte para o *modus operandi* degradador do ser humano. Vez que pela cul-

⁷ “- e essa cultura dá ao homem a capacidade de refletir sobre si mesmo. É o que nos torna especificamente seres humanos, racionais, críticos e eticamente comprometidos. É por meio dela que discernimos valores e fazemos escolhas. É por meio dela que o homem se expressa, toma consciência de si, se reconhece como um projeto inacabado, questiona suas próprias conquistas, busca incansavelmente novos significados e cria obras que o transcendem” (tradução própria).

tura/hábito que lhe é transmitido, este sem maiores reflexões ou preocupações, despeja lixo no primeiro terreno baldio, córrego ou rio que encontra, desmata sem o devido estudo e/ou autorização, lança copos, papéis e tantos outros itens ao chão, promove queimadas indiscriminadamente, consome desenfreadamente, desenvolve os mais diversos itens para que tenha uma obsolescência programada, enfim, infelizmente são infindáveis os comportamentos humanos que destroem o seu ambiente e seus recursos.

4. A CULTURA COMO INFLUÊNCIA PARA A REALIZAÇÃO E/OU ACEITE DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

Uma vez perpassados, mesmo que de maneira breve, alguns pontos que se entende relevantes quanto à degradação ambiental e a cultura, é chegada a hora de relacioná-los de maneira mais direta.

Viu-se que com certa facilidade o homem é capaz de causar algum nível de degradação ao meio ambiente, e que apesar de todo o conhecimento já adquirido e das tecnologias desenvolvidas, a degradação não só persiste como também aumenta exponencialmente.

Uma das prováveis respostas ou ao menos parte delas, e objeto deste trabalho, é uma possível cultura de degradação ambiental, pois como visto, esta é formada de hábitos, costumes, crenças, valores, ideias que passam pelas gerações e que compõe o que é um ser humano. Sendo assim, se o que se perpetua é uma cultura de base dominadora e exploratório, em relação à natureza é isto o que se passará para cada geração seguinte. Vislumbram-se então dois grandes vilões, entre outros na atualidade que estão atrelados à cultura e ao hábito, sendo eles o consumismo e a obsolescência. Embora não sejam os únicos, mas que possuem grande contribuição para a degradação que vem sendo provocada, especialmente pelas últimas gerações e até os dias atuais.

Vale iniciar mais esta etapa argumentativa com a marcante frase de José Sarney quando ainda era senador “Que venha a poluição, desde que as fábricas venham com ela” (Dean, 1996, p. 307). Essa fala, do início da década de 80, mostrando como já se visava apenas o desenvolvimento a todo custo, ao estilo: primeiro o agora, o amanhã vemos depois. Pensava-se, e ainda se pensa, apenas em consumir e produzir.

Neste sentido, nos tempos atuais, um dos mais proliferados hábitos da cultura humana é o consumismo, que para Giacominni Filho (2019, p. 15) diz respei-

to ao “[...] consumo extravagante ou espúrio de bens e serviços. Trata-se de um fenômeno humano que tem origem nas próprias pessoas, em seu papel individual ou grupal, mas extremamente influenciável por empresas, grupos e políticas públicas diversas”.

É notório que com o passar do tempo a humanidade veio aumentando seu padrão de consumo, seja pelo aumento da qualidade de vida, seja pelo crescimento populacional, mesmo que nem todos tenham acesso à grandes quantidades e qualidade, contudo, isso já representa uma maior incidência de extração de recursos naturais e consequente impacto ao meio ambiente.

O padrão de consumo nada mais é do que a qualidade e quantidade de recursos utilizados para a produção dos bens de maneira a atender a demanda social, nas mais diversificadas áreas, alimentação, moradia, vestuário, transporte, etc. (PHILIPPI JUNIOR, 2018, p. 09) Sendo assim, quanto maior é o padrão maior é a demanda, e consequentemente a extração de recursos.

A cultura do consumismo se demonstra uma cultura que se retroalimenta, que forma um looping sem fim, uma vez que a indústria tem interesse em fomentar esse hábito. Como esclarece Zygmunt Bauman (2008, p.45) as necessidades requerem mercadorias que lhes tirem essa “dor”, que por consequência precisam de novas necessidades e desejos. E como se não bastasse, profetiza uma era de ‘obsolescência’ com um consequente aumento da produção de lixo.

Aproveitando este gancho acerca da obsolescência de produtos em geral, é fácil notar que se trata de uma cultura que leva ao rápido descarte e por consequente à produção de mais resíduos de descarte, ao consumo e extração de mais recursos para mais produção e consumo. Packard (1965, p. 51) traz a obsolescência como sendo “o que está saindo de uso” e a destrincha em três tipos, os quais não serão explorados neste artigo.

E ao contrário do que se pode imaginar, não é recente a ideia de promover a obsolescência nos produtos, já na década de 20 algumas companhias pretendiam modificar a vida útil de seus produtos. Informações que vieram a público por meio de investigações instauradas à época, onde descobriu-se documentos onde os engenheiros de companhias relatavam a um superior, um programa para alavancar as vendas encurtando a vida útil das lâmpadas de lanternas que produziam. Relatava que o esperado era um acréscimo de 60% nas vendas das lanternas produzidas pela empresa. (PACKARD, 1965, p. 51)

É um claro exemplo onde a ambição não considera as consequências, haja vista que para além de prejudicar o meio ambiente, da mesma forma como

ocorre com o consumismo, prejudicaria igualmente os seus próprios clientes. (PACKARD, 1965, p. 56-57)

Nesta ceara Philippi Junior (2018, p. 329) esclarece que estudos revelam que cidades grandes, regiões e países mais desenvolvidos produzem mais resíduos. O que ocorre por conta da maior circulação de produtos (resultado do grande número populacional, mas igualmente do consumismo), mas igualmente pela obsolescência de objetos e equipamentos. Característica cultural que ele classifica como uma das grandes influenciadoras da produção de resíduos.

Ante o todo exposto, a pergunta que permeará os conscientes é: porque a humanidade continua a degradar o meio ambiente, do qual depende sua própria existência, se tem conhecimento dos seus resultados malefícios? Imagina-se que no atual nível cultural e tecnologia, mesmo que ainda não haja solução fácil para o problema, ao menos era de aguardado que houvesse a consciência de reduzir, ou sendo otimista, controlar a degradação ambiental por meio da redução do consumismo e de estratégias de aumento do consumo, como o a obsolescência.

Neste norte, Swindler (1986, p. 273) ao analisar a cultura, defendeu que “a cultura não define os fins da ação, mas provê componentes utilizados para construir estratégias de ação”. A autora evidencia que a cultura possui grande influência no modus operandi do indivíduo. Ou seja, ainda que haja a possibilidade de o indivíduo escolher suas ações, infelizmente, nem sempre o fará, podendo eventualmente agir de forma “automática”, guiado pelos seus hábitos.

Eagleton traz uma colocação que leva à reflexão: “As regras, tal como as culturas, não são nem totalmente fortuitas nem rigidamente estabelecidas — o que significa que ambas têm ínsita a ideia de liberdade.” (2003, p. 13). Ora, se a humanidade possui liberdade cultural/liberdade de escolha, e como se não bastasse ainda possui o conhecimento necessário, então só é possível concluir que escolhe continuar no erro e degradar o meio ambiente até que se autodestrua.

Na mesma linha desta conclusão, Rousseau (2017, p. 39-40) declara:

[...] a natureza sozinha executa tudo nas operações do animal, ao passo que o homem concorre para as suas na qualidade de agente livre. Um escolhe ou rejeita por instinto, a outra por um ato de liberdade, o que faz com que o animal não possa afastar-se da regra que lhe é prescrita, mesmo quando lhe fosse vantajoso fazê-lo, enquanto o homem se afasta frequentemente daquilo que o prejudica. É assim que um pombo morreria de fome perto de uma vasilha cheia das melhores carnes, e um gato sobre uma porção de frutas ou de grãos, embora ambos pudessem nutrir-se com os alimentos que desdenham se lhes ocorresse a ideia de experimentá-los.

Infelizmente, ao que tudo indica, as últimas gerações da humanidade, em que pese ainda livres para optar e com conhecimento para fazer uma boa escolha, não parecem se afastar do que lhes prejudica, como indicara Rousseau, muito pelo contrário, correm para o abismo com um sorriso no rosto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou compreender, ainda que de forma breve, da possível relação entre a degradação ambiental e cultura humana. Sendo necessário para tanto tecer apontamentos acerca do meio ambiente e a degradação ambiental, bem como, realizar breves considerações sobre cultura.

Foi possível identificar que facilmente se promove um desequilíbrio ambiental, que em alguma escala, conseqüentemente, provocará degradação. Simplesmente mudar uma espécie animal ou vegetal de região já é suficientemente problemático, pois provavelmente afetará o equilíbrio do meio, seja do “novo lar” ou do antigo, por sua ausência no seu habitat natural. Que dirá então da promoção de queimadas, despejo de resíduos nos mais diversos locais inapropriados, como rios e terrenos baldios, a poluição por meio de dióxido de carbono liberado pelos veículos automotores, entre tantos outros.

Não se pode esquecer ainda que o ser humano é diretamente impactado pelas mudanças ambientais, especialmente se estas forem maléficas à natureza, de maneira que a saúde do homem está atrelada a qualidade do meio ambiente e quando este o destrói/degrada, está aos poucos destruindo a si mesmo.

Por sua vez a cultura, que há gerações teve várias associações, que perpassaram pela natureza, ao cultivo de alimentos, ao culto do que é divino, entre outros. Atualmente está atrelada ao conhecimento humano, suas crenças, seus hábitos, seus pertences, suas histórias, memórias, valores, pensamentos, ações e preferências. É uma lista infindável ao que a cultura se atrelada. Sua importância e influência sobre o “ser” humano é tamanha, que faz questionar se diante de tanta degradação ao longo das eras (o que só se intensificou), poderia igualmente estar exercendo alguma influência indesejada, dano ou até mesmo autodestrutiva.

Com o todo apresentado, foi possível concluir que apesar de, em sua maioria, a cultura se formar para o bem do ser humano, auxiliando para além de apenas construir conhecimento/informação e erguer civilizações, a mesma pode, em seu entremeio, influir para que desapercivelmente ou não, o homem sub-

jugue, explore e inevitavelmente degrade o meio ambiente. Sendo necessário entender do que leva o indivíduo a aceitar, muitas vezes, passivamente a ocorrência de degradação ambiental. Há que se questionar se isso passou a ser um comportamento ao nível de um hábito, algo rotineiro e que já não causa mais desconforto, ao menos a curto prazo. Há que se analisar tal fenômeno sob a ótica de diferentes áreas do conhecimento, para então entendermos o que está acontecendo com a humanidade.

6. REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: Novos conceitos para uma nova realidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis, Vozes, 2004.

BRAGA, Benedito; et al. **Introdução à engenharia ambiental**. O desafio do desenvolvimento sustentável. 2ª ed. São Paulo. Pearson Prentice Hall, 2005.

BRANT, Leonardo. **O poder da Cultura**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 06 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.638, de 31 de agosto de 1981**, Política Nacional do Meio Ambiente, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de agosto de 1981. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em: 06 jul. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eicheemberg. São Paulo: Cultrix, 1996. Título Original: *The Web of life. A new scientific Understanding of Living Systems*.

CARDOSO NETO, Nicolau. **Conflitos pelo uso dos recursos ambientais nas comarcas de Blumenau, Gaspar, Pomerode e Timbó**: identificação, caracterização e quantificação. 2008. f. 171. Dissertação (mestrado), Programa de pós-graduação em engenharia ambiental. Universidade Regional de Blumenau. Blumenau/SC, 2008.

CARDOSO NETO, Nicolau. **Direito ambiental e direito sanitário**: identificação de equivalência entre seus ramos de atuação. 2014. f. 105. Dissertação (mestrado), programa de pós-graduação stricto sensu em ciência jurídica – PPCJ. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí/SC, 2014.

DASHEFSKY, S. **Dicionário de educação ambiental**: um guia de A a Z. 2.ed. São Paulo:Gaia, 2001.

DEAN, Wareen. **A ferro e fogo**: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 4v., 1998.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. São Paulo, Editora UNESP, 2003.

FORATTINI, Oswaldo Paulo. **Ecologia, epidemiologia e sociedade**. 2ª ed. São Paulo: Artes Médicas, 2004.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Meio ambiente & consumismo**. São Paulo: Editora Senac, 2019

LEFF, Enrique. **Epistemologia Ambiental**. São Paulo: Editora Cortez, 2001.

MIGLIARI JUNIOR, Arthur. **Crimes ambientais**. São Paulo: Lex Editora, 2001.

MORIN, Edgar. **O método 5: A humanidade da humanidade**. Porto Alegre: Sulina, 2002.

PACKARD, Vince. **Estratégia do desperdício**. São Paulo: IBRASA, 1965.

PHILIPPI JUNIOR, Arlindo. **Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável**. 2ª ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2018.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2011.

ROUSSEAU Jean Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Lafonte, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCRUTON, Roger. **Modern Culture**. Eletronic edition: Bloomsbury Publishing, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito ambiental constitucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SWINDLER, Ann. **Culture in action**: symbols and strategies. In: American Sociological Review, Vol. 51: (2), April 1986. Disponível em: <<https://archiv.soms.ethz.ch/teaching/OppFall09/SwidlerCultureInAction.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2023.

UNESCO. **Conference Mondiale Sur Les Politiques Culturelles - Mexico**, 26 juillet - 6 août 1982. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505_fre> Acesso em: 06 jul. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION - WHO. **Health Concept**. [19--?]. Disponível em: <<https://www.who.int/about/governance/constitution>> Acesso em: 06 jul. 2023.

Submissão: 06.julho.23

Aprovação: 08.agosto.23

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: INFLUXOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 14.230/21

Administrative Dishonesty: Influxes of Criminal Law and Criminal Procedure. Retroactive application of Law n. 14,230/21.

Fernando Fukassawa¹

ÁREA: Direito Administrativo e Direito Penal.

SUBÁREA: Improbidade administrativa.

RESUMO: A Lei n. 8.429/1992 sofreu alterações pela Lei n. 14.230/2021, com tal profundidade e extensão que a levou a receber o nome de Nova Lei de Improbidade Administrativa. Ao determinar a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no sistema de repressão dos atos de improbidade, trouxe implicações quanto à sua natureza e forma processual na sua persecução. O texto analisa o direito sancionador em face das novéis disposições, e o *jus puniendi* do Estado. Traça distinções e aproximações entre o Direito Administrativo e o Direito Penal na punição do agente público e faz considerações sobre os influxos do Direito Penal e do Direito Processual Penal na Lei de Improbidade Administrativa. Conclui que, se os atos de improbidade administrativa, na configuração originária, tinham natureza *penaliforme*, presentemente têm verdadeira natureza penal e a retroatividade *in mitius* deve ser aplicada amplamente, inclusive em casos com trânsito em julgado.

PALAVRAS-CHAVES: Improbidade Administrativa. Alterações pela Lei n. 14.230/2021. Natureza penal dos atos de improbidade. Retroatividade benéfica ampla.

¹ Advogado. Promotor de Justiça aposentado. f.fukassawa@hotmail.com

ABSTRACT: Law n. 8,429/1992 was amended by Law n. 14,230/2021, with such depth and extension that led it to be named the New Law of Administrative Dishonesty. By determining the application of the constitutional principles of sanctioning administrative law in the system of repression of acts of dishonesty, it brought implications regarding its nature and procedural form in its pursuit. The text analyzes the sanctioning law in the face of the new provisions, and the *jus puniendi* of the State. It draws distinctions and approximations between Administrative Law and Criminal Law in the punishment of public agents and raises questions about the influences of Criminal Law and Criminal Procedural Law in the Law of Administrative Dishonesty. It concludes that, if the acts of administrative dishonesty, in their original configurations, had a criminal nature, they currently have a true criminal nature and retroactivity *in mitius* must be widely applied, including in *res judicata* cases.

KEYWORDS: Administrative Dishonesty. Amendments by Law n. 14,230/2021. Criminal nature of acts of administrative dishonesty. Broad beneficial retroactivity.

SUMÁRIO:

1. A Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021; 2. O Direito Administrativo Sancionador. O *jus puniendi*; 3. Direito Penal e Direito Administrativo Disciplinar; 4. Natureza penal e processual penal da lei de improbidade administrativa; 5. Irretroatividade da lei. Retroatividade *in mitius* da Lei n. 14.230/2021.

1. A LEI N. 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021

A Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, reformulando a Lei de Improbidade Administrativa n. 8.429/1992, dispôs em seu art. 1º, § 4º, que “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Certamente, essa a disposição de maior relevo. Dela decorrem importantíssimas alterações, expressas ou tácitas, as quais, por conta de sua extensão e profundidade, permitiu à comunidade jurídica designá-la como Nova Lei de Improbidade Administrativa que teve início de vigência em 26 de outubro de 2021.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. O *JUS PUNIENDI*.

O direito sancionatório tem característica dúctil e o vocábulo sanção é polisêmico. Sanção pode significar aderência, conformidade, como o ato do presidente da República que aquiesce com o projeto de lei, transformando-o em lei (art. 48, da Constituição Federal). E tem significado inverso no âmbito repressivo, como reprovação; daí que nos tipos crime, atrelado ao seu preceito descritivo, insere-se o preceito *sancionador*, emanações do princípio da legalidade penal. No âmbito civil a sanção pode ser estabelecida até mesmo entre particulares (*e.g.*, art. 1.334, IV, do Código Civil).

Leciona GERALDO ATALIBA que “A sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que se desencadeia (incide) no caso de ser desobedecido o mandamento principal da norma. É um preconceito que precisa ser dissipado - por flagrantemente anti-científico - a afirmação vulgar infelizmente repetida por alguns juristas, no sentido de que a sanção é castigo. Pode ser, algumas vezes. Não o é muitas vezes”². A lição tem fundamentos em HANS KELSEN, para quem “O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa”³.

Ao tratarmos de Direito Administrativo Sancionador, surge à instantânea compreensão o direito de o Administrador aplicar sanção. Logo, até pelo costume, a conexão se faz à ideia de reprovação, pena, castigo. Como usualmente admitido e utilizado, o direito sancionador constitui na possibilidade de o Administrador impor uma *sanção negativa*, correspondente à reprovação da conduta ilícita do agente. E é nesse sentido, repressivo, que é tratada a *sanctio juris*, vale dizer, na vertente do direito de punir do Estado, do *jus puniendi*, mesmo porque seria contraditório dar um prêmio a quem viola o direito. O elemento teleológico é componente aflitivo da sanção e sua conexão imediata com uma infração, e por isso não constituem *jus puniendi* o ressarcimento de dano que é mera consequência civil, e os atos coativos, restitutivos ou preventivos. Os conhecidos princípios do direito administrativo sancionador aplicáveis no sistema de improbidade administrativa, não poderiam ser outros, senão, aqueles usados para punição do infrator no direito penal e no direito processual penal, tais o

² ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 38

³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 176

da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, *non bis in idem*, irretroatividade, retroatividade benéfica, devido processo legal.

O *jus puniendi* tende para uma função do Estado, que se coordena no Direito Penal e também no Direito Administrativo, ambos ramos do Direito Público. O poder sancionador da Administração e o poder sancionador dos Tribunais fazem parte dessa manifestação superior e necessária do Estado que é uno, de modo que nada mais são do que simples atuação concreta dele. Aliás, uno também é o direito feito em compartimentos e subcompartimentos, acompanhando a crescente e irrefreável tendência atomizadora da ciência jurídica, com cada qual ramo reivindicando sua própria autonomia, por vezes desprezando os traços originais da estrutura lógica do conhecimento ou mesmo a essência dos seus entes constitutivos. Por isso, não se pode argumentar com diferenças de tratamento normativo entre o direito administrativo e o direito penal quanto ao poder punitivo estatal, e é ilógico e inadequado deduzir a natureza de uma sanção a partir de particularidades.

Esse direito de punir pode ser exercido também pelo particular ou por um agrupamento, por encorajamento do Estado, dando-lhe o poder disciplinar, elemento fundado na teoria da instituição. Para cumprimento desse desiderato, dispõe de meios coercitivos adequados, intervindo na aplicação de sanções com observância do princípio da legalidade das infrações, tais como das autoridades de certas ordens profissionais regulamentadas, ou singelamente, o professor que detém o poder correccional na sala de aula, ou ainda o chefe da empresa privada em face de seus empregados. Essa, a liberdade do direito punitivo que termina onde começam as leis do Estado.

Importa aqui o *jus puniendi* como supraconceito de que partem as manifestações sancionadoras do Estado. Para contenção de arbitrariedades do governante no exercício do poder punitivo, e das leis, Beccaria orientava no século XVIII, que “Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas”, na qual se inspirou Montesquieu e outros do Iluminismo para dar origem ao princípio que prevê a não retroatividade geral das leis. Essa orientação, que apenas em feição teria rudimentar natureza de direito penal, se estendeu por quase três séculos a outros ramos, chegando hoje ao princípio da proporcionalidade que, mesmo não expresso, está ínsito no primado do Estado de Direito. Esse, como ilustração, é apenas um aspecto do largo poder punitivo do Estado, residualmente espargido em diferentes regimes jurídicos, nominados de penal, administrativo, tributário etc. e exercido por meio da Administração e dos Tribunais.

Não é de estranhar, assim, que comumente o *jus puniendi* seja tratado no Direito Penal; mas, como afirmava JIMÉNEZ DE ASÚA, “embora o assunto seja tí-

pico do filósofo, não deve ser desconhecido pelos penalistas, embora haja quem pense - por exemplo Radbruch - que o direito penal não tem que tratar do *jus puniendi* e das escolas penais, por entender que esta matéria corresponde ao Direito Público *stricto sensu*. Os mais exagerados consideram um sinal de atraso lidar com essas questões no direito penal”⁴.

O Direito Administrativo Sancionador seria um subsistema penal, e DE LEÓN VILLALBA, professor de Direito Penal na Universidad de Castilla-La Mancha, após discorrer acerca dos conceitos de sanção, campos de intervenção do Estado, os processos de despenalização, o fluxo e refluxo quanto ao caráter penal ou administrativo de uma sanção, conclui que “Essas circunstâncias, aliadas a uma nova tipologia sancionadora nascida no Direito Comunitário, rompem definitivamente com a tradicional separação, em nosso ordenamento jurídico, entre o direito administrativo sancionador, reforçando a ideia de um único *jus puniendi* ou direito penal em sentido amplo”⁵.

3. DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

FREDERICO MARQUES, há muito ensinava que “O direito penal não deixa de ser uma ciência jurídica que se desprende do Direito Administrativo para ter individualidade própria no quadro enciclopédico do Direito. A função de punir é função administrativa porque a observância da lei penal beneficia indeterminadamente a todos, e é de interesse geral, cuja promoção incumbe ao poder administrativo. Por isso, disse o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida que a atividade penal é, fundamentalmente, administrativa”⁶.

Sem referir à punição disciplinar em si, mas genericamente sobre a punição administrativa em geral, ensinava NELSON HUNGRIA que “A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece...senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais direta e intensamente o interesse público

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1950, Tomo II, p. 13.

⁵ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998, p. 241.

⁶ MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. São Paulo: Ed.Saraiva, 1954, vol. II, p. 40

ou social, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito penal de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal”⁷.

Com características que tanto aproximam e convergem ambas áreas do Direito, sobretudo por afinidades quanto ao poder punitivo, algumas vezes o direito disciplinar recebeu a denominação de Direito Penal Administrativo (por se tratar de um setor específico do Direito Penal, tal como Direito Penal Econômico, Direito Penal Tributário, Direito Penal do Trabalho etc.), ou de Direito Administrativo Penal (por introdução de sanções administrativas para substituir o Direito Penal em certos casos como o Meio-Ambiente, Trânsito, Fiscais etc.). Viam-se diferenças quanto à natureza, mas também muitas semelhanças quanto à finalidade sancionatória, possibilitando aplicação conjunta de duas penas (penal e administrativa) para a mesma infração, sem ocorrência de *bis in idem*. Entre ambos existiriam diferenças que levariam a tratá-los como instituições distintas; uma delas, que o direito penal somente se aplica quando uma lei qualifique a infração como delito e determinando a pena correspondente, enquanto no regime administrativo a discricionariedade da autoridade competente poderia determinar a aplicação de uma sanção, e se disciplinares não acarretariam, como na maioria das outras, a privação de liberdade. Também outra diferença era vista como importante: enquanto a sanção penal está fundada sobre o direito de punição derivada de atribuições gerais da *puissance publique*, a sanção administrativa punitiva se apoia no poder particular do Estado em face da função pública. E que o princípio *nulla poena sine lege* não se aplicaria à sanção disciplinar. Tudo isso ao tempo em que, no direito administrativo, a infração disciplinar e correspondente punição podiam vir determinadas por um ato normativo, pelo poder regulamentar da função pública como prerrogativa de governo.

Em face de então incipiente regramento do poder punitivo disciplinar que não se sujeitava ao princípio da tipicidade e da reserva legal, inclusive quanto ao controle jurisdicional que haveria de ser exercido sobre esse poder, há mais de setenta anos vislumbrava luminosamente JIMÉNEZ DE ASÚA: “Parece que semelhante liberdade está admitida ainda hoje em que as preocupações liberais se tem feito mais agudas. Em realidade, o Direito penal disciplinar deverá procurar no futuro melhores garantias que os meros recursos administrativos”, concluindo que “O direito penal disciplinar pertence realmente à Administração Pública. Então, pode receber o nome de “pena” a sanção que o superior impõe”⁸.

⁷ HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*, Novas questões Jurídico-penais. Rio de Janeiro: END, 1945, p. 265

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz Jiménez. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A , 1950, Tomo I, pp. 39 e 40

Se o ato do agente público violar seus deveres e obrigações, estará sujeito à punição disciplinar, e se o ato é tão grave que constitua um ato criminoso, a punição penal será infligida independentemente da sanção disciplinar. Dito de outro modo, o *jus puniendi* do Estado sobre seus agentes públicos, se manifesta aplicando-lhes duas penas diversas: *a)* aquelas decorrentes da lei de serviço a que pertencem, aplicáveis pela Administração Pública), e *b)* aquelas decorrentes das leis penais, aplicáveis pelo Judiciário, com domínios distintos: o primeiro se destina ao funcionamento do serviço público e garantir a segurança geral da comunidade, e o segundo a repressão penal, não excludentes entre si.

A repressão administrativa disciplinar e a repressão penal são exercidas distintamente, pelo que um mesmo fato perpetrado pela mesma pessoa, pode ensejar dupla punição, uma administrativa e uma penal, uma espécie de curso formal de ilícitos de naturezas diversas. A decisão emanada da autoridade administrativa, de regra, não vincula à decisão proferida pela autoridade jurisdicional no âmbito penal.

O Código Penal brasileiro (arts. 312 e segs.) e legislação esparsa correlata preveem várias infrações próprias do agente público, se não na totalidade delas, mediante tipos de incriminação de conduta tendo por objeto o descumprimento do dever de probidade que, se violado, o sujeita à responsabilização penal. O legislador é livre para escolher entre a repressão administrativa e a repressão penal, não sendo essa escolha em si considerada discriminatória. E pode mesmo fazê-la concomitante.

Embora as sanções administrativas tenham caráter de pena, não é Direito Penal propriamente dito o disciplinar, o administrativo e o fiscal. Um aspecto que pode evidenciar a diferença nos dois setores é que a punição disciplinar só é aplicável aos agentes públicos enquanto se encontrem investidos nessa função⁹. Não se desconhece orientação jurisprudencial, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, que “o fato do servidor já não mais ostentar a condição de servidor público, não elide a necessidade de apuração de possível falta disciplinar, uma vez que da apuração da responsabilidade administrativa pode decorrer outros desdobramentos, diferentes da penalidade administrativa, tais como: remessa do relatório ao Ministério Público para eventual propositura de ação penal, obrigatoriedade de a Advocacia-Geral da União de ingressar com ação de

⁹ Apesar disso, o art. 172 da Lei nº 8.112/1990 dispõe que “o servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada”. Assim, a lei impede o deferimento do pedido enquanto pendente processo que pode acarretar sanção disciplinar. Por outro lado, no tocante aos membros da Magistratura e do Ministério Público, as respectivas Leis Orgânicas não contemplam restrição semelhante, e não seria possível a sua aplicação analógica *in malam parte*.

reparação de danos civis e registro nos assentamentos funcionais, para efeito de reincidência no caso de reingresso no serviço público”¹⁰. Entretanto, cessado o vínculo funcional, o agente não mais está subordinado à Administração que sobre ele detinha a supremacia, restando impossível a aplicação de sanção, exatamente pela ausência de poder disciplinar que é fundado no poder hierárquico, elemento orgânico da função pública. Argumentos, laterais, da necessidade de apuração por conta de desdobramentos de eventual punição, não têm nenhuma pertinência porque possível iniciativa do Ministério Público para ação penal não depende de nenhum relatório de processo disciplinar que, aliás, não pode se ocupar em substituir a investigação policial. Eventual reparação civil a ser pleiteada pelo ente público, igualmente independe de apuração ou conclusão do processo disciplinar, bastando quaisquer elementos de prova lícita. E o registro dos assentamentos funcionais para efeitos de reincidência, só seria possível em face de pena legal e anterior, vale dizer, ao servidor ainda integrante da Administração, pelo que resulta em petição de princípio admitir reincidência em face de pena que não podia ser aplicada.

Conseqüentemente, as penas disciplinares restam inaplicáveis quando já inexistente o vínculo jurídico entre a Administração e o agente público. O impedimento de se exonerar ou de se aposentar voluntariamente durante o curso de processo administrativo disciplinar, teria por finalidade assegurar o cumprimento de eventual sanção. Seria, no mínimo, discutível a juridicidade da norma porque o servidor, por vínculo de direito, não pode ser obrigado a continuar no cargo contra sua vontade. Há aí um resquício autoritário do Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar que, historicamente, sempre teve dificuldades de incorporar os seculares princípios e institutos do Direito Penal, de contenção do *jus puniendi*. Importante lembrar nesse ponto antiga doutrina de Gaston Jèze, para quem há diferença teleológica entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal: o poder disciplinar tem por objeto essencial melhorar, aperfeiçoar o funcionamento do serviço público, e é em nome deste interesse que ele se exerce, e não em nome do sentimento de justiça repressiva, que inspira a legislação penal, sentimento que, a seu ver, não existe no primeiro ou é completamente secundário¹¹. Por isso, explicável que as penas disciplinares, via de regra, não têm um conteúdo patrimonial, próprio das penas civis, mas um conteúdo aflitivo. Tem por objeto reprimir a conduta do funcionário, seja no

¹⁰ *e.g.*, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no REsp n. 1.371.490, julgamento em 20 de fevereiro de 2018

¹¹ JÈZE, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, trad. argentina da 3.ª edição francesa, 1948, tomo III, p. 92

exercício de sua função, seja mesmo na vida privada, pois ela se inspira tanto no sentimento de dignidade corporativa e a gravidade da falta individual, seja dentro ou fora do exercício de sua função, um ato suscetível de abalar o prestígio ou a confiança que inspira a função pública. Há um direito de supremacia exercitado pelo Estado sobre aqueles que se colocam em um estado de especial sujeição ao assumirem uma função pública.

O estatuto disciplinar é lei objetiva própria de um determinado serviço público. E conforme o nosso direito superior, conferindo o *poder disciplinar* para todos os entes da federação que “instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (art. 39, da Constituição Federal). As infrações disciplinares devem estar previstas e definidas por cada uma dessas normas. Nenhum ato será punível se não se ajustar à definição legal anterior ao fato e as penalidades também nelas previstas exaustivamente (*Nullum crime, nulla poena sine praevia lege*).

Nos limites punitivos, e para evitar arbitrariedades e abuso do poder discricionário, a autoridade administrativa só pode exercer o poder punitivo desde que as condutas e as penas estejam previstas em lei formal. A lei penal estrita, a despeito de necessariamente trazer tipo fechado, como importante garantia do cidadão a evitar perseguição por aparente infração, não consegue abranger muitos ilícitos do agente público no exercício de sua função. E considerando que nem sempre isso é possível, não raramente o legislador lança mão de regras gerais, através das quais estabelece a proibição. No Direito Penal, em lição que subsiste atual, ensinava HANS WELZEL que “nem todos os tipos satisfazem esse ideal de descrição exaustiva ou de tipos fechados. Mas há muitos em que a lei descreve apenas parte dos caracteres do tipo, deixando a tarefa de completar a outra parte ao juiz, indicando apenas o critério segundo o qual ele deve assumir a tarefa de completá-lo”¹².

As leis jamais conseguiriam englobar todos os casos que ocorrem na vida, daí o Direito penal valer-se, como regra, do tipo fechado, e com pequenas exceções, do tipo aberto. Aberto, porque nele a conduta proibida não está esgotada objetiva e exaustivamente, e aí o tipo penal não constitui indício de antijuridicidade tal como ocorre no tipo fechado. Neste, restaria impossível estabelecer qualquer diferença entre o comportamento proibido e o permitido, tão somente com o auxílio da descrição feita pela lei. Consequência disso seria que o juiz no

¹² WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán (Parte General): Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, 11ª. Edição, p. 75

lugar do procedimento negativo habitual próprio dos tipos fechados, aqui teria que comprovar a antijuridicidade de forma positiva. Para ele, ao determinar a realização do tipo aberto, deve investigar a antijuridicidade mediante a comprovação dos chamados elementos do dever jurídico. Contrariamente, na doutrina de JESCHECK “a teoria dos tipos abertos deve, sem embargo, rechaçar-se, pois se o tipo se entende como classe de injusto, pode somente imaginar-se como “fechado”, já que do contrário lhe faltaria, precisamente, o caráter típico. Isto significa que o tipo deve conter todos, sem exceção, os elementos que contribuem para determinar o conteúdo de injusto de uma classe de delito, e que a pergunta pela antijuridicidade pode somente fazer-se de forma negativa, quer dizer, no sentido de se se acha excluída pela presença de causas de justificação”¹³.

No âmbito administrativo, em razão da multiplicidade de condutas puníveis, a lei talvez não conseguisse abrangê-las dado o nível de detalhamento que seria necessário; do contrário, haveria de descrevê-las infinitamente, e ainda assim, de maneira mais ampla. Seria impossível uma lei descrever todas as infrações disciplinares, sobretudo aquelas menos graves em que pudesse o servidor incidir. Por isso, o recurso às descrições genéricas delas, o que pode comprometer a reserva legal absoluta. Rigorosamente, atento ao princípio da legalidade formal dos tipos, o comportamento disciplinar punível, em simetria com o direito penal, deve estar exaustivamente descrito, delimitando com segurança e de maneira hermética a matéria de proibição. Porém, anota NIETO GARCIA, “a descrição rigorosa e perfeita da infração é, salvo exceções, praticamente impossível. O detalhismo do tipo tem seu limite. As exigências maximalistas apenas conduzem, portanto, à paralisia regulamentar ou à anulação de grande parte das disposições sancionatórias existentes ou a serem ditadas”¹⁴. Assim, nem sempre os tipos de infrações disciplinares se apresentam fechado; frequentemente trazem tipificação de infração sem descrição precisa, por tipo aberto mediante palavras ou expressões como “procedimento irregular”, “ineficiência do serviço”, “falta grave”, “desídia” que, como visto, gera insegurança jurídica. A tipicidade aberta é uma realidade e um antigo problema no Direito Penal, com o qual também convive o Direito administrativo.

O sistema de punição administrativa disciplinar conta com determinadas regras de punição criminal, por meio de princípios comuns de repressão. As garantias decorrentes dos princípios gerais do direito penal e do processo penal devem ser respeitadas no âmbito da repressão administrativa, com as nuances

¹³ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Barcelona: Ed. Bosch, 1978, vol. I, p. 336

¹⁴ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, 1993, p. 215

que lhe são próprias. Impõe-se, por isso, o cumprimento dos princípios da proporcionalidade, legalidade, irretroatividade e retroatividade benéfica, *non bis in idem*, personalização e individualização das penas etc., explícitas e implícitas na Constituição e também os princípios da independência e imparcialidade do tribunal, dos direitos de defesa, meios de recurso, etc., aplicáveis no quadro da repressão criminal.

Ainda que debilmente, foi introduzido o art. 1º, § 4º, da lei 14.230/21, dispositivo determinando aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. Esse empréstimo colateral é bastante racional e lógico porque na verdade essas garantias devem ser previstas. Poder-se-ia argumentar que os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador teriam aproximação, mas não equivalência com os princípios do direito penal, pelo que não estaria autorizada a transposição destes últimos para o sistema de repressão de improbidade administrativa. Teria sido mais enfático e preciso se remetendo mais claramente aos princípios constitucionais que regem o direito penal e o processo penal, os quais devem sempre ter assento quando o mecanismo de coerção estatal de repressão é implementado. Todavia, não o fez também para dessa forma camuflar a real natureza das sanções nela previstas.

Além do perfunctório olhar a árvore e não a floresta, é perda de tempo procurar dualidade de tratamento e querer desemaranhar a interpenetração ou imbricação de regimes, do Direito Penal com o Direito Administrativo Sancionador, posto que de qualquer maneira a potestade sancionadora da Administração é uma manifestação do *jus puniendi*, o direito de castigar do Estado. Aquela norma, se não fosse desnecessária, é útil para poder auxiliar no entendimento que a recente lei 14.230/21, apesar de não dizê-lo, tem aplicação retroativa *in mitius*, como será discorrido mais à frente¹⁵.

4. NATUREZA PENAL E PROCESSUAL PENAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Enquanto o direito penal rege em toda a República, o direito administrativo disciplinar, igualmente sancionador, atua no âmbito local porque as sanções

¹⁵ A lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo, prevê em seu art. 65: “Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”. Cuida de procedimento administrativo de revisão, mas dele pode ser extraído que uma lei ulterior benéfica prevendo sanção menos grave (circunstância relevante), pode ser aplicada retroativamente se benéfica ao sancionado que, ao tempo da lei anterior, recebera sanção mais grave, inadequada.

punitivas contra o agente público somente podem ser pronunciadas em face de infrações tipificadas por lei de cada ente federado, pela autoridade administrativa no exercício do poder administrativo hierárquico, ou mesmo não aplicar nenhuma sanção na hipótese de cessação do vínculo funcional.

Se o agente público já estava sujeito às leis penais e às leis de regência do seu serviço, a Lei de Improbidade Administrativa n. 8.429/92, lhe acresceu outra responsabilização, com outras penas, ou até mesmo com pena de mesma espécie a exemplo da multa basicamente prevista no art. 32, III, do Código Penal. Ao estabelecer muito especialmente sanções em face de agentes públicos, tem-se a impressão que o Direito Penal deixou de ser considerado a *ultima ratio* e já não mais se cogitaria de sua intervenção mínima para resolução de conflitos da sociedade pelo *jus puniendi* do Estado. Em todo caso, se não antes porque previa na sua redação originária a punição de conduta culposa em caso de dano ao erário (art. 10), agora com a reforma introduzida pela Lei n. 14.230/21 passou a reprimir somente condutas marcadas pela desonestidade no desempenho do cargo ou função, *i.e.*, com dolo, elemento intencional identificador de má-fé, que é regra também em matéria de repressão de delitos. A punição de conduta negligente, por culpa *stricto sensu*, é exceção. Esse fenômeno da *abolitio improbitatis* culposa faz elucubrar quanto a possível identidade de tratamento e *abolitio criminis* do peculato culposo no Código Penal (art. 312, § 2º); mas, não haveria essa transladação porque embora todos os tipos de crimes especiais contra a Administração Pública contenham, de uma forma geral, um ato de improbidade administrativa, nem todo ato de improbidade administrativa chega a constituir crime.

Com as mudanças na lei, corretamente optou-se por uma tipificação fechada, senão pelo menos escancaradamente aberta, tudo a indicar maior proximidade com os conceitos utilizados no Direito Penal que, presentemente, na repressão de crimes de perigo abstrato e complexos, vem sendo expandido e, conseqüentemente, o aumento do poder punitivo pelo Estado, porém na contramão do movimento despenalizador. Em grande parte das descrições de condutas, muitas delas em relação consuntiva, se encontram tipificadas nos estatutos disciplinares da entidade ou órgão no qual integrados, e também no código penal e legislação correlata, situação a ensejar frequentemente tripla imputação ao agente público, mediante a) processo administrativo disciplinar, b) processo judicial penal e c) processo judicial por improbidade administrativa.

O fato de uma pessoa não incorrer em pena de prisão não é, por si só, determinante para efeitos da aplicabilidade da vertente penal. Nessa tendência de integração da sanção administrativa à categoria mais ampla de direito repressi-

vo, lembrava MICHEL DOBKINE, antigo magistrado francês, que “o surgimento de uma nova categoria de sanções, designadas “sanções pecuniárias”, é talvez chamado a unificar a questão repressiva não passível de prisão e tornar obsoletas as distinções tradicionais entre sanções administrativas e penais”¹⁶ .

Nada obstante a reforma legislativa, para THIAGO MARRARA os atos de improbidade são de natureza extrapenal, e conclui que “não se trata de crime e por isso, não são apurados pelo sistema processual penal...”¹⁷. Essa afirmação tem certa ressonância em face do quanto previsto no art. 37, § 4º da Constituição que, após definir as penas aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, inseriu ao final a expressão de ressalva “sem prejuízo da ação penal cabível”, e com isso restaria afastada a identidade formal e substancial dos ilícitos. E se na repartição constitucional da jurisdição comum são os ramos civil e criminal, conclusivamente a ação por improbidade administrativa seria civil. Tem-se que essa norma constitucional expressou o quanto seria evidente, mas até desnecessário porque sempre terá cabimento a ação penal quando o ato de improbidade também encontrar tipificação na lei penal. Mas, parece que somente a partir do texto constitucional não se pode concluir, com clareza, quanto à natureza dos atos de improbidade administrativa, incerteza que levada a mais um passo adiante quanto às sanções, desde o seu início levou uns e outros a entenderem que, tanto os atos como as penas teriam natureza administrativa ou de natureza civil. Parece que o constituinte não quisera, e talvez nem fosse lugar para tanto, conceder uma natureza específica aos atos de improbidade administrativa e nem à ação que os veiculem, isso porque os *atos de improbidade administrativa por excelência*, desde sempre estiveram previstos no Código Penal e legislação correlata, como crimes contra a Administração Pública.

Normalmente, em outros ordenamentos jurídicos a improbidade administrativa é reprimida na esfera penal, e até escusado dizer, por leis penais¹⁸. Qualquer reação jurídica do ordenamento ante o cometimento de uma infração que tenha caráter repressivo, há de ser entendida como direito punitivo. Tem-se que

¹⁶ DOBKINE, Michel. L'Ordre répressif administratif: Paris: Dalloz, 1993, p. 157, *apud* Emmanuel Rosenfeld et Jean Veil, Sanction administrative, sanction pénale. In Pouvoirs 2009/1 n°128 p.61

¹⁷ MARRARA, Thiago. Atos de Improbidade: Como a lei nº 14.230/2021 modificou os tipos infrativos da LIA?, Revista Digital de Direito Administrativo, USP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i1p162-178>

¹⁸ *e.g.*, nos sistemas de regulações com as alterações mais recentes, do Código Penal da Argentina, Ley 11.179, de 1984 (arts. 256 a 274); do Código Penal do Chile, de 1874 (arts. 233 a 260); do Código Penal da Espanha, Ley Organica 10/1995 (arts. 419 a 427), do Código Penal da França (arts. 432-10 a 432-16, com designação “Des manquements au devoir de probité”, com tipificação de figuras semelhantemente àquelas já previstas no nosso código penal, e cominação de penas privativas de liberdade e multa).

o nosso sistema da Lei de Improbidade Administrativa, no afã de maior abrangência e mais rigorosa proteção do erário e da moralidade no serviço público, teria surgido para colmatar ou complementar certas ineficiências ou deficiências do sistema punitivo no âmbito penal, sobretudo pela dificuldade de sua adaptação na repressão às pessoas jurídicas, e possivelmente também menos exigente quanto ao elemento subjetivo. E o fez na lei originária, de regra, com tipos de descrição fechada, mas não evitou tipos escandalosamente abertos, que sempre suscitaram eternas discussões. E prevê penas segundo a gravidade do ato (art. 12, I, II e III), inclusive a pena de perda da função pública, mas que não segue em linha com a proporcionalidade que racionalmente vai estabelecida nos estatutos na punição de infrações disciplinares, a exemplo das penas de advertência ou suspensão do cargo público por um tempo, menor ou maior, inexistentes na lei de improbidade.

De todo modo, é conclusivo que, ao fundo, todas as normas repressoras de improbidade administrativa têm natureza punitiva. Entretanto, nesse propósito de tutelar mais amplamente possível a probidade na Administração Pública, imbricam-se infrações e respectivas penas, suscitando relevantes questões em face do princípio do *non bis in idem*. Com efeito, uma pessoa não pode ser sancionada ou punida duas vezes (*non bis*) pela mesma conduta (*in idem*), e na vertente processual o mesmo fato não pode ser objeto de dois processos diferentes. Este aspecto processual carrega uma complexidade quando da atuação paralela da jurisdição (processo judicial) e da administração (processo administrativo), mas essa questão seria minimizada por terem naturezas distintas, não quanto ao *jus puniendi* do Estado, que é uno, mas em razão dos seus objetivos primários: repressivo, no processo judicial, e aperfeiçoamento do serviço público, no processo administrativo. Esse aspecto estabeleceria a diferença porque, embora presente a identidade absoluta de fatos, há distinção quanto ao fundamento das sanções e, mais, porque aplicadas por autoridades também de relações distintas: de hierarquia ou supremacia nas sanções disciplinares, inexistente na aplicação de sanções penais pelo juiz.

A teoria da autonomia e independência das instâncias, majoritadamente aceita pela doutrina e jurisprudência nacional, mas pouco aceita em outros sistemas jurídicos, fundamenta-se na diferença ontológica entre infrações penais e administrativas, que na realidade não pode ser identificada pela ausência de distinção material entre elas, a exigirem orientações valorativas. Outro fundamento dessa teoria é que a competência para aplicar sanções punitivas é atribuição inerente à função administrativa exercida pelo Poder Executivo, ou de outros Poderes no exercício dessa função, mas que em verdade somente o ordenamen-

to jurídico pode fazer a distinção, não em razão das infrações, mas, em razão das sanções previstas pelo Direito Penal.

No entanto, na mesma instância punitiva, o art. 12 da Lei 8.429/92 estabelece sanções pelo Poder Judiciário aos agentes condenados por atos de improbidade, e determina que elas sejam aplicadas *independentemente das sanções penais comum e de responsabilidade, civis e administrativas*¹⁹. A extrema facilidade em inserir tal expressão na lei, dispondo genericamente sobre aplicação de sanções de naturezas diversas, contrasta com as enormes dificuldades por ela engendradas em face do princípio *ne bis in idem* que, conquanto não expresso na Constituição Federal, se constitui em garantia fundamental derivada do seu art. 5º, § 2º. Erigida à categoria de garantia fundamental da pessoa em sujeitar-se à persecução uma só vez pelo mesmo fato, a sua formulação tem base na unidade do poder punitivo estatal manifestado conjuntamente, mas de forma limitada e contida, pelo Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Aquela disposição legal, com objetivo de punir severa e largamente o ato de improbidade administrativa, termina por multiplicar ao máximo as esferas punitivas em relação ao mesmo acusado pelo mesmo ilícito, o que pode se mostrar incompatível com o modelo de Estado de Direito. Ao prever, como punição para os atos de improbidade, sanções *independentemente* daquelas outras elencadas na sequência, dificuldades se assomam ao tentar, sem muita esperança de êxito, identificar alguma outra sanção, de natureza ou categoria diversa que fosse aplicável.

Pondo-se de lado a possível e consolidada convivência jurídica da punição do agente público por improbidade no âmbito disciplinar mediante sanções previstas nos estatutos administrativos (direito administrativo sancionador) e também no âmbito penal (direito penal sancionador), à perquirição quanto à natureza jurídica das sanções por improbidade administrativa, é possível depreender do texto legal que as sanções por ato de improbidade administrativa, decorrentes da extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema penal, são de natureza penal especial, posto que aplicáveis independentemente das “*sanções penais comum e de responsabilidade*”.

A lei de improbidade administrativa prevê aplicação de *sanções penais especiais*. Tem característica penal sem ter esse rótulo, a fazer parte do direito em aparência, e que na sua versão original considerava sujeito ímprobo mesmo o obtuso, incompetente ou mesmo ineficiente agente público. Gestores públi-

¹⁹ A teoria da autonomia e independência das instâncias vem adotada pela Lei n. 8.112/90 (regime jurídico único dos servidores da União) ao estabelecer em seu art. 125 que “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

cos, notadamente prefeitos, e mesmo servidores de menor escalão, atuavam, e atuam, buscando mais a sua proteção pessoal e menos o interesse público, fenômeno que recebeu o nome de “apagação das canetas”, pelo receio de serem atingidos por ação de improbidade e arcar com pesados ônus e honorários advocatícios, muitas vezes despoletada depois de longa e arrastada investigação em inquérito civil, não raramente quando já tinham deixado os seus cargos ou funções. A vulnerabilidade dos agentes públicos se fazia mais aguda porque eram reiteradas as ações temerárias com descrições genéricas, veiculando atos supostamente ímprobos, sem individualização de condutas e pedidos com todas as possibilidades, e até por só violação de princípios ou somente por culpa *stricto sensu*. Os riscos eram agravados, não somente pela aplicação do *in dubio pro societatis* ao ajuizamento da demanda, e deficiente ou insuficiente motivação, ou mesmo ausência dela, para decretar a indisponibilidade de bens e afastamento do autor da função, constrangimentos que praticamente se eternizavam apesar de superior determinação judiciária na prioridade no andamento dos respectivos processos. Por tudo isso, aos poucos e com o tempo, a lei veio recebendo severa e contínua rejeição dos tribunais.

Para disfarçar a sua essência penal, e se não fosse para contornar a vedação do *ne bis in idem*, na origem o legislador camaleônico de 1992 empreendeu fuga do direito penal clássico para estabelecer sanções penais camufladas a serem doravante impostas ao destinatário, porém sem obediência dos requisitos de legalidade do direito penal e do processo penal, uma vez que o legislador o teria batizado de administrativo. E o autor da infração, assim, não carregaria o desonroso título de delinquente, não podendo ser preso e ser réu ou acusado, mas na jurisdição civil. Os juízes se dobrariam diante do nominalismo legislativo porque não é seu ofício controlar as leis e, sim aplicá-las. Todavia, certo que o hábito não faz o monge, e que se pode enxergar em três dimensões, na realidade não se deve ver com os olhos, e sim com o cérebro.

O caráter de uma norma não depende do nome que lhe dá o legislador, salvo quando ele a designa expressamente. Entre nós, sempre foi usual - embora estranho -, empregar no preceito sancionador do tipo o vocábulo “pena” para infração penal, e “penalidade” (que na verdade é caráter da pena) para infração administrativa. A Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Civis da União) de forma geral profusamente emprega o termo “penalidade”²⁰, mas às

²⁰ e.g., art. 127. “São penalidades disciplinares:..”

vezes emprega o termo “pena”²¹. A tendência em esconder a real natureza das coisas mediante eufemismos pode ser vista, num exemplo, na profusa utilização no direito penal e processual, do termo “medida cautelar” para identificar prisões, ditas *processuais* e provisórias, tais como a prisão temporária e preventiva, conceituadas por alguns como um “mal sensorial”.

A expressão máxima da potestade sancionadora do Estado está constituída pelas normas de direito penal que impõe as sanções de maior gravidade punitiva. E a sanção administrativa pune uma falta imputável ao seu autor, evocando claramente os mesmos elementos material e moral da infração penal, mas de caráter complementar (e não alternativo) por construir ilícitos e cobrir situações antijurídicas não contempladas pelo direito penal. Para sanções de menor gravidade, é um pequeno sistema penal, é um Direito Penal degenerado. A finalidade em ambos é a proteção dos bens jurídicos, e a forma de punição dos agressores, com a escolha e o escalonamento das sanções, é opção do legislador.

A improbidade administrativa reprimida pela lei n. 8.429/92 não é senão a desonestidade do agente público, amplamente considerada, mas não punida pela autoridade com superioridade hierárquica do órgão, e sim por um juiz, e até como se intui, por vir hipoteticamente revestida de maior gravidade a exigir bastante imparcialidade no julgamento, virtude nem sempre tão presente no âmbito administrativo. Essa potestade sancionatória originariamente é da Administração porque o direito administrativo disciplinar quanto à aplicação das sanções não é, ao fundo, senão o direito penal particular das instituições. A punição administrativa pode revestir um aspecto penal e a inflicção de uma pena não parte necessariamente da jurisdição, posto que no exercício desse poder sancionador a autoridade da Administração detém o “*privilège d’action ou d’exécution d’office*”, impondo-lhe necessariamente se antecipar ao Poder Judiciário.

Se o exercício do direito de punir o agente público é legitimado pela manifestação do poder hierárquico e disciplinar que a Administração detém para lhe aplicar sanções enquanto subsistente o vínculo entre ambos, diversamente, as sanções previstas nas leis penais e na lei de improbidade administrativa lhe serão aplicáveis pelo Judiciário mesmo depois de cessado o liame funcional. E se há o recurso à jurisdição visando punir o servidor por improbidade administrativa, como o faz a Lei n. 8.429/92 ao comando do art. 37, § 4º da Constituição, o sistema deve sobretudo respeitar um certo número de garantias fundamentais.

²¹ *e.g.*, art. 133, § 6º: Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão...; art. 167, § 2º: Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave”.

A noção de lei penal, assim, é *lato sensu*. O fato de uma lei ser oficialmente qualificada como não penal, ou ser assim considerada, não se apresenta suficiente para impedir a aplicação dos princípios gerais do direito penal. O objetivo punitivo e a severidade da sanção fornecem a indicação final, e na maioria das vezes decisiva, da forma penal, embora como tal não declarada.

Por tudo, não se deixando enganar pelo mimetismo, ajustando-se as lentes e ao remover o véu do disfarce e da máscara que recobrem a sua natureza, será visto com muita clareza tratar-se de uma lei penal que somente em aparência teria outra natureza por não escarmentar a privação ou a restrição da liberdade. Quanto ao mais, assumiria o legislador, formal e abertamente de vez a natureza penal se designasse “Dos crimes” na lei n. 8.429/92, o Capítulo II “Dos atos de improbidade administrativa”. Mas, aí já não poderiam ser criados, como o foram, tipos escancaradamente abertos para descrever certas condutas e adicionar o advérbio “e notadamente” a produzir dúvidas semânticas, com violação da *lex certa*.

A natureza penal também pode ser extraída dos próprios termos, característica e amplamente usuais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, agora expressa e literalmente empregados na Lei de Improbidade Administrativa, quanto a “condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei”, “vontade livre e consciente de alcançar o resultado típico, ato doloso com fim ilícito” (art. 1º, par. 1º, 2º e 3º), com exigência da individualização da conduta imputada (art. 17, § 6º, I), indicação precisa da tipificação do ato de improbidade (artigo 17, §10-C), dever de fazer a correlação do ato imputado a um único tipo (artigo 17, § 10-D), e nulidade da sentença que condenar por tipo diverso daquele definido na petição inicial (artigo 17, §10-F, I). E para não deixar qualquer dúvida, dispor (art. 17-D) que a ação por improbidade administrativa é *repressiva*, de caráter *sancionatório*, destinada à aplicação de sanções de *caráter pessoal*, aí reafirmando o secular princípio constitucional da personalização da pena (art. 5º, XLV, da Constituição) e, para não gerar nenhum equívoco, a lei ajunta com clareza solar que “não constitui ação civil”.

A lei de improbidade tipifica condutas puníveis e estabelece sanções punitivas passíveis de aplicação a todos os agentes públicos em geral, de todos os níveis da federação, pouco importando a subsistência, ou não, do vínculo com a Administração, fenômeno que em natureza muito a identifica com a lei penal. A pena de perda de bens e valores acrescidos, ressarcimento e perda da função pública, previstos no art. 12 da lei n. 8.429/92, são também efeitos genéricos e específicos de condenação criminal (arts. 91 e 92, do Código Penal). Essa coligação de sistemas repressivos se dá não somente pelo caráter comum,

nacional e punitivo de ambas as leis, mas também porque - como ocorre com as ações penais, a correspondente ação judicial por improbidade administrativa é promovida pelo Ministério Público, legitimidade ativa que a princípio lhe foi conferida com exclusividade pelo art. 17, *caput*, da lei 14.230/21, mas o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs ns. 7042 e 7043, restabeleceu a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas.

Prevê o art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, que a ação para a aplicação das sanções seguirá o código de processo civil, *com algumas ressalvas*. Mesclando com disposições de processo penal, assegura ao réu o direito de ser interrogado, e a recusa ou silêncio não implicar confissão (art. 17, §18), dando efetividade ao princípio da não autoincriminação. Embora a Constituição (art.5º, LXIII) restrinja a dizer que o “preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, o direito ao silêncio constitui apenas uma das manifestações desse princípio positivado também no art.186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, agora especialmente estendido para a ação por improbidade administrativa, que «não constitui ação civil». Sem dúvida, uma radical guinada do legislador introduzindo também características processuais penais no modo de coerção, instituindo ferramentas para contenção do poder punitivo do Estado.

Quanto à ação de improbidade, ainda na vigência da redação original da lei n. 8.429/92 concebia-se que teria ela natureza civil porque o “processo não-penal” tem curso na jurisdição civil. Mas, ulteriores movimentos pendulares da doutrina e da jurisprudência já se afastavam daquela concepção, e lhe apontavam para um viés penaliforme. Em 2010, o saudoso Ministro Teori Zavascki expressava que “... se trata de uma *ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal*, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória”²².

Para ARNOLD WALD e GILMAR MENDES, “é inegável que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil”... e que “tais características, no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma *ação civil de forte*

²² REsp n. 827.445. j. 2.2.2010, rel. Ministro Teori Albino Zavascki

conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos”²³. Ainda sob a égide da lei reformada, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de ressaltar que “A condenação dos sentenciados pela prática das condutas descritas no art. 10, da Lei nº 8.429/92 (atos que causam prejuízo ao Erário), implica na análise do elemento subjetivo dos atos de improbidade na aplicação das penalidades restritivas e da indenização ao Erário, na qualidade de *ação penaliforme*”²⁴. Em outra oportunidade, “[...] Entendo que a ação de improbidade administrativa tem *caráter penaliforme*, pois visa essencialmente à aplicação de sanções aos agentes ímprobos, de modo que tanto a punição quanto a contagem do prazo prescricional devem ser individualizadas”²⁵. Registrou-se também que “Sempre é importante lembrar que a ação de Improbidade tem *natureza penaliforme*, embora demarcada como ação que é ajuizada com base em leis civis...”²⁶.

O legislador reformista, sem conceder literal ou expressamente natureza penal e processual penal à lei reformada, agora imprimiu característica verdadeiramente penal, não somente quanto à ação, mas quanto aos atos de improbidade administrativa, indicando aplicação à luz desses normativos. E para disfarçar essa natureza, canhestamente porque nem seria preciso designar, designou de *civil* a multa como pena (art. 12 e incisos), enquanto nem o código penal e nem outras leis repressivas fazem adjetivação das multas nelas previstas.

Se a lei não contém palavras inúteis, já no Capítulo III, o designou “Das Penas”, e não “penalidades” como normalmente seriam, e continuam sendo designadas em preceito sancionador de infrações administrativas. Ademais, estabelece “pena de demissão” (art. 13, § 3º), e orienta para a “fixação das penas” (Art. 17-C, VI), e na aplicação das sanções a ressalva quanto à “pena de ressarcimento” (art. 21, inc. I). Relevante observar também que no caso de continuidade de ilícitos, refere “a soma das penas” (art. 18-A, inc. I) e a perda de cargo ou função pública (art. 12, I e II), tais vêm simetricamente previstas no Código Penal, respectivamente, como crime continuado (art. 71) e efeito de condenação (art. 92, I).

A nova lei veio por descaracterizar a improbidade administrativa como questão pertinente à tutela dos direitos difusos. Como argutamente observam YARSHELL e SICA, notáveis expoentes do direito processual civil que, “em realidade, a ação de improbidade administrativa sempre foi instrumento inequívoco-

²³ WALD, Arnold. MENDES, Gilmar. Atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança. São Paulo: Ed. Malheiros, 28ª edição, p. 215

²⁴ REsp 1463122, j. 5.8.2020, rel. Ministra Regina Helena Costa

²⁵ REsp 1840417, j. 22.4.2020, rel. Ministro Benedito Gonçalves

²⁶ REsp 1844759, j. 3.3.2020, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

camente sancionatório, e esse elemento se apresenta ausente dos demais meios de tutela de interesses transindividuais, como a ação popular (apta a desconstituir atos administrativo e a veicular pretensão ressarcitória) e as demais ações coletivas (que abrigam, sobretudo, tutelas específicas de deveres de fazer e não fazer aptas a recompor ou cessar a ameaças ou violações a direitos coletivos em sentido amplo). Nesse contexto, a Lei nº 14.230/2021 tem por inequívoco objetivo reposicionar a ação de improbidade administrativa, afastando-a do microssistema de tutela dos interesses transindividuais e inserindo-a no amplo campo do “direito sancionador”²⁷.

Retirando-se a improbidade administrativa do campo dos interesses difusos e coletivos, foi ela introduzida no nosso sistema jurídico repressivo a ser veiculada por uma ação *sui generis*. Se a ação que veicula pretensão de condenação por improbidade administrativa, em amplo senso e por expressa disposição legal “não constitui ação civil” (art. 17-D), e se obviamente não constitui ação manejável no campo trabalhista, eleitoral e militar, tem-se residualmente e dentre as alternativas existentes, que somente poderá se classificada como “ação penal”, mas que estranhamente tem curso na jurisdição civil.

Por último, neste tópico, cabe uma pequena abordagem. O art. 21,§ 4º da Nova Lei, dispõe: “A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Código de Processo Penal”. Abstraem-se aqui discussões e muitas controvérsias que podem ser vislumbradas em face da redação desse dispositivo, e de sua interpretação quanto à influência da absolvição criminal fora dos critérios tradicionais dos arts. 65 e 66, do Código de Processo Penal, e art. 935, do Código Civil. De uma certa maneira, reafirma o *ne bis in idem* aplicado no campo das consequências jurídicas da infração, embora a rigor o princípio devesse se projetar desde o momento de criação das normas sancionadoras e construção dos tipos de ilícitos. Conquanto a lei queira estabelecer distinção entre ação penal e “ação da qual trata esta Lei”, em última análise dela pode ser inferida que, na busca de uma solução justa e única, confere tratamento objetivo idêntico à improbidade administrativa e ao crime pelo qual o autor recebeu absolvição por qualquer um dos fundamentos legais, exatamente pela identidade concomitante “dos mesmos fatos”.

²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça, in <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade#author>

5. IRRETROATIVIDADE DA LEI. RETROATIVIDADE *IN MITIUS* DA LEI N. 14.230/21

Conforme disposição do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”²⁸. Uma lei nova é criada para fatos futuros, mas se ela atingir fatos consumados na vigência da lei anterior, está proibida a retroatividade. Esse critério é muito objetivo, pelo qual a norma posterior prevalece sobre a norma anterior, assim como a especial prevalece sobre a geral. A questão da aplicabilidade de uma ou outra norma (anterior e posterior) surge em face dos fatos pendentes e da inexistência de retroatividade tácita. Assim, no direito de transição, presentes duas normas que seriam aplicáveis à mesma situação fática por serem sucessivos no tempo, é necessário optar por uma delas.

Um dos critérios para a escolha é aquele do princípio da *lex posterior derogat priori*, que é regra e bastante lógico. Outro critério, por exceção, é a retroatividade *in mitius* traduzido em lei por uma ficção e considerações de ordem ética e política. Tradicionalmente, no âmbito penal, a questão se funda em considerações de equidade e de humanidade, e juridicamente decorre do princípio da necessidade das penas. O princípio da irretroatividade de uma lei penal baseia-se no princípio da legalidade das infrações e das penas. A conduta punível deve ser determinada previamente para que a lei cumpra sua função de generalidade e proteja a todos. No âmbito administrativo, traduz em segurança jurídica essencial que visa proteger determinadas situações jurídicas suscetíveis de criar direitos a favor dos cidadãos.

O princípio da irretroatividade do direito penal mais severo contribui para a previsibilidade do direito penal e também se relaciona com o combate à arbitrariedade que se reflete no princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. A primeira formulação histórica do princípio, contida no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e muito tempo depois adquiriu implicitamente valor constitucional a partir de decisões do Conselho Constitucional francês. Além de sancionar definitivamente o princípio da não retroatividade das disposições legislativas penais mais severas, por outro lado alargou o seu âmbito de aplicação, em grande parte pelo fenômeno da constitucionalização de todas as questões ditas repressivas, e como conse-

²⁸ Decreto-Lei n.4.657/1942, designada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, alterado pela Lei n. 12.376/2010 renomeada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

quência, a extensão dos princípios constitucionais determinando a aplicação de uma pena a todas as sanções que tenham um caráter de punição.

Se o legislador adota uma nova lei mais branda é porque a velha lei já não é necessária para a defesa da sociedade. Esse, o fundamento do princípio da retroatividade *in mitius* ou *leges favorabiles*. Deste princípio decorre a regra segundo a qual o novo direito, quando revoga uma infração penal, ou a restringe, ou prevê penas menos severas do que a antiga lei, aplicam-se aos autores de infrações cometidas antes de sua entrada em vigor.

Embora a irretroatividade seja princípio de valor absoluto, e a exceção seja a aceitação da retroatividade de lei penal mais branda (art. 2º e parágrafo único, do Código Penal), no âmbito do direito administrativo ainda hoje persiste no nosso meio jurídico a controvérsia sobre se essas garantias, constitucionais e legais, também devam, ou não, ser aplicadas quanto às infrações e sanções punitivas em matéria administrativa, sob fundamento que a Constituição é expressa quanto à lei penal (art. 5º, XL), polêmica que vem agora estendida quanto à lei n. 14.230/21 de alteração da Lei de Improbidade Administrativa, que embora pudesse ser expressa, foi silente quanto à sua retroatividade. E isso não raramente ocorre porque o nosso legislador, muitas vezes pressuroso para atender às demandas populistas e atrair para si as luzes da fama, além de comodamente não se acautelar em face de dúvidas supervenientes, e nem prever os seus efeitos, nem sempre parece se preocupar com a segurança jurídica delas.

Nem sempre é fácil delinear maior brandura de uma nova lei, a exemplo da n. 14.230/21 em foco; mas, com reformar largamente a trintenária lei de improbidade administrativa, dentre outros se destacam: *a)* extinção da improbidade culposa, até então excepcionalmente prevista no art. 10, e exigir, em qualquer hipótese, a conduta dolosa do agente (art. 1º, § 1º); *b)* revogação dos incisos I, II, IX e X do art. 11 e, com a alteração, os seus incisos passam a ser taxativos e não exemplificativos; *c)* para configuração da improbidade não basta a voluntariedade do agente, e dando particular relevo ao elemento subjetivo na conduta do agente, não mais se contenta com o dolo genérico na realização dos tipos de improbidade, passando a exigir o *plus* de dolo específico (art. 1º, § 2º), informado pela especial intenção do agente em alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, que deve ser demonstrado nas ações de improbidade ainda em curso, mesmo porque, nos termos do art. 17, § 6º, II, dentre outras exigências, a petição inicial será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado, e que deverá ser analisado pelo juiz para formação de sua convicção (art.21, § 2º). Essas são, dentre outras, razões bastantes para concluir ser ela benéfica e, por-

tanto, de aplicação retroativa. Em caso de dúvida ou indeterminação, o próprio imputado poderá ser consultado -como o faz alguns sistemas estrangeiros²⁹ - para confirmá-la, ou não.

Arrefeceram-se os argumentos quanto à retroatividade da nova lei que afrontaria princípios constitucionais de combate à corrupção, e com isso a violação à vedação de retrocesso à tutela dos direitos humanos. Ainda que a probidade seja direito fundamental da sociedade à boa administração, é inadequado argumentar com violação do princípio da proibição de regresso de modo a impedir aplicação da *lex mitius*. Esse raciocínio representaria uma *reductio ad absurdum* ao impor ao legislador, sem fundamento jurídico sério, iniciativas *necessariamente* cada vez sempre mais severas, contra autores de ilícitos penais ou administrativos. Ao contrário do que se pensa, não há essa proibição porque a nova norma não trata de revogação ou redução do grau de concretização de *direitos sociais* que tenham sido regulamentados, sem criação de alternativas compensatórias e benéficas. Além disso, a repressão de condutas ilícitas sempre pôde ser amenizada ou desconstituída pelo direito posterior, e nunca foi mencionado que isso importasse em *retrocesso* ou *regresso*, tratamento que não pode ser diverso para condutas ditas ímprobas ou criminosas. Não se submete a nova lei, que não versa questões sociais, a esse princípio, posto veicular direito punitivo do Estado contra o servidor. Aliás, decorre do próprio sistema do direito constitucional a contenção do arbítrio desse poder. E pela retroação benéfica aplica-se aos casos em curso e já foram definitivamente julgados.

A questão acerca da retroatividade, ou não, da lei n. 14.320/21, foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2022 no julgamento do ARE nº 843.989/PR (Tema nº 1.199), concluindo pela sua retroatividade *somente* nos casos de improbidade culposa, por exigência de dolo para configuração de qualquer ato de improbidade, e cujos processos judiciais estejam em curso. Importantes observações podem ser feitas da decisão. Uma delas é a afirmação que a Lei de Improbidade Administrativa está no campo do Direito Civil (ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia). Esse entendimento, pode-se dizer extraído com esforço hercúleo, quando muito pareceria adequado em face das disposições primitivas da lei de improbidade, e assim mesmo se o Direito fosse compartilhado apenas em civil e penal, sem contar o administrativo. Todavia, como

²⁹ *e.g.*, o Código Penal da Espanha dispõe em seu art. 2.2 que “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. **En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo.** Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

adverte RANDO CASERMEIRO, professor na Universidad de Sevilla, analisando o ponto em face do princípio da fragmentação, “as construções restritivas do direito penal sobrepõem *jus puniendi* e direito penal, obviando a existência de um direito administrativo sancionador que conforma uma parte essencial do direito punitivo. É por isso que o subsistema punitivo administrativo não deveria ser tratado analiticamente junto ao direito civil ou ao estabelecimento de políticas de prevenção em níveis de controle primários, para dar dois exemplos frequentemente citados como alternativas menos danosas ao direito penal. Ao contrário, seu pertencimento ao gênero comum *direito punitivo* o aproxima do direito penal”³⁰.

Portanto, não dar retroatividade sob fundamento que a lei de reforma está no campo do Direito Civil, parece descuidar a questão de fundo, não somente quanto à natureza da lei de improbidade administrativa, mas sobretudo quanto à natureza punitiva das sanções nela previstas. É certo que dúvidas são suscitadas e incertezas se assomam ao não se depreender com clareza, se a sanção teria natureza penal ou não-penal, quando mais fácil seria a opção de resolver, dando-lhe, residualmente, natureza civil. Em matéria de direito punitivo, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre dirigida em favor do agente que sofre a imputação. Essa regra não se aplica apenas aos tribunais quanto a sanções penais, mas também a sanções administrativas punitivas, inclusive disciplinares.

A ação que veicula pretensão punitiva em face de ato de improbidade administrativa, não tem expressa característica penal, por isso não é ajuizada na jurisdição penal, e a improbidade administrativa não seria crime porque a ação é ajuizada na jurisdição civil. Mas, a despeito dessa notável petição de princípio, não se pode negar ou hesitar que a pretensão nela inserida tem finalidade punitiva. Por outro, se de lei civil (ou não-penal) se tratasse, a lei de reforma bem possivelmente não admitiria ou autorizaria nenhuma retroatividade, muito menos *in mitius*. Sintomaticamente, muito importante ressaltar que o julgado da Corte máxima, ao dar retroatividade à nova lei porque os atos culposos deixaram de ser tipificados como improbidade administrativa, iniludivelmente lhe dá natureza penal (*abolitio criminis*) ou, quando menos, lhe dá natureza penali-forme de maneira a justificar a *abolitio improbitatis*.

Por outro, a afirmação naquele julgado, que a norma constitucional refere-se apenas à lei penal, interpretando-a literalmente e de maneira altamente restri-

³⁰RANDO CASERMEIRO, Pablo. La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010, p. 377/8

tiva para não reconhecer efeito retroativo da Lei de reforma (Ministra Rosa Weber), por tudo quanto já foi dito, privilegia a aparência, ao invés da essência do direito. E a afirmação que a lei de improbidade administrativa está no âmbito do direito administrativo sancionador, e não do direito penal (Ministro Alexandre de Moraes), em realidade não nega; antes, confirma o caráter punitivo que nela se insere, com muita evidência, nas infrações e penas nela previstas. A visão sistêmica do direito, se não veda, aconselha evitar aplicar parcialmente uma lei.

É certo que o Direito Administrativo Sancionador não vem cercado do garantismo reconhecido no secular Direito Penal, o que é uma forte razão para gerar dúvidas sobre o intercâmbio de princípios. Porém, nos tempos de um processo mais democrático, as diferenças quanto aos direitos e garantias dos sistemas sancionatórios vêm sendo reduzidas, até mesmo por conta de funcionamento parecido entre eles, como se vê às claras pelas referidas alterações inseridas na Lei de Improbidade Administrativa. Definitivamente, e deve ser incontroverso, tratar-se duma lei punitiva. Assim, desde que uma medida tenha característica punitiva, predominantemente repressiva de uma pessoa, qualquer que seja a sua significação, não devem ser ignorados os princípios gerais e fundamentais do Direito Penal, e dentre eles, principalmente aquele com assento constitucional, o da retroatividade da lei (mais) benéfica (art. 5º, inciso XL, da Constituição), o que afasta a ideia muito simplista e restrita que a retroatividade benéfica fosse aplicável apenas no campo do direito estritamente penal.

Observa FRANCK MODERNE, então professor da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) que o princípio da retroatividade das leis de repressão administrativa mais branda parece ser o corolário do princípio da irretroatividade das leis mais severas, nem sempre encontra, no entanto, proteção constitucional. E abordando a questão em torno da Constituição da Espanha, anota que “O juiz constitucional espanhol, por exemplo, recusa-se a considerar, do artigo 25.º-1 da Constituição³¹, que os cidadãos têm direito fundamental à aplicação retroativa de uma lei (penal ou não penal) mais favorável do que a lei anterior. Conclui-se que o recurso de amparo (que diz respeito aos direitos fundamentais) não pode ser utilizado para obter o benefício de uma lei que contenha incriminações ou sanções administrativas menos severas do que as leis existentes. Mas, tal afirmação deve ela mesma ser relativizada: o princípio da retroatividade das disposições legislativas repressivas aparece, nos termos

³¹ Artículo 25. 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

do artigo 9.º-3³², entre os princípios constitucionais (basta usar um raciocínio *a contrario*), mas não como um direito fundamental. Como proteção constitucional é, portanto, reduzida”³³.

Mesmo para quem esse princípio constitucional não devesse ser estendido para o âmbito da repressão administrativa, a exemplo de GEORGE DELLIS, professor e magistrado junto à então Corte de Justiça das Comunidades Europeias, dissertando sobre a retroatividade *in mitius*, ensinava que “A observância do princípio em questão quanto à repressão administrativa não deve mais ser contestada; deve-se, no entanto, reconhecer que tem valor infralegislativo, uma vez que ainda não foi consagrado pelo juiz constitucional fora do direito penal”³⁴. Entre nós, DANIEL FERREIRA, professor de Direito Administrativo em Curitiba, pontua que “Não obstante se apresente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil como uma aparente possibilidade, e não como uma imposição, a retroação da lei mais benigna em matéria sancionadora é um direito do sancionado ou, até mesmo, do acusado, qualquer que tenha sido o ilícito praticado ou imputado”³⁵.

Assim, alinhados à mais profunda compreensão do direito essencial, as normas no campo do direito administrativo sancionador são equiparadas às normas penais (Ministro Ricardo Lewandowski), e que a semelhança entre os sistemas de persecução de ilícitos administrativos e criminais (Ministro Gilmar Mendes) permite a retroatividade da lei. Nessa base de raciocínio, há quase quarenta anos, a emérita juspenalista professora DELMAS-MARTY, do Collège de France, recentemente falecida, já ensinava que “tanto a repressão administrativa como a repressão criminal pertencem à matéria penal na acepção da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”³⁶.

Também rege o princípio da retroatividade da lei benéfica ao infrator no Direito Administrativo Sancionador, inclusive ainda que a nova lei mais favorável entre em vigor quando já esteja cumprindo a sanção administrativa. Isso porque, como

³² Artículo 9. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

³³ MODERNE, Franck. *Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle*. Paris: Economica, 1993, p. 262

³⁴ DELLIS, George. *Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: L.G.D.J., E.J.A. et George Dellis, Ed. 1997, p.292

³⁵ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 138.

³⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*. Paris: Ed. Dalloz, 1986, p. 27

antes mencionado, tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo Sancionador são manifestações do *jus puniendi* do Estado, compartilhando princípios comuns de seu exercício, no qual se materializa em Direito Penal, quando se trata de reprimir condutas tipificadas como delitos, e no Direito Administrativo Sancionador para correção de outros ilícitos de menor gravidade.

A punição do agente público, seja disciplinarmente pela Administração, seja penalmente por Tribunal Criminal, ou seja, em improbidade por Tribunal Civil, repousam sobre o mesmo fundamento, pelo que haverá de ser aplicado o mesmo direito. Hermeneuticamente, *“ubi eadem ratio ibi idem jus”*. Assim, do princípio constitucional da irretroatividade penal, se lhe segue o da retroatividade benigna da nova lei, que em semelhança é imediatamente aplicável às sanções administrativas punitivas. Por sua natureza e seus efeitos, a responsabilização disciplinar do agente público tem caráter penal e as sanções disciplinares, quando impostas pelos tribunais, são penas.

O Conselho Constitucional francês, que exerce jurisdição notadamente de controle de conformidade da lei à Constituição, no já longínquo ano 1982 decidiu que: “Considerando que o princípio da irretroatividade assim formulado não diz respeito apenas às penas aplicadas pelos tribunais penais, mas *estende-se necessariamente a qualquer sanção que tenha caráter sancionatório*, ainda que o legislador julgue necessário deixá-la a cargo da pronúncia a uma autoridade não judicial”³⁷. Comentando essa decisão, MICHEL DEGOFTE, então professor de direito público na Universidade de Reims, após observar que a punição é uma sanção, mas nem todas as sanções são punições, exaltou que “essa motivação brilha por sua clareza: há sanções que não têm o caráter de punição. Os princípios do direito penal que se aplicam às penas mesmo que pronunciadas por uma autoridade administrativa não se aplicarão necessariamente às sanções não punitivas”³⁸.

Em 2007, em julgamento de questão não propriamente de natureza disciplinar, mas administrativa envolvendo uma empresa privada, o Conselho de Estado francês decidiu lembrando que a norma decorrente do artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “segundo a qual a nova lei penal deve, quando revoga uma incriminação ou prevê penas menos severas do que a lei anterior, aplicar-se aos autores de infrações cometidas antes da sua entrada em vigor e que não tenham dado origem a condenações transitadas em

³⁷ Conseil Constitutionnel, 30 décembre 1982, n° 82-155 DC (pesquisa on line)

³⁸ DEGOFTE, Michel. Droit de la sanction non pénale. Paris: Ed. Economica, 2000, pp. 28/29

julgado (...) aplica-se não só às sentenças proferidas pelos tribunais penais, mas também às sanções administrativas”³⁹.

De natureza administrativa, também o é a sanção disciplinar. A aceitação do princípio da retroatividade *in mitius*, se agora alargado às sanções administrativas punitivas, segue-se que, em semelhança e *a fortiori*, deve ser considerado aceitável para a punição disciplinar, espécie daquelas. A sua natureza, se não estritamente de sanção penal, certamente dela se aproxima, levando-se em consideração que a punição tem caráter estigmatizante e consequências danosas, morais e materiais, para o futuro do servidor público, como são as penas previstas na lei de improbidade administrativa, sobretudo de perda da função pública, suspensão de direitos políticos e multa civil.

No direito belga, também em 2007, analisando especificamente a questão sob o prisma da sanção disciplinar, já doutrinavam os professores RENDERS e ANDERSEN, da Universidade Católica de Louvain, observando que “o artigo 7º, n. 1, da Convenção para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais dispõe, em particular, que “nenhuma pena será imposta maior do que aquela que era aplicável no momento em que o delito foi cometido”. Decorre da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que a sanção administrativa – incluindo a sanção disciplinar – é suscetível de integrar o âmbito de aplicação do artigo 7.º”, e também que “o artigo 15, n. 1, do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos se expressa em termos, por assim dizer, idênticos. No entanto, acrescenta: “se, na sequência desta infração, a lei prevê a aplicação de pena mais leve, o infrator deve dela se beneficiar”. A jurisprudência parece considerar que o artigo 15.º é suscetível de incluir também a sanção administrativa – incluindo a sanção disciplinar – no seu âmbito de aplicação⁴⁰.

JACQUES MOURGEON, em tese de doutorado na Universidade de Toulouse, há mais de cinquenta anos considerava que nada impede a aplicação do princípio da retroatividade em matéria administrativa - como em matéria penal - dado que a legalidade nos serviços públicos não impede a atenuação da sanção disciplinar por analogia, prevista na lei no momento da prática do delito. Da mesma forma, a retroatividade de uma lei mais branda não é contrária ao princípio da legalidade, mas dá mais vantagem em termos de justiça e equidade⁴¹. Em face da máxima relevância do princípio da retroatividade *in mitius*, já em

³⁹ Conseil d’État, 16 novembre 2007, Section du Contentieux, n. 289184 (pesquisa on line)

⁴⁰ RENDERS, David et al, *in* ANDERSEN. Robert. Les sanctions administratives. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2007, pp. 182 e 183

⁴¹ MOURGEON. Jacques. La répression administrative. Paris: Ed. L.G.D.J., 1967, pp. 117 e 118.

1996 o Tribunal Constitucional do Chile concluíra que “os princípios inspiradores da ordem penal contemplados na Constituição Política da República devem ser aplicados, por regra geral, ao direito administrativo sancionador, posto que ambos são manifestações do *jus puniendi* próprio do Estado”⁴².

Mais extensivamente, anota ROMÁN CORDERO, professor de Direito na Universidad de Chile, que “A doutrina majoritária sustenta que os princípios penais devem ser aplicados ao Direito Administrativo Sancionador, porém não de forma matizada, senão no sentido originário deles. Trata-se, em consequência, de aplicar princípios penais ao Derecho Administrativo Sancionador ao *modo penal*. Por ele, não é estranho constatar que muitos autores não utilizem a expressão Direito Administrativo Sancionador, a qual ressalta o caráter autônomo desta matéria, senão a expressão Direito Penal Administrativo, como um ramo do Direito Penal”⁴³.

Por fim, na doutrina nacional, teorizando sobre a aplicação da norma sancionadora, OSÓRIO observa que “O desafio mais difícil consiste em interpretar o silêncio legal na cadeia de normas sucessivas. Uma norma sancionadora mais favorável nada dispõe sobre o tema, deixando ambígua sua posição. E os valores por ela tutelados são relativamente estáveis, daqueles que demandam políticas públicas punitivas coerentes e centradas em escolhas racionais, dotadas de vocação à estabilidade, o que revelaria, *a priori*, vocação à retroatividade. Em tais casos, não há dúvidas que as normas retroagem, como se fosse o próprio Direito Penal, na busca de salvaguardar critérios de justiça e segurança, em homenagem ao tratamento simétrico com a outra principal vertente do Direito Punitivo. Essa retroatividade está amparada na cláusula constitucional do devido processo legal e nos valores ali abrigados”⁴⁴.

Outros aspectos relevantes da nova Lei n. 14.230/2021 podem ser notados: a) suprimiu as sanções de perda da função e suspensão dos direitos políticos, por ato ímprobo que viola princípios da administração pública (art. 11); b) a imputação de improbidade do art. 11, *caput*, cujos fatos não encontrem tipificação nos seus incisos, não subsiste. No julgamento do Tema 1.199, o Supremo Tribunal Federal, a partir de caso em que envolvia imputação por improbidade culposa perpetrada antes da reforma, embora tenha concluído pela aplicação da

⁴² Jurisprudência Constitucional, Tomo III y IV, rol n. 244-1996, p. 632 (consulta on line).

⁴³ ROMÁN CORDERO, Cristian. Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema. In Derecho Administrativo – 120 años de cátedra, coordinador Rolando Pantoja Bauzá. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 134

^a OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p.271.

nova lei retroativamente aos *atos culposos*, em realidade não analisou a retroatividade da lei em face de todas as situações e circunstâncias em que ela pode se apresentar benéfica ao autor, sobretudo quanto aos atos dolosos. Tem-se que a nova *legis favorabilis* não deva ter lugar somente quanto à improbidade culposa, e sim para ser aplicada por inteiro a todos os atos tipificados como improbidade administrativa. Impõe-se a aplicação da retroatividade benéfica apta a atingir condenações pronunciadas sob a égide do regime antigo, inclusive que estejam sob o manto da coisa julgada material (*abolitio improbitatis*).

A retroatividade da nova lei, seguindo idêntico raciocínio, também deve ser aplicada à prescrição. A Constituição Federal estabeleceu em seu art. 37, § 5º, que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Tem-se, nessa conformidade, que o ressarcimento ao erário, sobre não ter caráter punitivo, seria apenas reposição ao *statu quo ante*. Acrescentou-se no seu art. 5º, LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

No âmbito penal, a prescrição é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado em razão de sua inércia e pelo decurso do tempo, funcionando como uma causa de extinção da punibilidade de um crime ou contravenção (artigo 107, inciso IV, do Código Penal). O direito à prescrição vem reconhecido como um dos direitos fundamentais, posto que o prolongamento injustificado da persecução afronta a dignidade da pessoa humana. De um lado tem-se o poder/dever do Estado em exercer o *jus puniendi*; de outro, a prescrição como direito público indisponível, de observância obrigatória.

Embora o julgado do Supremo Tribunal Federal, anteriormente mencionado, tenha reconhecido a retroatividade *in mitius* para não mais punir os atos culposos de improbidade, decidiu-se ali que “o novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”. Contudo, a retroatividade penal benéfica há de ser em tudo aplicável às improbidades administrativas. Por não se admitir interpretação e nem aplicação da lei em tiras, deve aplicar-se também à prescrição, ainda que intercorrente. A sua natureza jurídica é de direito penal material, de ordem pública, e forma de *extinção de punibilidade do agente*. A questão não se cinge ao argumento de possível incúria do Estado ou sua renúncia em exercer o *jus puniendi*. A pretensão de condenar o agente por improbidade administrativa é de interesse público, e a prescrição aí, semelhantemente à prescrição penal, é

ordenada em favor do agente em face desse interesse, e por isso mesmo reconhecível de ofício (art. 23, § 8º).

Concluindo. Com a reforma introduzida pela lei n. 14.230/2021, alterando significativamente na sua essência a estrutura da lei n. 8.429/92, os tipos de improbidade e as respectivas sanções nela previstos já não têm mais natureza *penaliforme* como se entendia sob a égide da lei em sua versão original. Continua não trazendo o rótulo, mas têm indisfarçável natureza penal, e como tal merece ou deve ser amplamente tratada.

(Dedico este artigo ao amigo Juiz Osni Assis Pereira, *in memoriam*)

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

DE LEÓN VILLALBA. Francisco Javier. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998

DEGOFFE, Michel. Droit de la sanction non pénale. Paris: Ed. Economica, 2000

DELLIS, George. Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif. Paris: L.G.D.J., E.J.A. et George Dellis, Ed. 1997

DELMAS-MARTY, Mireille. Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain. Paris: Ed. Dalloz, 1986

DOBKINE, Michel. L'Ordre répressif administratif: Paris: Dalloz, 1993

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal, Novas questões Jurídico-penais*. Rio de Janeiro: END, 1945

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ed. Bosch, 1978

JÈZE, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, trad. argentina da 3.^a edição francesa, 1948

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1950, Tomo I e Tomo II

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1998

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Ed.Saraiva, 1954, vol. II

MARRARA, Thiago. *Atos de Improbidade: Como a lei nº 14.230/2021 modificou os tipos infrativos da LIA?*, Revista Digital de Direito Administrativo, USP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i1p162-178>

MODERNE, Franck. *Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle*. Paris: Economica, 1993

MOURGEON, Jacques. *La répression administrative*. Paris: Ed. L.G.D.J., 1967

NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009

RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

RENDERS, David. ANDERSEN, Robert. Les sanctions administratives. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2007

ROMÁN CORDERO, Cristian. Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema. *In* Derecho Administrativo – 120 años de cátedra, coordinador Rolando Pantoja Bauzá. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán (Parte General): Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, 11^a. Edição

YARSHELL, Flávio Luiz. SICA, Heitor Vitor Mendonça, in <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade#author>

Submissão: 09.agosto.2023

Aprovação: 11.setembro.2023

O TELETRABALHO NO BRASIL E O USO DAS LEGISLAÇÕES PORTUGUESA E FRANCESA PARA COLMATAR AS LACUNAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Teleworking in Brazil and the use of portuguese and french legislation to fill the gaps in the national order

Solainy Beltrão dos Santos¹
Adriano Marcos Soriano Lopes²
Paulo Campanha Santana³

Área: Direito do Trabalho. Direito Comparado. Teletrabalho.

Resumo: O teletrabalho é uma inovação legislativa decorrente da interferência das transformações tecnológicas nas relações de trabalho e tem por finalidade a melhoria das condições de vida laboral dos trabalhadores. O presente estudo destina-se ao exame do teletrabalho no Brasil, a fim de se verificar o alcance da mencionada finalidade na seara jurídica. Para tanto, a partir do método hipotético-dedutivo será tratada da evolução legislativa pátria acerca do teletrabalho, bem como será abordado o direito à desconexão do teletrabalhador e, ainda, a aplicação do Direito Comparado, dando-se ênfase às legislações portuguesa e francesa. Conclui-se que o direito à desconexão, como prevê a legislação francesa, bem como as normas do direito português acerca da medicina e segurança do teletrabalhador, permitem a colmatação das lacunas normativas e ontológicas existentes na CLT quanto ao cumprimento da finalidade principal do teletrabalho.

Palavras-chaves: Teletrabalho; Direito do Trabalho; Direito Comparado; reformas trabalhistas; direito à desconexão.

¹ Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF- Centro Universitário do Distrito Federal; Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; ID Lattes: 4268190692427657; ORCID iD <https://orcid.org/0009-0009-5357-3279>; e-mail: solainyb@yahoo.com.br.

² Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF- Centro Universitário do Distrito Federal; Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; ID Lattes: 7494297144966024; ORCID iD <https://orcid.org/0009-0009-5357-3279>; e-mail: lopes-soriano@yahoo.com.br.

³ Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil; Advogado; ID Lattes: 2078012822920263; ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-3959-8770>; e-mail: pcampanhap@gmail.com.

Abstract: Teleworking is a legislative innovation resulting from the interference of technologies transformed in labor relations and aims to improve the working conditions of workers. The present study is intended to examine telework in Brazil, in order to verify the scope of guidance in the legal field. Therefore, based on the hypothetical-deductive method, the legislative evolution of the country regarding telecommuting will be dealt with, as well as the teleworker's right to disconnection, as well as the application of Comparative Law, with emphasis on Portuguese and French legislation. In conclusion, the right to disconnection as provided for in French legislation, as well as the norms of Portuguese law regarding medicine and teleworker safety, allowing the filling of normative and ontological gaps existing in the CLT regarding compliance with the main effectiveness of telework.

Keyword: Telework; Labor Law; Comparative law; labor reforms; right to disconnect.

Sumário: 1 Introdução; 2 Teletrabalho: conceito, regulamentação normativa e o uso do Direito Comparado Português; 3 Direito à desconexão do teletrabalhador: um destaque ao Direito Comparado Francês; 4 Conclusão; 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em seu livro *A mãe (Matka)*, o escritor russo Máximo Gorky, retratando a luta revolucionária vista do prisma familiar, versou que *“a nova cultura começa quando o trabalhador e o trabalho são tratados com respeito”*. Essa reflexão permite vaguear pela ideia de promoção da igualdade social dentro de um Estado Democrático que tem como pilares estruturantes a dignidade humana e o valor social do trabalho. Isso permite, ainda, que grandes temáticas trabalhistas possam ser analisadas sob a ótica dos princípios e regras constitucionais.

Nesse contexto, o avanço tecnológico exige novas formas de adequação da atividade laboral pelo trabalhador moderno, o que flexibiliza o modo tradicional de prestação de serviços dentro da empresa. O teletrabalho surgiu como resposta a essa inovação, na medida em que a prestação de serviços passa a ocorrer fora das dependências do empregador. Ademais, busca-se, com essa

modalidade de trabalho, a melhoria das condições de vida laboral do trabalhador, possibilitando-se, em suma, maior qualidade de vida ao empregado.

O presente trabalho visa a elucidar se o teletrabalho regulamentado no Brasil, principalmente após a edição da Lei n.14.442/2022, cumpre a mencionada finalidade dessa modalidade de prestação de trabalho. Ademais, analisará como a adoção de legislações comparadas, *ex vi* do art. 8º da CLT⁴, permite a supressão de lacunas normativas e ontológicas quanto à temática em estudo.

Destaca-se a grande relevância do estudo, mormente ante a diferenciação feita pelo legislador reformista quanto a isentar do controle de jornada o teletrabalhador por produção ou tarefa. Essa situação pode possibilitar a precarização desse tipo de relação laboral ao se fazer a interpretação literal da previsão contida no art. 62, III, da CLT.

A partir do método dedutivo, a primeira parte deste estudo pervagará a regulamentação do teletrabalho no Brasil, observando a evolução legislativa pátria desde a origem até a edição da Lei n.14.442/2022. Dar-se-á destaque, no particular, ao Direito do Trabalho Português, fonte inspiradora da legislação brasileira, que pode ser utilizada para supressão de lacunas normativas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Na sequência, será abordado o direito à desconexão do teletrabalhador, ainda não normatizado pela ordem jurídica pátria. Nesse contexto, o Direito do Trabalho Francês, que regulamentou o direito à desconexão no *Code du Travail*, será abordado como fonte de colmatação dessa lacuna.

2 TELETRABALHO: CONCEITO, REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA E O USO DO DIREITO COMPARADO PORTUGUÊS.

Enarra-se que a expressão “teletrabalho” foi criada em 1976 por Jack Niles, na obra *“The Telecommunications Transportation Trade-Off”*, que a definiu como o “processo de levar o trabalho aos funcionários em vez de levar estes ao tra-

⁴ Artigo 8º da CLT: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

balho”⁵ No Brasil, a regulamentação do trabalho a distância é uma inovação na legislação pátria, contudo “há muito temos a figura dos empregados em sobreaviso”.⁶ Isso porque a previsão já encontrava tímidas nuances no art. 244, § 2º, da CLT, ao tratar dos ferroviários que permanecem em sua própria casa aguardando chamado para o trabalho e cujas horas de espera lhes confere direito a acréscimo salarial.⁷

A evolução dos meios telemáticos não mais exige a fixação do trabalhador em um determinado local onde ele aguarda o chamado do credor da sua prestação laboral. Atualmente, o acesso amplo à internet, aos aplicativos de mensagens e às redes sociais permite que o laborista possa prestar a sua atividade de qualquer lugar, inclusive, de continente diverso onde se situa o empregador, o que revela uma maior maleabilidade das condições de trabalho.

O espírito do teletrabalho é, nitidamente, melhorar as condições de trabalho do empregado, permitindo uma maior qualidade de vida em face da flexibilidade nos horários de trabalho. Isso permite que o trabalhador possa melhor se organizar, planejar seus projetos pessoais e programar sua convivência familiar com seus entes, afinal, tanto o limite de jornada quanto o direito ao lazer, são direitos sociais de envergadura constitucional (art. 6º, “caput” e no art. 7º, XIII, da CRFB).

O direito ao ócio, já dizia Aristóteles, “é o princípio de todas as coisas”, pois visa a alcançar o fim supremo do ser humano que é a felicidade (Eudaimonismo). Em a *Ética a Nicômaco*, no livro X, o filósofo grego, inclusive, pretextou que trabalhamos para ter ócio e versou que “a felicidade depende do ócio, pois trabalhamos para poder ter momentos de ócio, da mesma forma que fazemos guerra para poder viver em paz”.⁸

Há, portanto, um alicerce humanitário nas regras sobre jornada de trabalho e seus reflexos nos demais direitos sociais, razão pela qual o constituinte con-

⁵ MELO, Alvaro. Teletrabalho (Telework). **O trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora...** Rio de Janeiro: ABHR e Qualitymark, 1999, p. 7.

⁶ PITEL, David. **A responsabilidade civil do empregador pelos danos morais causados ao empregado em face da não observância do direito à desconexão.** Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. São Paulo, v. 29, n. 359, maio de 2019, p. 37-56.

⁷ O artigo 244, § 2º, da CLT dispõe: Considera-se de “sobre-aviso” o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de sobreaviso será, no máximo, de vinte e quatro horas, As horas de “sobre-aviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 229.

feriu a redução dos riscos inerentes ao trabalho e a remuneração do serviço extraordinário superior a, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) para trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XVI e XXII, da CF). Além disso, elevou o direito à garantia fundamental no art. 7º, XIII, da CRFB.

A limitação da jornada, por sua vez, tem raízes históricas e encontra harmonia com a previsão do art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que dispõe que “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas”. Jungido a isso, a limitação evita que se vilipendie outros direitos sociais ligados à personalidade, o que impedirá, ainda, a ocorrência de danos devastadores que impliquem em violação física e mental do homem trabalhador.

A duração do trabalho, dessarte, é jaez das espécies jornada e horário de trabalho. Segundo Maurício Godinho Delgado, ela abrange o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude do contrato, considerados distintos parâmetros de mensuração: dia, semana, mês e, até mesmo, o ano.⁹

Tais fatores reclamaram, ao longo dos anos, a regulação do instituto do teletrabalho de forma a assegurar, para os sujeitos da relação laboral, seus direitos e deveres. Em razão disso, a Lei n. 12.551/2011 inseriu na CLT a previsão do trabalho a distância¹⁰ e, em atenção às mudanças trazidas pela inserção do legislador, o c. TST editou a Súmula 428 visando a assentar o entendimento sobre a questão do sobreaviso.¹¹

Noutra quadra, somente com a Lei n. 13.467/2017, o legislador reformista inseriu na CLT a regulamentação do teletrabalho (arts. 75-A a 75-E) e, na

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019, p. 1030.

¹⁰ O artigo 6º e seu parágrafo único dispõem: 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.

¹¹ Súmula 428 do c. TST: SOBREAUIO APLICACÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

seção II, adicionou o inciso III ao art. 62 da CLT para versar que os teletrabalhadores não estariam sujeitos a controle de jornada. Posteriormente a Lei n. 14.442/2022 alterou o inciso III do art. 62 para fazer constar como exceptivos os empregados em regime dessa forma de trabalho que prestam serviço por produção ou tarefa, bem como alterou a redação dos arts. 75-B e 75-C e inseriu o novel art. 75-F.

A primeira lição é ponderar que o legislador em 2022 diferenciou o teletrabalhador por jornada e o teletrabalhador por produção ou tarefa, porquanto este, em regra, não se sujeita a controle de jornada (ex vi do art. 62, III, c/c art. 75-B, § 2º, da CLT). Ademais, neste caso, a própria remuneração do trabalhador é impactada, já que varia de acordo com a sua capacidade de produção e disponibilidade de tempo perante o empregador.

Com patente influência do Código de Trabalho de Portugal, o legislador pátrio passou a conceituar e trazer as características do teletrabalho. Assim como no Direito Luso, essa nova maneira não necessariamente precisa ser realizada no domicílio do empregado, bastando que ocorra fora das dependências do empregador.

No caso brasileiro, cuidou o legislador, então, de trazer a definição do teletrabalho ao apontar que este ocorre 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 configure trabalho externo (art. 75-B, “caput”, da CLT). Embora o espaço doméstico possa ser um espaço dessa forma de trabalho, não necessariamente o identifica, ante a previsão legal de que basta que o labor ocorra fora da empresa. Para mais, ainda que haja o comparecimento do empregado de modo habitual às dependências do empregador para a realização de atividades específicas, gizou o legislador que isso não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto (art. 75-B, § 1º, da CLT).

O mosaico que se apresentou pós-reforma de 2022, portanto, revela a existência de um quadro em que o empregador pode exigir que o empregado esteja, ainda que de forma habitual, no estabelecimento. Mesmo assim, ele não estará sujeito a controle da sua jornada de trabalho se submetido ao novel teletrabalho por produção ou tarefa, ao arrepio do direito fundamental à limitação da jornada.

Por outro lado, o uso das tecnologias digitais permite a previsão de controle da jornada do teletrabalhador, conquanto o art. 75-B, § 5º, da CLT, preveja que se o teletrabalhador utilizar equipamentos tecnológicos fora de sua jornada normal isso não será considerado tempo à disposição ou de prontidão ou de sobreaviso. Isso admite, mais uma vez, que o direito à limitação de jornada seja escamoteado, pois o empregado poderá ser acionado a qualquer momento, sem que seja devidamente remunerado.

Versa, outrossim, o art. 75-B, § 9º, da CLT que o acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais. Nesse sentido, vale o relevo de que o art. 7º, XIII, da CF faculta a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Do mesmo modo, o art. 611-A, I e VIII, da CLT apregoa que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais e teletrabalho.

Sob esse prisma, parece que a norma contida no art. 75-B, § 9º, da CLT, deva sofrer interpretação sistemática com a disposição constitucional versada e a previsão do art. 611-A da CLT, que assegura a prevalência do negociado sobre o legislado. Isso quer significar dizer que a interpretação ao dispositivo alterado pela Lei n. 14.442/2022 somente possa se dar no sentido de exigir a necessária participação sindical quando a questão versar sobre a jornada de trabalho do teletrabalhador. A pactuação individual pode abrir caminho para a precarização do direito fundamental à limitação de jornada em virtude da vulnerabilidade da pessoa do empregado em face do seu empregador.

Diferentemente de um contrato de trabalho comum que pode ser realizado inclusive de forma verbal, a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do instrumento de contrato individual de trabalho (inteligência do art. 75-C, *caput*, da CLT). Em havendo retorno ao trabalho presencial, o empregador não será responsável pelas despesas, desde que tenha sido opção do empregado realizar o teletrabalho fora da localidade prevista no contrato (§ 3º do art. 75-C da CLT).

A inserção do art. 75-F da CLT, ainda, permite que se confira prioridade de alocação em teletrabalho ou trabalho remoto a empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou criança sob guarda judicial de até quatro anos de

idade. Entende-se, porém, que tal disposição foi derogada pelo art. 7º, I, da Lei n. 14.457/2022, ao estabelecer tal prioridade para o empregado(a) que tenha filho, enteado ou criança sob sua guarda de até seis anos. Ademais, cabe salientar que o art. 7º, II, do mesmo diploma ampliou o alcance da norma ao assegurar a mesma benesse ao empregado(a) que tenha filho, enteado ou pessoa sob sua guarda com deficiência, independente de sua idade.

Para mais, entende-se que somente se houver possibilidade de exercício de labor em teletrabalho ou de forma remota, o empregador teria que assegurar a previsão da prioridade legal, insculpida no artigo encimado. Do contrário, seria desarrazoado exigir o cumprimento da norma quando impossível o exercício da atividade de modo remoto e/ou em teletrabalho.

Todavia, a alteração legislativa não cuidou de incorporar a disposição do Código Lusitano, que dispôs que o trabalhador, quando vítima de violência doméstica, tem o direito a passar a exercer teletrabalho, desde que a atividade seja compatível com a atividade desempenhada e haja recursos patronais para tanto (art. 166, itens 2 a 4, c/c art. 195 do Código de Trabalho Português).

Pontua-se, nesse aspecto, a importância da utilização do Direito Comparado Português para que, em casos de vária, em atenção à dignidade da empregada e à própria função social da empresa, se possa colmatar a lacuna legislativa. Advoga-se que, excepcionalmente, a empregada vítima de violência doméstica possa alterar a forma de trabalho independente do aditivo exigido em lei ou da concordância do empregador quando, para assegurar condições de vida digna, o caso concreto o exigir.

Quanto às normas originárias inseridas pela reforma trabalhista de 2017, o § 2º do art. 75-C da CLT permitiu que, com base no *jus variandi* do empregador, ele possa reverter o teletrabalho para trabalho presencial, quando lhe aprover mediante aditivo contratual, impondo a sua vontade ao empregado. Todavia, deve fazê-lo por escrito, o que, inclusive, se assemelha a previsão do art. 166, item 6, do Código Português que preceitua que “o trabalhador em regime de teletrabalho pode passar a trabalhar no regime dos demais trabalhadores da empresa, a título definitivo ou por período determinado, mediante acordo escrito com o empregador”.

O art. 75-D da CLT, por sua vez, prorrompe a questão da responsabilidade pelos equipamentos e regras de reembolso de despesas que devem ser previs-

tas em contrato escrito. A dicção basicamente repete a previsão do Código Português que giza no art. 166, item 5, alínea “e” que o contrato de teletrabalho escrito deve conter “propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respectiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização”.

Nesse particular, relevante a utilização do Direito Comparado Português que prevê uma presunção favorável ao empregado ante a ausência de contrato escrito. O art. 168, dispõe que se presume que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respectivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas.

O art. 75-E da CLT versa sobre a instrução do empregador quanto às precauções para evitar acidentes e doenças de trabalho e que o empregado dever assinar termo de responsabilidade para seguir ditas instruções. Assinando o empregado o compromisso de cumprir e seguir as instruções patronais sobre os riscos à saúde no teletrabalho estaria, segundo a manifesta intenção legislativa de precarização laboral, isentando o empregador dos infortúnios laborais.

Na contramão do Direito Português, o legislador pátrio apenas se preocupou com o afastamento da responsabilidade do empregador, ao tutelar essa forma de trabalho e trazer os requisitos formais para esta modalidade contratual. O Código do Trabalho Luso, por sua vez, tutelou a saúde, a segurança, a privacidade e até mesmo a felicidade do laborista ao fazer menção, expressa, a se evitar o “isolamento do trabalhador” (art. 169, item 3), bem como ao versar sobre o respeito à privacidade do trabalhador, aos tempos de descanso e de repouso da família e de como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico (art. 170, item 1).

No ordenamento nativo a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. É responsável, ainda, pela manutenção do meio ambiente de trabalho sadio de forma a reduzir os riscos inerentes ao trabalho. Dessa forma, entende-se que cabe a empregadora adotar todas as medidas necessárias para evitar acidentes de trabalho e lesões ao trabalhador ainda que se trate de prestação de serviços em local diverso onde a atividade é normalmente exercida, seja de forma remota ou em teletrabalho.

Em nótula, sobreleva-se que os contornos da interpretação do art. 75-E da CLT esbarram no direito à desconexão do trabalhador e à garantia aos direitos fundamentais essenciais a uma sadia qualidade vida. Não é demais recordar que os critérios de peça ou tarefa historicamente serviram para fixação da forma de pagamento de salário, nos moldes dos arts. 78; 142, § 2º; 358, “d” e 483, “g”, todos da CLT, e não para a definição da possibilidade de controle de jornada. Se assim o fosse, a rigor, os comissionistas ou os que trabalham por percentagem também não teriam a sua jornada controlada.

Nesse sentido, revela-se irrazoável o fato de o legislador reformista de 2022 ter retirado dos teletrabalhadores por produção ou tarefa o direito ao controle de jornada (art. 62, III, da CLT). Isso pode vir a fomentar o uso abusivo da força de trabalho do teletrabalhador por meio de uma imposição de conexão sem fim com o empregador.

3 DIREITO À DESCONEXÃO DO TELETRABALHADOR: UM DESTAQUE AO DIREITO COMPARADO FRANCÊS.

No ordenamento pátrio a dignidade humana possui *status* de valor supremo e de fundamento da República Federativa, sendo norte axiológico que informa e orienta a interpretação e aplicação de todo o nosso sistema jurídico. É ainda um atributo irrenunciável e inalienável, intrínseco ao ser humano que dele não pode ser retirado.

O respeito aos direitos mínimos do ser humano, enquanto trabalhador, vai ao encontro do ideário kantiano de que a dignidade não tem preço. Ele converge ainda para a ideia propagada na Constituição da OIT como princípio fundamental de que o “trabalho não é uma mercadoria”.

No âmbito da temática do teletrabalho, o uso abusivo e excessivo dos meios telemáticos e a ausência de controle de jornada dos teletrabalhadores por produção ou tarefa, propagada pela inserção do inciso III no art. 62 da CLT, podem levar a uma novel forma de servidão do empregado. Ela decorrerá da prática de labor em jornada extenuante ao arrepio dos valores caros ao Estado Democrático de Direito Social e Humanista.

Entre tais valores, impende o destaque ao direito social ao lazer, insculpido no *caput* do art. 6º da Constituição da República que, nas lições de José Afonso

da Silva, “decorre do fato de que constituem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado”.¹²

Alexandre de Moraes, no mesmo sentido, afirma “que os direitos sociais têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social”.¹³ Em idêntico prisma, Ingo Wolfgang Sarlet refere-se aos direitos sociais tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ante seu forte vínculo com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial.¹⁴

O direito ao lazer, portanto, pressupõe um tempo destinado ao descanso do trabalhador para práticas de atividades pessoais, sociais e culturais. Sua tutela transcende a previsão constitucional, já que também encontra morada no art. 24 da DUDH. Não se pode olvidar, ainda, do direito à convivência familiar do trabalhador, segundo o qual todo homem necessita conviver com sua família para o seu pleno desenvolvimento.

Nessa quadratura, a duração da jornada de trabalho tem fundamentos pautados em regras de medicina e segurança do trabalho e envolve fatores, como os biológicos (evitar estresse, preservar a saúde psíquica e física do trabalhador), os sociais (permitir que haja tempo para usufruir de outros direitos sociais assegurados constitucionalmente) e os econômicos (o trabalhador cansado não gera lucros ao seu patrão). Por isso, trata-se de norma imperativa e de ordem pública que não pode ser renunciada.

A limitação da jornada favorece, portanto, empregado e empregador, pois quanto melhores forem as condições de trabalho, maior será a produtividade, rendimento do empregado e, com isso, a empresa também logrará vantagens. Ademais, a jornada de trabalho excessiva prejudica, como dito, o descanso e o convívio familiar, podendo gerar consequências indeléveis e devastadoras que podem implicar em violação física e mental do indivíduo.

¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.186-187.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.186.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.215.

A jornada de trabalho extenuante, decorrente da conexão permanente entre empregado e empregador, pode ir de encontro à finalidade do teletrabalho por produção ou tarefa que é, em tese, a melhoria da qualidade de vida do empregado. Daí entrar em cena a tutela da dignidade do trabalhador por meio do seu direito à desconexão, direito este tutelado expressamente em leis trabalhistas estrangeiras, mas sem amparo legal expresso nas leis pátrias.

Não sem razão, Jorge Luiz Souto Maior defende que o “direito à desconexão deveria ser um direito, uma garantia assegurada a todos os trabalhadores e com maior razão aos teletrabalhadores, pela característica peculiar desta modalidade”¹⁵. Ainda aduz que “o direito do trabalhador de permanecer ‘desconectado’ do trabalho e a não exigência de labor nos períodos de lazer é fundamental para a saúde do trabalhador”¹⁶. Complementa que “é por meio do trabalho, do esforço humano, que se constrói riquezas e desenvolve a atividade empresarial no mercado econômico”.¹⁷

No mesmo sentido, Sandro Nahmias Melo versa que aquele que atua em regime de teletrabalho, pelas peculiaridades de sua atividade, demanda limites claros para o tempo à disposição do seu empregador, sob pena de ver afetada sua sadia qualidade de vida no meio ambiente do trabalho.¹⁸ O mesmo autor ainda aponta que “o direito à desconexão é antes de tudo fator de resgate da natureza humana que, na era da conexão em tempo integral, encontra-se comprometida pelo uso indiscriminado no ambiente laboral das ferramentas telemáticas.”¹⁹

Nessa órbita, da análise da disposição contida no art. 62, III, da CLT, observa-se a grave desproteção ao teletrabalhador por produção ou tarefa, cuja regra legal de não submissão ao controle de jornada não deve se revestir de caráter absoluto. Isso porque se o empregador possuir algum meio de controlar o empregado e sua jornada trabalho, nos moldes do art. 6º, parágrafo único, da CLT,

¹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 jun. 2023.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ MELO, Sandro Nahmias. **Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 73-83, fev. 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123429/2019_melo_sandro_teletrabalho_controle.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 26 jun. 2023.

¹⁹ Ibidem.

serão devidas horas extras quando ultrapassado o mínimo constitucional. Não se pode admitir que a modalidade de exercício de trabalho seja, apenas, forma de escamotear o direito às horas extras com uma exploração da força de trabalho de forma abusiva, excessiva e injusta.

Tal presunção, ainda, demonstra a tutela ao direito a um trabalho decente. Nas lições de José Cláudio Monteiro de Brito Filho, insere-se nos direitos mínimos do homem trabalhador que se revelam como os direitos às justas condições de trabalho, principalmente da jornada de trabalho e existência de períodos de repouso.²⁰

Dessa forma, sendo o controle de jornada um direito do empregado, havendo poderio patronal sobre a jornada do seu teletrabalhador por produção ou tarefa, impera o afastamento do art. 62, III, da CLT, por força do art. 6º, parágrafo único, da CLT, com a submissão deste empregado ao regime constitucional, que é a regra. O fato de o teletrabalhador, nessa modalidade, ter a remuneração atrelada à sua produção não pode servir de óbice ao direito previsto como regra na Lei Maior, na medida em que a forma de fixação do salário não pode se confundir com a possibilidade de se controlar a jornada de trabalho.

Entender de forma diversa, além de dificultar a concretização do direito fundamental insculpido no art. 7º, XIII, da CF, viola sobremaneira a garantia da não discriminação. Isso ocorre, na medida em que se assegura menos garantias ao teletrabalhador por tarefa ou produção, ante as especificidades do seu contrato, do que aos demais teletrabalhadores.

A falta de controle da jornada permitirá que o padrão utilizado seja apenas a execução de demandas e não o tempo usado para cumpri-las. Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado e Caio Borges afirmam que “as fronteiras temporais do trabalho se esfumaçam, ficando o trabalhador de frente a uma jornada excessiva habitual, na medida em que é patente a necessidade de cumprir as metas impostas.”²¹

Não se oblitere, ainda, da previsão do novel art. 75-B, § 1º, da CLT, que admite que o teletrabalhador compareça habitualmente às dependências do empregador sem que fique descaracterizado o teletrabalho. Mais grave ainda se torna a

²⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2013, p. 52.

²¹ DELGADO, Gabriela Neves; BORGES, Caio Afonso. **A arquitetura do espaço-tempo no teletrabalho: desafios de concretização do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho no contexto pandêmico**. Revista Palavra Seca, Belo Horizonte, v. 1, n.º 1, mar/ago, 2021, p. 48.

situação quando se conjectura a possibilidade de o teletrabalhador por produção ou tarefa, além das suas atividades não controladas, ter que comparecer ao estabelecimento empresarial para a realização de atividades outras que necessariamente serão consideradas como trabalho.

Como o teletrabalhador, nestes casos, tem sua remuneração vinculada à sua produção, logicamente isso elastecerá seu tempo despendido ao trabalho. Todavia, como sói ocorrer, nem sempre o aumento desse tempo despendido acarretará uma melhor remuneração na mesma proporção. Por isso, pode-se dizer que as alterações trazidas pela Lei n. 14.442/2022, embora tenham possibilitado o controle de jornada para alguns trabalhadores em teletrabalho, estimularam a possibilidade de elastecimento da jornada sem contrapartida para o trabalhador.

Diferentemente da legislação local, a lei portuguesa, de forma mais prudente, expressamente previu o acordo escrito entre as partes para isentar o trabalhador do registro de ponto. O art. 218, “c”, dispõe que, por acordo escrito, pode ser isento de horário de trabalho o trabalhador que se encontre em teletrabalho e outros casos de exercício regular de atividade fora do estabelecimento.

Nota-se que, apesar da previsão da isenção de controle de jornada do teletrabalhador não ser uma realidade apenas nacional, o legislador português teve o cuidado de tutelar a igualdade de tratamento entre o teletrabalhador e o trabalhador comum (art. 169); preocupou-se com a saúde psíquica do trabalhador ao trazer expressamente o dever de o empregador evitar o isolamento do teletrabalhador (art. 169, item 3) e assegurar a sua privacidade e os tempos de descanso e de repouso (art.170).

Nesse espírito, Manoel Carlos Toledo Filho comenta que, na Espanha, o legislador também teve preocupação semelhante ao versar que a normativa correspondente prescreve que *“los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo (ET, art. 13.4).”*²²

²² TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **O teletrabalho na perspectiva da reforma trabalhista brasileira e do direito comparado.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 3, p. 178-192, jul./set. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/115874/2017_toledo_filho_manoel_carlos_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 jun.2023.

Do mesmo modo, susodito autor apontou que, no México, o artigo 330, inciso VI, da Lei Federal do Trabalho, estabelece como um dever especial dos inspetores do Trabalho a atribuição de praticar “*visitas en los locales donde se ejecute el trabajo, para vigilar que se cumplan las disposiciones sobre higiene y seguridad*”.²³

Harmonicamente a essas diretivas de países de língua espanhola, o Direito Francês também apresenta grande inquietação com as condições de trabalho que já franquearam acirrados debates sobre o contrato de trabalho. É na legislação daquele país, inclusive, que se encontra um destaque especial dado ao direito à desconexão.

O art. L. 3121-1 do *Code du Travail* dispõe que “*la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l’employeur et se conforme a ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles*”.²⁴ A legislação ainda prevê um período de sobreaviso denominado *période d’astreinte* (L. 3121-9) em que o trabalhador deve estar em condições de executar algum trabalho na empresa, sem estar no seu local de trabalho e sem estar à disposição permanente e imediata do seu empregador.

A legislação adventícia ainda traz a previsão dos *cadres* ou empregados autônomos que podem adotar o que o *Code du Travail* denomina *forfait jour* em que a contagem do trabalho pode se dar em dias por ano e não em horas trabalhadas (art. L3121-54). Nesse sistema, o trabalhador não tem direito ao pagamento de horas extras, mas o empregador deve garantir carga de trabalho razoável, consoante disposição do art. L3121-60, ao ditar que “*l’employeur s’assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail*”.²⁵

E como o fito de instituir novas liberdades e proteções para os sujeitos da relação laboral, houve o reconhecimento expresso do direito à desconexão. O art. L.2242-17, 7º, do *Code du Travail*, prevê que passa a ser submetido a negociação coletiva anual as condições de trabalho relativas às modalidades de exercício do direito à desconexão, com a efetivação de dispositivos para regular o uso das

²³ Ibidem.

²⁴ Tradução livre: O tempo real de trabalho é o tempo durante o qual o empregado está à disposição do empregador e cumpre suas diretrizes sem poder andar livremente em ocupações pessoais.

²⁵ Tradução livre: O empregador garante regularmente que a carga de trabalho do empregado seja razoável e permita uma boa distribuição de seu trabalho ao longo do tempo.

ferramentas digitais visando a assegurar os períodos de descanso, para tutelar os direitos mínimos da pessoa humana.^{26'27}

Importante o destaque que, na legislação francesa, o direito à desconexão consta da seção que trata da igualdade profissional entre homens e mulheres e da qualidade de vida no trabalho e não na seção que trata de jornada de trabalho, o que demonstra a preocupação da aludida legislação com direitos fundamentais de seus trabalhadores. O reconhecimento legal do direito à desconexão na França, portanto, evidencia como o Direito do Trabalho hodierno pode enfrentar o avanço tecnológico nas relações laborais.

Sob esse enfoque, a solução trazida pelo código francês mostra-se aclimada ao modelo de teletrabalho, pela Lei n. 13.467/2017 e pela Lei n. 14.442/2022. É sabido que a Lei da Reforma Trabalhista também exortou o negociado sobre o legislado, inclusive quanto a esse novo modelo, conforme dicção do art. 611-A, VIII, da CLT.

Nesse sentido, à míngua de previsão legal quanto ao direito à desconexão, posto que haja seu reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência, defende-se a utilização do Direito Comparado francês para suprir tal lacuna normativa. Escora-se, inclusive, na possibilidade de a matéria ser objeto de negociação coletiva, tal como ocorre na França, criando-se regras de boas práticas quanto à utilização de tecnologias no trabalho.

Ainda que a Lei brasileira n. 14.442/2022 tenha possibilitado o controle de jornada para quem exerce o seu labor em teletrabalho, restou evidenciado, pós alterações legislativas, a possibilidade de discriminar o teletrabalhador por ta-

²⁶ La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur : [...] 7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.

²⁷ Tradução livre: A negociação anual sobre a igualdade profissional entre homens e mulheres e a qualidade de vida no trabalho diz respeito a: [...] 7° Os procedimentos para o pleno exercício pelo empregado do seu direito de desconectar e o estabelecimento pela empresa de dispositivos para regular o uso de ferramentas digitais, a fim de garantir a conformidade com o descanso e sair, bem como a vida pessoal e familiar. Na falta de acordo, o empregador elabora uma carta, após consulta ao comitê social e econômico. Esta carta define esses procedimentos para o exercício do direito de desconectar e também prevê a implementação, para empregados e supervisores e gerentes, de ações de treinamento e conscientização sobre o uso razoável de ferramentas digitais.

refa ou produção. Em razão da forma que é remunerado, optou-se por excluí-lo do direito ao limite de jornada.

Dessarte, ante a previsão pátria de isenção de controle de jornada para os teletrabalhadores por produção ou tarefa, o modelo francês pode servir de supressão às lacunas normativa (falta de previsão do direito à desconexão) e ontológica (ausência de controle de jornada). Retirar o direito ao controle de jornada do trabalhador afigura-se na contramão da realidade social e da própria finalidade do teletrabalho, na medida em que tal modalidade de labor, ainda que por produção ou tarefa, não pode ser idealizada como sinônimo de precarização das relações laborais.

4 CONCLUSÃO

A despeito de o marco regulatório do teletrabalho no Brasil ter sido influenciado pelo Código de Trabalho de Portugal, a legislação pátria não incorporou algumas disposições protetivas do código lusitano, mormente no que tange à saúde, à segurança, à privacidade e à felicidade do trabalhador, podendo a referida legislação estrangeira suprir essa lacuna.

O uso abusivo e excessivo dos meios telemáticos e a ausência de controle de jornada para os teletrabalhadores por produção ou tarefa, prevista no inciso III do art. 62 da CLT, podem levar a uma nova forma de servidão. Daí a importância do direito à desconexão, que é decorrência lógica do direito à limitação da jornada de trabalho, ao lazer e à convivência familiar, e que não é regulamentado pela ordem jurídica interna.

Nessa ótica, para que essa norma forma de trabalho alcance seu objetivo e não precarize a qualidade de vida do trabalhador, a legislação francesa, que regulamenta de forma específica o direito à desconexão, pode ser utilizada para suprir essas lacunas normativa e ontológica, nos moldes do art. 8º da CLT.

Afinal, ao firmar o contrato de trabalho o trabalhador não se despe de sua dignidade ou renuncia seus direitos fundamentais, entre eles o direito ao lazer, ao convívio familiar, à saúde e até mesmo seu direito à felicidade. Eis o motivo pelo qual a desconexão dos meios produtivos serve para garantir o objetivo do teletrabalho, que é garantir a melhoria das condições de vida no trabalho do

teletrabalhador, permitindo que o empregado não abdique de seus projetos de vida.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.442, de 02 de setembro de 2022.** Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.457, de 21 de setembro de 2022.** Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 11.770, de 9 de setembro de 2008, 13.999, de 18 de maio de 2020, e 12.513, de 26 de outubro de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 428.** Sobreaviso aplicação analógica do art. 244, § 2º da CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2012]. Disponível em: http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=428&s2=bden.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/nspitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=G&l=0 Acesso em: 26 jun. 2023.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente:** análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves; BORGES, Caio Afonso. **A arquitetura do espaço-tempo no teletrabalho:** desafios de concretização do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho no contexto pandêmico. Revista Palavra Seca, Belo Horizonte, v. 1, n.º 1, mar/ago, 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho:** obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

FRANCE. **Code du travail**. Paris, Legifrance, 2007-2020. Disponível em: https://www.cjoint.com/doc/20_01/JAhmIZ1wb0h_codedutravail.pdf
Acesso em: 26 jun. 2023.

MELO, Alvaro. Teletrabalho (Telework). **O trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora...** Rio de Janeiro: ABHR e Qualitymark, 1999.

MELO, Sandro Nahmias. **Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 73-83, fev. 2019. Disponível em: https://jus-laboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123429/2019_melo_sandro_teletrabalho_controle.pdf?sequence=6&isAllowed=y Acesso em: 26 jun.2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> Acesso em:26 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Documentos fundamentais da OIT**: Constituição da Organização Internacional do Trabalho, Declaração de Filadélfia, Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho. Lisboa: Gabinete para a Cooperação Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social de Portugal, 2007. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666234.pdf. Acesso em: 26 jun. 2023.

PITEL, David. **A responsabilidade civil do empregador pelos danos morais causados ao empregado em face da não observância do direito à desconexão**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 359, maio de 2019.

PORTUGAL. **Lei n.º 7 de 12 de fevereiro.** Aprova a revisão do Código do Trabalho. Lisboa, CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, 2018. Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 26 jun. 2023.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **O teletrabalho na perspectiva da reforma trabalhista brasileira e do direito comparado.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 3, p. 178-192, jul./set. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/115874/2017_toledo_filho_manoel_carlos_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 26 jun.2023.

Submissão: 11.agosto.2023

Aprovação: 14.setembro.2023

O (DES) VALOR DA ESCRITURA DE CARL SCHMITT PARA PENSAR A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA: ENTRE O TEXTO E O AUTOR

*The (dis)value of Carl Schmitt's writing for
thinking about contemporary democracy:
between the text and the author*

Regina Célia Lopes Lustosa Roriz¹

João Paulo Allain Teixeira²

"Democracia é a forma de governo em que o povo imagina estar no poder"

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO: Este artigo pretende contribuir com o debate sobre a reabilitação da obra de Carl Schmitt como luz para refletir a democracia na contemporaneidade, a partir da (ir) relevância da autoria na compreensão e na interpretação de uma escritura ou obra. Reflete-se acerca das possíveis questões suscitadas ao se atribuir valor ou repúdio à produção de um teórico identificado com o movimento nazista – portanto marcado pelo pensamento autoritário do século XX- para aperfeiçoar o pensamen-

¹ Professora Adjunta do Centro de Ensino Superior do Vale do São Francisco - CESVASF. Advogada. Graduação em Letras pelo CESVASF. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco- UNICAP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Doutoranda em Direito pela UNICAP. Atualmente, dedica-se a estudos interdisciplinares entre linguagem e direito. Email: rclloriz@gmail.com

² Pesquisador do CNPq (bolsa produtividade em pesquisa nível 2). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999), Master em Teorías Críticas del Derecho pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha (2000), Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995). Professor Associado na Universidade Federal de Pernambuco, Professor na Universidade Católica de Pernambuco e Professor nas Faculdades Integradas Barros Melo. Avaliador "ad hoc" do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação (INEP/MEC). Líder do Grupo de Pesquisa REC - Recife Estudos Constitucionais, no Diretório Geral de Grupos de Pesquisa CNPq. Estágio de pesquisa pós-doutoral no CES (Centro de Estudos Sociais) da Universidade de Coimbra, Portugal (2018). Coordenador do Doutorado Interinstitucional UNICAP (Recife, Pernambuco) / UNICATÓLICA (Quixadá, Ceará). Coordenador da Clínica Interdisciplinar de Direitos Humanos da UNICAP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia e Teoria do Direito e do Estado,

to democrático contemporâneo. Para isso, analisam-se aspectos da obra schmittiana e da crítica ao interesse acadêmico na escritura desse autor alemão, tendo como aporte as ideias sobre autoria de Roland Barthes em *A morte do autor* e de Antoine Compagnon em *O Demônio da Teoria: literatura e senso comum*.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia- Autocracia- Carl Schmitt- Autoria

ABSTRACT: This article aims to contribute with the debate about the rehabilitation of Carl Schmitt's work as a light to reflect democracy in contemporary times, from the (ir)relevance of authorship in the understanding and interpretation of a writing or work. It reflects about the possible questions raised when attributing value or repudiation to the production of a theorist identified with the Nazi movement - therefore marked by the authoritarian thought of the 20th century - to improve the contemporary democratic thought. For this, we analyze aspects of the Schmittian work and the criticism to the academic interest in the writing of this German author, having as contribution the ideas about authorship of Roland Barthes in *The Death of the Author* and of Antoine Compagnon in *The Demon of Theory: Literature and Common Sense*.

KEYWORDS: Democracy - Autocracy - Carl Schmitt - Authorship

SUMÁRIO: Introdução; 1. Carl Schmitt: o autor maldito; 2. A escritura schmittiana e o ponto de centralidade: a crítica à democracia parlamentar e ao liberalismo; 2.1. Democracia não demanda parlamento, mas povo homogêneo: o político como contraposição amigo /inimigo; 2.2- Soberania, exceção e decisão: “filosofia da vida concreta”; 3. O interesse contemporâneo pela escritura schmittiana e a crítica a reflexões sobre democracia a partir de um autor nazista. 4. A (des) vinculação entre autoria e escritura; Conclusão ; Referências.

INTRODUÇÃO

Carl Schmitt (1888-1985) é considerado um autor de *reputação maldita*. A dedicação ao desenvolvimento de teorias políticas autoritárias, o enfoque no conflito como algo insuperável, a justificação da necessidade de eliminação recíproca na construção do político e, sobretudo, a filiação do autor ao partido nacional-socialista alemão são algumas das razões que justificam essa *reputação*, a qual alcançou sua obra na forma de repúdio e ostracismo. Entretanto, esse “cancelamento” de Schmitt, um dos mais controversos pensadores do século XX, vem sendo rediscutido, sobretudo, a partir da década de 90 do século passado. A discussão- e para alguns, reabilitação- da obra do jurista alemão, no entanto, dá-se de forma polêmica. As barbáries cometidas pelo regime de Hitler, de cujo modelo de justificação e conformação juspolítica das práticas autoritárias e reacionárias Carl Schmitt fez parte, têm sido óbices à valoração das ideias do teórico.

Entre as observações impactantes do pensamento radical de Schmitt, estão: 1) *a crítica ácida ao modelo liberal de democracia parlamentar*, considerado expressão de um sistema metafísico, que, no limite, paralisa o Estado, pois a ideia de que todos têm liberdade de consciência e, portanto, direito à necessária representação no Parlamento de toda forma de convicção, demonstra a incompatibilidade entre o liberalismo e a democracia; 2) *a concepção de igualdade democrática*, como um tipo substancial, com um corpo social homogêneo, constituído, por exemplo, pela fé, raça ou tradição, e que se contrapõe a outros povos, considerados potencialmente inimigos; 3) e *a percepção das categorias conceituais da teoria política como reprodução de conceitos teológicos secularizados*, transferidos da teologia para a teoria do Estado, de forma dogmática, convertendo, por exemplo, a onipotência divina na do legislador.

No entanto, a despeito do caráter autoritário dessas ideias e da mácula biográfica da adesão do autor ao regime nazista, tem crescido o interesse pela escritura de Carl Schmitt. A crítica a esse renovado interesse, todavia, é também forte e incisiva. Nesse contexto, este artigo se propõe a apresentar ideias centrais do pensamento schmittiano, mas, sobretudo, refletir se o interesse sobre essas ideias ou repúdio a elas estão determinados pela biografia do autor. Para essa reflexão, têm-se como referência as ideias sobre autoria de Roland Barthes e de Antoine Compagnon. E, com essas lentes, são observados: 1) argumentos de Chantal Mouffe, advogando o estudo da obra schmittiana, principalmente, no texto *Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt* em que a cientista política belga afirma que ignorar o autor alemão seja “prova de grande superficiali-

dade”³; e 2) crítica ao interesse contemporâneo pela obra schmittiana, a partir da obra “¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia” dos argentinos Atilio A. Boron e Sabrina González, que reputam involutiva a ideia de existência, nas obras de Schmitt, de elementos de valor para lidar com os desafios da crise das democracias capitalistas e com o que consideram decomposição teórico-prática do liberalismo⁴, fazendo duras críticas à Chantal Mouffe e à ideia de que há na obra do jurista alemão conceitos capazes de dar conta dos antagonismos da democracia contemporânea.

1 CARL SCHMITT: O AUTOR MALDITO

Como já se mencionou acima, Schmitt é considerado um autor com reputação maculada, sobretudo, em razão de ter se filiado em 1933 ao partido nazista alemão. No entanto, segundo Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco, a longa vida do autor, que atravessou as duas grandes guerras mundiais, permitindo a produção de uma vasta obra de mais de 50 livros e aproximadamente 500 artigos, revela uma trajetória com alguns fatos interessantes que se contrapõe a mácula nazista. Na juventude, por exemplo, o teórico chegou a integrar um movimento dadaísta de jovens poetas, com amigos marxistas e judeus, tendo até dedicado a obra *A Teoria da Constituição*, escrita em 1923 a um deles, que falecera na I Guerra Mundial, e essa mesma obra teria influenciado a construção da Constituição de Israel. Além disso, na obra *Legalidade e Legitimidade* de 1932, o autor chegou a afirmar que a República de Weimar sofria o perigo da ameaça de bolcheviques e nazistas, revelando repúdio a ideias totalitárias⁵.

Esse registro, aparentemente irrelevante, pretende ser contraponto a ideia de que toda a trajetória do autor se constituiu num roteiro nazista, sinalizando a possibilidade de que a adesão ao Partido Nacional Socialista Alemão tenha sido mais oportunismo de alguém ávido por poder no meio acadêmico do que a expressão da convicção do teórico. Todavia, é fato que, logo após se filiar, Schmitt apoiou o partido na estigmatização da produção de autores judeus e de conteúdo

³ MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, *Revue Française de Science Politique*, vo. 42, nº1, fevereiro, 1992, p. 1-14, p. 1.

⁴ BORON, Atilio A; Y GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia. En publicacion: *Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía*, 2003.p.1

⁵ CASTELO BRANCO, Pedro H. V. B. EMERJ. **Webinar – “O pensamento de Carl Schmitt”**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=dAr7ft8AMaw&ab_channel=EMERJ. Jul. 2020.

“não alemão” e “antialemão”, inclusive alcançando autores apenas pela influência de ideias judaicas. Schmitt tornou-se Conselheiro do Estado da Prússia e foi considerado um dos principais juristas do III Reich. Esse comprometimento com o movimento político do partido foi notadamente destacado com a publicação do artigo “O *Führer* protege o Direito” em 1934, no jornal *Deutsche Juristen-Zeitung*, destinado a juristas, mas com grande circulação na Alemanha nazista, no qual Schmitt chegou a assumir a função de editor-chefe.⁶ É provável que a adesão de cunho arrivista ao nazismo tenha sido a razão pela qual, em 1936, Carl Schmitt começou a ser atacado pelo regime por manter amigos judeus, perdendo apoio do partido, inclusive com rumores de ameaças à vida do autor.

Terminada a guerra, Schmitt, todavia, foi preso por dois anos, procedimento que denominou de “prisão automática”, pelo quais milhares de funcionários do Estado alemão teriam sido submetidos pelos aliados, sem qualquer ordem judicial. Como outros prisioneiros, Carl Schmitt esteve internado em campos de concentração, entre os anos de 1945 e 1946. Em março de 1947, foi interrogado em Nuremberg. Apesar da participação na construção teórica do regime nazista, ao autor não foram imputados crimes; por outro lado, também Schmitt nunca se retratou pela participação nos horrores da guerra, como destacam Atilio Boron e Sabrina Gonzáles.⁷

2 A ESCRITURA SCHMITTIANA E O PONTO DE CENTRALIDADE: A CRÍTICA À DEMOCRACIA PARLAMENTAR E AO LIBERALISMO

Se a biografia do autor demonstra contradições, o seu pensamento é descrito como estável, embora não menos polêmico. Vivendo sob a hegemonia do pensamento liberal, Schmitt propõe um modo de pensar o *político* e a *democracia* bem diversos, contrapondo-se a conceitos e a instituições basilares do pensamento liberal e negando uma concepção racionalista e normativista da política em favor de uma concepção existencial e conflitiva. Como já se afirmou, este trabalho enfoca a crítica schmittiana ao modelo pretensamente democrático do parlamento. Assim, busca fundamentos para ponderar valores e críticas atribuídos aos estudos contemporâneos das ideias do teórico, destacando em que medida

⁶ TEIXEIRA, *Anderson* Vichinkeski. **Trilogia Carl Schmitt (I): Perece um homem, vive a obra**. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/schmitt-i-perece-um-homem> . Acesso em: 20 de maio de 2021.

⁷ BORON, Atilio A; Y GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporâneos de la teoría del estado y la democracia. En publicacion: *Filosofía Política Contemporânea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía*, 2003 p. 138

a autoria, determinada pela biografia, tem sido determinante na construção de uma interpretação e para um “cancelamento” da obra do autor alemão.

2.1 DEMOCRACIA NÃO DEMANDA PARLAMENTO, MAS POVO HOMOGÊNEO: O POLÍTICO COMO CONTRAPOSIÇÃO AMIGO /INIMIGO

Durante todo o século XIX, a partir dos fundamentos do constitucionalismo moderno, os liberais sustentaram que o Poder Legislativo seria o guardião dos direitos do povo, de modo que a participação parlamentar na feitura das leis diferenciaria um Estado de Direito (*Rechts-Staat*) e um Estado de Força (*Gewalts-Staat*).⁸ A Alemanha constituiu-se, nessa lógica, principalmente, a partir da República de Weimar, que, mediante duas leis ordinárias, adotou o parlamentarismo como sistema de governo e o princípio da soberania popular, fazendo com que o núcleo constitucional do Estado migrasse para o parlamento.

Carl Schmitt, no entanto, assume uma opinião crítica à representação do parlamento e à democracia pluralista, defendendo ser a democracia representativa parlamentar um “*sistema metafísico liberal*”. É uma das teses centrais na obra do alemão a ideia de que a articulação entre a democracia e o liberalismo efetuada no século XIX seria um projeto inviável, porque forçaria a coexistência entre os princípios da identidade, próprio da forma democrática de governo, com o princípio da representação, que é específico da monarquia. Para o autor, a preeminência do legislativo sobre o executivo não seria uma decorrência da democracia, mas do liberalismo; e a democracia representativa não teria sido instituída pela impossibilidade da democracia direta, mas por conveniência. Logo, a razão de ser do sistema parlamentar não é o princípio democrático da identidade, mas o princípio liberal fundamental, próprio de um sistema metafísico, pelo qual se defende que, pelo confronto de opiniões, chega-se à verdade e à vontade política. Nas palavras do próprio Schmitt: “a troca pública de argumentos e de contra-argumentos, os debates públicos e o fato de se parlamentar não conduz de forma alguma a se pensar a democracia”.⁹

Mais que afirmar que a democracia não demanda um parlamento liberal, Schmitt advoga a tese de uma contradição incontornável entre o liberalismo

⁸ PEIXOTO MAIA, Paulo Sávio. **A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar: representação política como ato de fé, plebiscito como condição da identidade**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar. 2010., p.162

⁹ SCHMITT *apud* MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, Revue Française de Science Politique, vo. 42, nº1, fevereiro, 1992, p.2

e a democracia de massas. Sobre essa democracia, afirma: “sua razão última reside na oposição entre o individualismo liberal, que porta um *pathos* moral e um sentimento democrático de Estado dominado por ideias essencialmente políticas. É a oposição invencível em suas mais profundas entranhas, entre a consciência liberal do homem indivíduo e a homogeneidade democrática”.¹⁰

Conforme destaca Peixoto Maia, Schmitt, defendendo que democracia e parlamentarismo não teriam qualquer conexão, desenvolveu a tese do “governo presidencial”, a proposta de um político se tornar chanceler, independentemente de ele ter ou não maioria no parlamento. E, em caso de oposição dos parlamentares à política presidencial, o presidente colocaria os decretos de necessidade (*Notverordnung*) estabelecidos na Constituição de Weimar à disposição do chanceler para que pudesse legislar à revelia do parlamento.¹¹

Assim, Schmitt colocava a “decisão” ou a *voluntas*, a fonte originária de toda a ordem política, lançando as bases para uma compreensão do “político” oposta àquela da tradição iluminista, inspiradora da concepção liberal e fundada na ideia de uma normatividade legal. É desenvolvido, então, o decisionismo schmittiano, para o qual a discussão parlamentar liberal é apenas conciliatória, incapaz de gerar efetivamente decisões, que são avessas à normatividade, sendo vistas como o ponto jurídico excepcional e fundamental de todo o poder político. Assim, a verdadeira expressão de uma democracia, seu “fenômeno originário” não é consequência de um processo eleitoral, sustentado sobre a figura duvidosa da representação, pela qual o cidadão participa do processo político mediante representantes para deliberar nos órgãos legislativos, mas sim por meio da *aclamação*, “o grito de aprovação ou de recusa da massa reunida”¹². Desse modo, **o plebiscito é considerado um elemento presentificador da democracia, corporificador do povo como centro de irradiação da vontade geral, incapaz de ser alcançada pela forma da representação parlamentar.** Como pontua Peixoto Maia, Schmitt entende que o povo apenas é povo enquanto reunido politicamente para decidir sobre os rumos da unidade política.¹³

¹⁰ SCHMITT *apud* MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, *Revue Française de Science Politique*, vo. 42, n.º1, fevereiro, 1992, p.3

¹¹ PEIXOTO MAIA, Paulo Sávio. **A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar: representação política como ato de fé, plebiscito como condição da identidade**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar. 2010, p.162.

¹² SCHMITT, **Carl Teoría de la constitución**. (1928) Traducción de Francisco Ayala. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 62.

¹³ PEIXOTO MAIA, Paulo Sávio. **A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar: representação política como ato de fé, plebiscito como condição da identidade**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar. 2010, p.165

O alemão considera, então, o plebiscito como um “corretor” do caráter antidemocrático do parlamento. Em suas palavras, “a legitimidade plebiscitária é a única espécie de justificação estatal que atualmente pode ser reconhecida em geral como válida”¹⁴. Isso porque o plebiscito é mais do que apenas um procedimento previsto constitucionalmente, sendo uma realidade subjacente à verdadeira força política de uma democracia.

Na obra *Teoria da Constituição*, **Schmitt argumenta que a igualdade real em democracias é um de tipo substancial: os integrantes do povo devem constituir um corpo social homogêneo por força do compartilhamento de uma substância comum, referente, por exemplo, à raça, à fé ou à tradição, ou outro elemento social, que os defina como um agrupamento semelhante em contraposição a outros povos, potencialmente inimigos.**¹⁵. Assim, a democracia não se estrutura, para o jurista alemão, sobre uma ficção do direito que reconhece formalmente todos os cidadãos “como se fossem iguais”. Pelo contrário, é um regime de poder em que, a partir de algum critério objetivo e concreto, os cidadãos são iguais e reproduzem algum elemento social específico.¹⁶ Carl Schmitt adere a uma posição na qual a democracia não é resultado de uma determinação jurídica ou formal, mas exsurge da própria conformação social de um povo em torno de seus elementos sociais característicos, tendo por resultado posterior às condições nas quais se podem reproduzir os modelos jurídicos democráticos com seu aparato estatal e administrativo específico.

O individualismo liberal, pelo qual um Estado afirma a livre participação de todos os cidadãos no processo político, considerando a igualdade formal entre todos os indivíduos, torna, segundo Schmitt, impossível a inclusão das massas no jogo democrático, em razão do impulso pela extensão de direitos, que faz nascer um “Estado Total”, cuja consequência para o parlamento é a inviabilidade. No “Estado Total” já não é possível discussões para “alcançar a verdade”, pois elas seriam intermináveis, assim, o parlamento torna-se um lugar de negociações em que os partidos avaliam interesses e, a partir deles, assumem compromissos. Os conceitos gerais e abstratos, como igualdade e liberdade de participação e superação do conflito pela discussão são, portanto, considerados incompatíveis com uma democracia de massas.

¹⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. (1928) Traducción de Francisco Ayala. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 237

¹⁵ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. (1928) Traducción de Francisco Ayala. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001., p.p 224-225

¹⁶ PONTES, Juliana F. **A serpente no ovo: Carl Schmitt e as democracias do século XXI**. Estado da Arte. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/carl-schmitt-jfp/>. Acesso em: 20 de maio de 2021., p.1

Chantal Mouffe considera que **o principal adversário de Schmitt é o liberalismo e a lógica pluralista que impediriam a compreensão da formação das identidades coletivas, essencial para a democracia**.¹⁷ Essas identidades são construídas, segundo o autor alemão, na negação do outro, pois o “nós” só se constitui na oposição a “eles”. Trata-se da *relação amigo/inimigo*, que transversaliza a obra do teórico como fundamento de legitimidade para toda e qualquer questão normativa. A ideia de Schmitt é a de que a normatividade não supera o conflito, que, destaque-se, não está na dimensão do indivíduo, mas de um coletivo. No dizer do teórico, “todo antagonismo religioso, moral, econômico ou de qualquer outra natureza se transforma em antagonismo político desde que seja forte o bastante para provocar o reagrupamento efetivo dos homens em amigos e em inimigos”.¹⁸

2.2. SOBERANIA, EXCEÇÃO E DECISÃO: “FILOSOFIA DA VIDA CONCRETA”

Na obra “O Conceito do Político”, o teórico alemão afirma que **“o conceito de Estado pressupõe o conceito do político”,** o qual, por sua vez, pressupõe o **agrupamento *amigo*, que se constrói na oposição ao *inimigo*.** Assim, a tentativa de erradicação do conflito está fadada ao fracasso, pois o conflito é inerente ao político e ao direito. Logo, **a legitimidade da autoridade reside na capacidade de soberania e na aptidão para criar a unidade política ou a homogeneidade necessária,** construindo e reconstruindo a ordem. Assim, **o “decisionismo” jurídico schmittiano consiste na teoria, segundo a qual o fundamento último do direito é a decisão política do soberano, sendo a soberania a decisão no estado de exceção, da qual depende a validade de todo ordenamento jurídico.** “A fonte de todo o direito, isto é, de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma *decisão* final, que vem tomada junto com o comando”.¹⁹

O estado de exceção é outro ponto central na reflexão schmittiana que se reflete nos estudos sobre democracia. Embora não se pretenda detalhar esse aspecto, é importante se registrar que, por esse conceito, o jurista alemão

¹⁷ MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt.** Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, Revue Française de Science Politique, vo. 42, nº1, fevereiro, 1992, p.p 06-07

¹⁸ SCHMITT, Carl. **O conceito do político** (1932). Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 77

¹⁹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político** (1932). Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992., p. 145

ênfatiza o fundamento da autoridade na construção do jurídico, destacando o direito como expressão do poder soberano, cuja feição fica evidente em condições de excepcionalidade. Nas palavras do próprio Schmitt:

Afirmar que o excepcional não tem importância jurídica e que é próprio da sociologia seria o mesmo que aceitar a disjunção esquemática entre sociologia e teoria do direito. O excepcional é o que não pode ser subsumido; escapa a qualquer determinação geral, mas, ao mesmo tempo, revela em toda a sua pureza um elemento especificamente jurídico, a decisão.”²⁰ (tradução nossa).²¹

A exceção, portanto, não se confunde com anarquia ou com a ausência de ordem. Trata-se de um momento em que se exclui o elemento formal jurídico, mas no qual subsiste uma ordem, através da decisão do soberano, que está liberada de toda obrigação normativa e tornando-se absoluta em sentido próprio. Na exceção, a suspensão do direito ocorre como forma de autoconservação do Estado, a ordem não remete a nada, decorre da “decisão em estado puro”. Resumindo a questão, Bignotto, reconhece que Schmitt alinha três conceitos diferentes para tomar como ponto de partida de qualquer reflexão que queira dar conta: soberania, exceção e decisão, ao que ele chama de “filosofia da vida concreta”.²²

3. O INTERESSE CONTEMPORÂNEO PELA ESCRITURA SCHMITTIANA E A CRÍTICA A REFLEXÕES SOBRE DEMOCRACIA A PARTIR DE UM AUTOR NAZISTA.

A compreensão do crescente interesse pela obra de Carl Schmitt e da crítica veemente à reabilitação do pensamento do teórico, que acompanha esse interesse, é central neste trabalho. A filiação do autor ao partido nazista alemão e a produção, durante alguns anos, de textos quase panfletários do regime tem sido uma mácula sobre a obra schmittiana, sendo, para alguns, razão suficiente para a recusa a qualquer possibilidade e contribuição do autor, sobretudo, quando

²⁰ SCHMITT, Carl. **Teología política**. Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Editorial trota: Madrid, 2009., p.18.

²¹ Afirmar que lo excepcional no tiene importancia jurídica y que es propio de la sociología, sería tanto como dar por buena la esquemática disyunción de la sociología y la teoría del derecho. Lo excepcional es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la decisión”.

²² BIGNOTTO, Newton. **Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt**. Revista Kriterion, num 118. indd. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/5T7BMw6SwhyfZ9yJDkQMQR-z/?lang=pt>. Acesso em 20 de maio de 2021., p. 406-407

se trata de pensar a democracia. Por outro lado, há aqueles que, mesmo cientes da comprometida biografia do autor por seus vínculos ao regime totalitário alemão, não encontram óbices para reconhecer um valor teórico e uma originalidade nas ideias schmittianas, inclusive, para pensar a crise das democracias contemporâneas. Este tópico é dedicado a enfrentar esses posicionamentos.

Atilio A. Boron e Sabrina González, em *Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia* criticam duramente a reabilitação de Schmitt para a compreensão dos impasses da democracia no mundo atual. Assim, utilizando-se a própria distinção schmittiana de *amigo-inimigo*, os estudiosos apontam a necessidade de rejeitar as ideias de Schmitt, identificadas como perigosas e infrutíferas para os debates democráticos, apontando o teórico como um verdadeiro “*inimigo*” da democracia na Alemanha, tanto no plano das ideias como na prática concreta.²³

Os argentinos afirmam-se duplamente perplexos: tanto pelo interesse na obra do autor, como pelo protagonismo de conjunto de teóricos considerados de esquerda na reabilitação do pensador nazi. Para Boron e Gonzáles, há um “modismo” que justifica os estudos de Schmitt, que estranhamente atingiria estudiosos de perfil liberal, mas também outros declarados marxistas e progressistas. Os autores classificam os adeptos a essa moda em três categorias: 1) os grandes e rigorosos estudiosos da obra de Schmitt, como Jorge E. Dotti, que, para eles, demonstram “equivocada concepção de que existiriam nos escritos do pensador alemão elementos de valor para a reconstrução da teoria política”; 2) os que estão no “afã de novidades” com atitude marcada pela “brilhante superficialidade”, e 3) os que, afirmando uma “crise do marxismo”, convertida em próspera indústria acadêmica, buscam, de maneira oportuna, expiar culpas do passado, demonstrando abertura e ecletismo numa insensata sobrevalorização da obra schmittiana do qual eram, há pouco, antípodas.²⁴

Atilio Boron e Sabina González enquadram, entre os teóricos do caso 3, Chantal Mouffe, destacando uma citação da autora, na qual ela reconhece nos conceitos schmittianos um arsenal capaz de “dar conta dos antagonismos próprios da vida social e, de passagem, aproveitando-nos de sua incisiva crítica,

²³ BORON, Atilio A; Y GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia. En publicación: Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía, 2003, p. 135

²⁴ BORON, Atilio A; Y GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia. En publicación: Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía, 2003, p. 136.

para ‘fortalecer a democracia liberal’ diante de seus detratores”²⁵. Os argentinos alegam ter ciência de que uma das condições da existência do marxismo é a crítica incessante de outras teorias, logo, afirmam que não se contrapõem, a princípio, a um “diálogo crítico” com o pensamento schmittiano. No entanto, reputam escandalosa a supervalorização dos méritos de sua obra, mesmo declarando não ignorar contribuições teóricas do autor geradas à margem do pensamento democrático liberal ou da tradição socialista.

Na construção da crítica ao interesse acadêmico pelo pensamento do alemão, Boron e Gonzáles desenham um contexto sócio-histórico e também biográfico de Schmitt, no qual se confere grande ênfase à origem católica e burguesa do autor e a uma acentuação progressiva da identidade reacionária do teórico, destacando, inclusive que ele jamais se desvinculou da lealdade ao regime político nazista. E, citando Sheuermam, enfatizam que Schmitt: “nunca se desculpou publicamente por sua cumplicidade com os horrores do Nacional Socialismo”.²⁶ Também afirmam uma crise da democracia e a uma decomposição do liberalismo, enfatizando um consenso em torno desse declínio do modelo capitalista, que seria reconhecido tanto por mentes da esquerda, como por lúcidos representantes da direita conservadora, no dizer dos autores. Ilustram essa crise a partir da América Latina e do abismo entre as expectativas e as conquistas geradas pelas democracias de livre mercado, destacando que os capitalismo democráticos foram se desdemocratizando ante à progressiva falta de responsabilidade estatal com as demandas da cidadania e a concentração de poderes de decisão na cúspide (executivo) do estado e à margem de qualquer controle parlamentar ou judicial.

Ainda no aspecto contextual, os autores argentinos se referem a uma “crise do marxismo” (apresentada assim mesmo entre aspas) com a qual intelectuais de esquerda estariam justificando o interesse na obra de Schmitt. Boron e Gonzáles afirmam haver um cenário confuso na esquerda contemporânea, enfocando direta, crítica e ironicamente argumentos de José de Aricó e de Chantal Mouffe, concluindo que esses teóricos não seriam convincentes, pois não conseguem demonstrar como “a injeção da suposta seiva fresca do pensamento

²⁵ MOUFFE *apud* BORON, Atilio A; Y GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia. En publicación: Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía, 2003, p. 137

²⁶ BORON, Atilio A; Y GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia. En publicación: Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía, 2003, p. 138.

schmittiano no doente *corpus* teórico do marxismo poderia lhe salvar a vida”²⁷. Quanto à teórica belga, acrescentam a crítica ao posicionamento político, que se pretende *liberal de esquerda*, afirmando que seria mais honesto intelectualmente que ela admitisse o propósito de relegitimar o liberalismo, sem aditamento “de esquerda”, o que apenas pretende confundir inocentes.

Enfocando mais especificamente o pensamento do autor alemão e a existência de uma teoria política schmittiana, fazem uma análise sobre aspectos do pensamento do autor buscando responder a três questões basilares da teoria do estado: Quem governa? Como governa? E para quem governa? E, feitas algumas digressões sobre os aspectos da dicotomia amigo/inimigo, os autores concluem que as respostas encontradas na obra de Schmitt “são suficientemente ambíguas para deixar um sabor amargo e uma sensação de extrema insatisfação”²⁸. Apesar de admitir reconhecer uma importância no teórico alemão que o impediria de ser ignorado, os argentinos não apresentam os argumentos pelos quais conferem alguma validade ao pensamento schmittiano.

Para o propósito do presente trabalho, interessa, principalmente, a importância atribuída, pelos argentinos, à autoria; ou mais especificamente, o quanto reputam a biografia de Schmitt determinante no julgamento ou no prejulgamento da obra dele. Considerando que a crítica mais ácida de Boron e González recai sobre Chantal Mouffe, alguns argumentos da belga passam a ser enfocados como contraponto.

Na obra, *The Challenge of Carl Schmitt*, Chantal Mouffe defende o diálogo com a obra de Carl Schmitt, apesar das vinculações políticas ao nazismo, por considerar evidente a importância e o impacto do pensamento do alemão para a compreensão de nossas condições políticas contemporâneas. Afirma que o incômodo em torno do reconhecimento da relevância de Carl Schmitt residiria na incapacidade dos “ouvidos liberais” experienciarem as indesejáveis críticas schmittianas ou, mais provavelmente, “as verdades” que elas contêm e investiga pontos centrais do pensamento schmittiano como *o conceito de “amigo-inimigo”, a crítica à democracia parlamentar e a teoria da soberania* ainda são pertinentes na era “pós-política”.²⁹

²⁷ BORON, Atilio A; Y GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia. En publicación: Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía, 2003, p. 141.

²⁸ BORON, Atilio A; Y GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia. En publicación: Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía, 2003, p. 143.

²⁹ MOUFFE, Chantal. **The Challenge of Carl Schmitt**. Londres/Nova York: Verso, 1999, p.6

Destaca que o pensamento do alemão representa uma advertência contra os perigos da “complacência” triunfante que o liberalismo promove, trazendo à tona deficiências do modelo de democracia liberal. Pontua ainda a belga que a insistência de Schmitt em torno da ideia de “conflitualidade”, como categoria inerente à política, é um alerta para o atual estado da política democrática cada vez mais despolitizado e neutro, fazendo pensar a “morte da política”.³⁰

Não se pode negar que um dos pontos centrais da crise democrática atual reside justamente na incapacidade dos modelos democráticos em envolver o povo em torno da ideia de política, em mobilizar as massas para participação ativa e substancial no processo político, reconhecendo a necessidade do conflito. Esse problema, como se viu, está em Schmitt na crítica ao modelo parlamentar como representação, pois o autor não crê na representação política, reputando-a como um “*ato de fé*” dos governados. Assim, enfatiza haver um hiato entre a prática deliberativa dos governantes e a legitimidade baseada na confiança depositada pelo povo naqueles que escolhe para atuar no governo.³¹

Para um contraponto mais consistente e essencial à pretensão deste trabalho, enfoca-se o artigo de Chantal Mouffe *Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt*, no qual estão sintetizadas razões por que a autora se interessa pelas ideias do teórico. A autora inicia destacando um esvaziamento do significado ou do conceito de democracia, no sentido liberal do termo. No seu dizer: “não é mais suficiente que se faça a apologia da democracia e que se oponha ao totalitarismo”.³² Portanto, destaca a necessidade de se buscar a compreensão dos conceitos basilares da democracia liberal, bem como das incongruências teóricas da qual padece. Sem aderir à tese schmittiana da contradição insanável entre liberalismo e democracia, afirma a ausência de uma elaboração satisfatória dos princípios políticos da democracia representativa e suas consequências nefastas para a democracia liberal. Mouffe enfoca o pluralismo democrático - possibilidade dada a todo indivíduo de buscar sua felicidade recusando uma visão única de mundo – confrontado com a ideia de democracia identificada como soberania popular, e conclui que a democracia moderna deve ser uma necessária articulação entre liberalismo e democracia. Considerando que Schmitt, foi um ferrenho crítico dessa forma de pluralismo, taxando a ideia como “ilu-

³⁰ MOUFFE, Chantal. **The Challenge of Carl Schmitt**. Londres/Nova York: Verso, 1999, p.6.

³¹ PEIXOTO MAIA, Paulo Sávio. **A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar: representação política como ato de fé, plebiscito como condição da identidade**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar. 2010. p.168.

³² MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt*. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, Revue Française de Science Politique, vo. 42, nº1, fevereiro, 1992, p.1

são liberal”, como resultante somente de uma secularização da teologia, Chantal Mouffe afirma:

Se Schmitt, a contrário senso, pode nos ajudar a determinar a natureza da democracia moderna, é precisamente na medida em que lhe escapa. E isso devido a uma razão bem simples: para ele, **a modernidade jamais ocorreu. O que aparece como política moderna é aos seus olhos somente a secularização da teologia, transformação, mediante usos não religiosos de conceitos e atitudes teológicas**; daí sua afirmação de que “todos os conceitos oriundas da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”³³

Como se pode observar, Chantal Mouffe não adere ao pensamento de Carl Schmitt. Ela busca mostrar que a “impensável” possibilidade afirmada pelo autor de pluralismo numa democracia como soberania popular sinaliza para o centro de onde irradia o pensamento autoritário e totalitário nas democracias modernas: a busca por homogeneidade. Assim, a teórica alerta, por exemplo, para os perigos da recusa à democracia liberal, mesmo nos projetos anti-totalitários e bem intencionados da democracia participativa de inspiração na esquerda, nos quais também é possível observar o mesmo desconhecimento ou negação da característica pluralista da democracia moderna.³⁴

As reflexões de Chantal Mouffe sobre o pensamento de Schmitt não se restringem a esse aspecto do pluralismo, todavia, como regra, observa-se que todo o debruçar sobre a obra do autor é realizado de modo crítico e tendo como perspectiva os fundamentos da democracia pluralista. Por essa razão, não se pode deixar de registrar que o rechaço ao interesse da belga pela escritura de Schmitt parece ter como razão mais os interesses ideológicos dos autores da crítica - cujo pensamento busca ser mais fiel à esquerda - do que o objeto de interesse investigativo da teórica. Todavia, para os fins específicos desta reflexão, retoma-se o aspecto central da crítica à Mouffe: *alguém com envolvimento com o nazismo nada tem a ensinar sobre democracia*.

Logo, a partir deste ponto, o trabalho centra-se na relação ente autoria e escritura.

³³ MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, Revue Française de Science Politique, vo. 42, nº1, fevereiro, 1992, p. 5.

³⁴ MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, Revue Française de Science Politique, vo. 42, nº1, fevereiro, 1992, p.p 5-6

4. A (DES) VINCULAÇÃO ENTRE AUTORIA E ESCRITURA

O dissenso acerca da relevância atual da produção teórica de *Carl Schmitt* pode ser diretamente relacionado com uma das maiores polêmicas no campo dos estudos literários: o papel do autor na interpretação de sua obra. Essa relação sempre foi objeto de profundas discussões e continua sendo um tema que ainda suscita reflexões no campo da literatura e da linguagem. Antonie Compagnon destaca que já na antiguidade encontra-se a base conceitual de sustentação da separação entre a intenção do produtor e o texto. O mito da invenção da escritura na obra *Pedro* de Platão mostra que a escritura é distante da palavra, como a palavra (*logos*) é distante do pensamento (*dianoia*). E, na poética de Aristóteles, a dualidade do conteúdo e da forma está no princípio da separação entre história (*muthos*) e sua expressão (*lexis*). Enfim, toda a tradição retórica distingue a *inventio* (busca de ideais) e a *elocutio* (emprego de palavras).³⁵

Essa distinção entre autor e texto, no entanto, foi alterada por Agostinho, que introduziu um aspecto teológico, declarando a total superioridade do *voluntas* (a intenção do autor), em relação ao *scriptum* (a obra com seus recursos estilísticos), numa analogia com a superioridade do espírito em relação à carne, da tradição judaico-cristã. Para o teólogo, o texto, assim como o corpo, deve ser respeitado, mas não por si mesmo, e sim por representar o caminho para se chegar à “interpretação espiritual”, ou seja, à verdadeira intenção do autor. (COMPAGNON, p. 54 – 55). Essa tradição denominada *intencionalismo* manteve-se quase intacta até a modernidade, desde a metafísica cristã até o revestimento por outras categorias como o positivismo. Consolidando-se, então, como um critério acadêmico clássico de interpretação textual, pelo qual à hermenêutica cabe buscar desvendar *aquilo que o autor quis dizer*, e, quando essa intenção já for clara o suficiente, mesmo que por meios externos à própria obra, a exemplo da biografia do autor, a própria interpretação tornar-se-á desnecessária e supérflua.

Considerando o debate central deste artigo, observa-se que aqueles que negam valor à obra de Schmitt na compreensão da democracia sinalizam adesão à teoria do intencionalismo, inclusive, na versão para a qual até a interpretação da escritura pode ser dispensada. A participação do escritor alemão na construção teórica do nacional socialismo alemão, por si só, é considerada suficiente para que não se busquem contribuições em sua escrita. Atílio A. Borón e Sabrina Gonzalez, quando repudiam a reflexão contemporânea sobre a obra de Schmitt,

³⁵ COMPAGNON, Antoine. **O Demônio da teoria: literatura e senso comum**. Trad. de Cleonice Paes Barreto Mourão e Consuelo Fortes Santiago. Belo Horizonte: UFMG, 2010., p. 53.

fazem-no com o argumento de haveria um resgate de um dos “mais inflamados inimigos” da democracia, tanto no campo das ideias, quanto na prática.³⁶ Para esses teóricos, o sentido da obra do autor alemão parece inevitavelmente comprometido pela participação do autor na construção teórica do regime autoritário nazista.

Retornando as teorizações sobre autor e escritura, registra-se, na contemporaneidade, sobretudo na perspectiva pós-estruturalista, um movimento contrário à concepção intencionalista, o qual afirma não devam ser a biografia do autor e suas intenções critérios de interpretação. Logo, a pretensão de encontrar uma interpretação correta ou um sentido oculto, próprias do intencionalismo foi sendo contraposta, por exemplo, pelo movimento conhecido como *nova crítica ou neocrítica*, segundo a qual deveriam prevalecer a possibilidade da ambiguidade e da construção de significados múltiplos, a partir dos próprios receptores do texto, garantindo, assim, ao leitor um papel ativo na interpretação, relativizando o que, historicamente, foi considerado como o único caminho para uma compreensão “correta” de um texto.³⁷

A *nova crítica*, porém, foi apenas o início. Outros movimentos passaram também a se opor ao monopólio da teoria intencionalista. O filósofo da linguagem Roland Barthes publicou em 1968 um polêmico artigo chamado “A Morte do Autor”, que é considerado uma das mais influentes obras contrárias ao intencionalismo. No texto, Barthes propôs a completa dissociação entre interpretação e intenção, retirando a ideia de autoria como principal categoria hermenêutica, e, por conseguinte, qualquer peso que a biografia de um determinado autor pudesse ter sobre sua obra. Em suas palavras, propõe:

A imagem da literatura que se pode encontrar na cultura corrente está tiranicamente centralizada no autor, sua pessoa, sua história, seus gostos, suas paixões; a crítica consiste ainda, no mais das vezes, em dizer que a obra de Baudelaire é o fracasso do homem Baudelaire, a de Van Gogh a loucura, a de Tchaikovsky é o seu vício: a explicação da obra é sempre buscada do lado de quem a produziu, como se, através da alegoria mais ou menos transparente da ficção, fosse sempre afinal a voz de uma só e mesma pessoa, o autor, a revelar sua “confidência”.³⁸

³⁶ BORON, Atilio A Y GONZÁLEZ, Sabrina, 2003, p. 146 - 147

³⁷ COMPAGNON, Antoine. **O Demônio da teoria: literatura e senso comum**. Trad. de Cleonice Paes Barreto Mourão e Consuelo Fortes Santiago. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 50

³⁸ BARTHES, Roland. **A morte do autor**. Trad de Mário Laranjeira. Em: O Rumor da língua, 2ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2004p. 58.

Assim, estruturalistas e, sobretudo, pós-estruturalistas, como Barthes e Foucault decretaram o desaparecimento do autor-intenção tradicional ou até mesmo seu “assassinato” em prol do texto e seus recursos estilísticos. Para esses teóricos, ser autor é, em sua própria essência, estar alheio, ausente quanto ao significado da sua própria obra, despindo-se dos seus próprios objetivos pessoais. Para Foucault, em a morte do autor “o sujeito que escreve despista todos os signos de sua individualidade particular; a marca do escritor não é mais do que a singularidade de sua ausência; é preciso que ele faça o papel do morto no jogo da escrita”³⁹. Logo, quer seja pelas vanguardas europeias, quer pelo caminho da própria linguística, vai se projetar o propósito de se conferir à escritura o lugar central da interpretação. A ideia de autoria, então, passa a ser reformulada para se compatibilizar com o novo critério hermenêutico que tem como foco exclusivo o *scriptum*. O autor deixa de ser percebido em seu sentido carnal e histórico, e passa a ser uma categoria da própria obra em si mesma, um sujeito meramente gramatical ou linguístico, que nunca precede a enunciação, mas se produz concomitantemente com ela, como afirma Antonie Compagnon.⁴⁰

Roland Barthes destaca o fato de que essa “morte do autor” não está circunscrita aos limites literários, afirmando que, no âmbito da linguística, essa “destruição” já fora firmada pela teoria da enunciação, que nas palavras do filósofo:

é um processo vazio que funciona perfeitamente sem a necessidade de preenchê-los com a figura dos interlocutores: **linguisticamente, o autor nunca é mais do que aquele que escreve**, assim como “eu” outra coisa não é senão aquele que diz “eu”: a linguagem conhece um sujeito e não uma pessoa, e esse sujeito, vazio fora da enunciação que o define, basta para sustentar a linguagem, isto é, para exauri-la”.⁴¹

Essa corrente interpretativa explica e justifica o posicionamento daqueles que se interessam pela obra de Carl Schmitt e atribuem valor informativo a ela, sem que isso implique uma valorização da biografia ou das intenções do teórico. À luz dessa perspectiva, a participação do autor na construção teórica do nazismo não é óbice à apreciação dos seus escritos, cujos sentidos seriam autônomos, permitindo a construção de novos significados a partir da lente do

³⁹ FOUCAULT, M. **O que é um autor?** In: __. Ditos & Escritos III. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009., p. 269.

⁴⁰ COMPAGNON, Antoine. **O Demônio da teoria: literatura e senso comum**. Trad. de Cleonice Paes Barreto Mourão e Consuelo Fortes Santiago. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p.50.

⁴¹ BARTHES, Roland. **A morte do autor**. Trad de Mário Laranjeira. Em: O Rumor da língua, 2ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2004p. 60

leitor. Como enfatiza a própria Mouffe: “enfrentar um adversário tão rigoroso e perspicaz faz com que a nossa reflexão avance, já que as questões que levanta são de primeira ordem e importância”.⁴² Assim, a autora reconhece importância à escrita de Schmitt como um antagonista refinado, que permite aprimoramento na contraposição, favorecendo, por exemplo, identificação de sementes totalitárias, mesmo em movimentos declarados antiautoritários, mas que negam o pluralismo em favor de uma homogeneidade.

Todavia, é certo que os posicionamentos presos ao intencionalismo subsistem, e a relação “autor” e “obra” nem sempre é percebida de modo a justificar posicionamentos como os de Chantal Mouffe sobre as ideias schmittianas. Estabelecer com precisão a intenção original ou conferir sentido a um texto a partir da biografia do seu autor, porém, representa um imbróglio real aos adeptos do intencionalismo, pois é uma desconsideração das mais modernas teorizações sobre a autoria. No caso de Schmitt, especificamente, apesar da inequívoca contribuição com o partido nazista, outros fatos de sua história - que, como se viu, revelam contradições - poderiam estar presentes em suas intenções. E seus textos podem comportar interpretações e reinterpretações a partir de lentes comprometidas com valores contrários aos identificados na vida do autor, como se configura nas reflexões de Mouffe.

CONCLUSÃO

A reflexão sobre o estudo da obra de Carl Schmitt a partir da (ir) relevância da autoria visou contribuir com debate sobre o valor da escritura do teórico com filiações ao nazismo para a compreensão da democracia contemporânea. Aspectos da trajetória do autor e fundamentos de seu pensamento foram apresentados para lançar luzes sobre as críticas aos estudos e aos estudiosos que identificam nos textos schmittianos elaborações conceituais capazes de contribuir com o aperfeiçoamento democrático. Entre o posicionamento da cientista política Mouffe, que atribui valor à obra schmittiana e a indignação de Boron e González sobre a reabilitação do autor nazista, o trabalho busca identificar o lugar à autoria em posicionamentos tão diversos.

A relação entre obra e autor, portanto, permeia a discussão, sinalizando fragilidade aos posicionamentos que atrelam os sentidos ao intencionalismo e que podem levar ao absurdo da renúncia à interpretação, sem cair no extremo de

⁴² MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, Revue Française de Science Politique, vo. 42, nº1, fevereiro, 1992, p.p.1-2

negar qualquer importância à autoria como *um, entre outros critérios para a significação*. Assim, alinha-se ao posicionamento de Antonie Compagnon, que, considerando, por exemplo, o contexto jurídico, faz a seguinte comparação:

(...). Se cada geração pode redefinir os primeiros princípios, segundo lhe agrada, significa que não há constituição. Mas como aceitar, numa democracia moderna, que em nome de uma fidelidade à intenção original, supondo-se que ela seja verificável, os direitos dos vivos sejam garantidos pela autoridade dos mortos? ⁴³

Esse raciocínio parece ser a chave para a compreensão do lugar do homem Carl Schmitt e de suas intenções na interpretação de sua escritura: a intenção dos mortos não pode prevalecer sobre criatividade dos vivos. Logo, na busca por compreensões sobre democracia que ultrapassem a ironia do verso epígrafe de Drummond, a obra de um grande *inimigo* da democracia liberal pode se tornar um caminho *amigo* para uma democracia pluralista.

REFERÊNCIAS

BARTHES, Roland. **A morte do autor**. Trad. de Mário Laranjeira. Em: O Rumor da língua, 2^a ed. Martins Fontes: São Paulo, 2004. p. 57-64.

BIGNOTTO, Newton. **Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt**. Revista Kriterion, num118.indd. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/5T7BMw6SwhyfZ9yJDkQMQRz/?lang=pt>. Acesso em 20 de maio de 2021.

BORON, Atilio A; GONZÁLEZ, Sabrina. ¿Al rescate del enemigo? Carl Schmitt y los debates contemporáneos de la teoría del estado y la democracia. En publicacion: Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre Civilización, imperio e ciudadanía, 2003.

CASTELO BRANCO. EMERJ. **Webinar – “O pensamento de Carl Schmitt”**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=dAr7ft8AMaw&ab_channel=EMERJ. Jul. 2020.

⁴³ COMPAGNON, Antoine. **O Demônio da teoria: literatura e senso comum**. Trad. de Cleonice Paes Barreto Mourão e Consuelo Fortes Santiago. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 59

COMPAGNON, Antoine. **O Demônio da teoria: literatura e senso comum**. Trad. de Cleonice Paes Barreto Mourão e Consuelo Fortes Santiago. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

FOUCAULT, M. **O que é um autor?** In: __. Ditos & Escritos III. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

MOUFFE, Chantal. **The Challenge of Carl Schmitt**. Londres/Nova York: Verso, 1999.

MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Revista, Revue Française de Science Politique, vo. 42, nº1, fevereiro, 1992, p. 1-14. Disponível em: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

PEIXOTO MAIA, Paulo Sávio. **A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar: representação política como ato de fé, plebiscito como condição da identidade**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar. 2010.

PONTES, Juliana F. **A serpente no ovo: Carl Schmitt e as democracias do século XXI**. Estado da Arte. Disponível em: <https://estadodaarte.estado.com.br/carl-schmitt-jfp/>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

TEIXEIRA, *Anderson* Vichinkeski. **Trilogia Carl Schmitt (I): Perece um homem, vive a obra**. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estado.com.br/schmitt-i-perece-um-homem> Acesso em: 20 de maio de 2021.

SCHMITT, Carl **Teoría de la constitución**. (1928) Traducción de Francisco Ayala. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teología política**. Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Editorial trota: Madrid, 2009.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político** (1932). Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

Submissão: 18.abril.23

Aprovação: 23.junho.23

AS ELEIÇÕES DE 2022 E O ASSÉDIO ELEITORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

*The 2022 elections and electoral harassment
in labor relations*

Marcel de Ávila Soares Marques¹

ÁREA: Direito do Trabalho

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o contexto histórico das eleições de 2022, o conceito de assédio eleitoral e os fatos trazidos a público pela imprensa; ademais, pretende analisar as consequências que podem vir a ser suportadas pelos assediadores.

PALAVRAS-CHAVE: Eleições. Assédio eleitoral. Relações de trabalho. Contexto histórico.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the historical context of the 2022 elections, the concept of electoral harassment and the facts which were made public by the press; moreover, it intends to analyze the consequences that may be borne by the harassers.

KEYWORDS: Elections. Election harassment. Work relationships. Historical context.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Contexto histórico. 2.1 As eleições no Brasil. 2.2 A campanha eleitoral de 2022. 3 Assédio eleitoral e as consequências para o empregador. 4 Considerações finais. Referências.

¹ Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Professor e Juiz do Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

O término do regime de exceção vivido em nosso país desde 1964 pela tomada do poder pelos militares abriu caminho para a redemocratização, inclusive com a possibilidade de eleição dos membros que exercem atividade política. A Constituição Federal de 1988 (doravante “CF/88”) garante o direito a eleições para os membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo; já os membros do Poder Judiciário de carreira, por sua vez, são selecionados mediante concurso público de provas e títulos para o cargo de juiz. O direito ao voto passou a ser constitucionalmente garantido, bem como o exercício da liberdade de expressão. O voto deve ser livre, não podendo ser manipulado por qualquer agente.

Neste artigo, trataremos dos casos denunciados de assédio eleitoral cometido por empregadores na campanha eleitoral das eleições de 2022.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, tivemos 5 presidentes eleitos e 2 vice-presidentes empossados presidentes no decorrer do mandato, ou seja, em 35 anos (artigo escrito em 2023), tivemos apenas 7 pessoas ocupando o cargo de presidente da República.

Em 1990, tivemos a posse de Fernando Collor de Melo; em 1992, a posse de Itamar Franco; em 1995, a posse de Fernando Henrique Cardoso, reeleito em 1997 para mais um mandato; em 2003, Luiz Inácio Lula da Silva é empossado, reeleito em 2006 para mais um mandato; em 2011, a posse de Dilma Rousseff, reeleita em 2014 para mais um mandato; em 2016, a posse de Michel Temer; em 2019, a posse de Jair Bolsonaro; e, em 2023, a posse de Luiz Inácio Lula da Silva, para o seu terceiro mandato como presidente da República.

No primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, foi aprovada uma proposta de Emenda Constitucional que autorizava a reeleição, e, desde a sua aprovação, apenas Jair Bolsonaro não foi reeleito.

Em 2010, foi aprovado um projeto de lei de iniciativa popular que ficou conhecido como “Lei da Ficha Limpa” que impede a disputa de eleições por candidatos condenados em duas instâncias.

A operação Lava Jato investigou diversos crimes de corrupção e acabou por condenar o ex-presidente à época Luiz Inácio Lula da Silva em duas instâncias, o que impediu a sua participação como candidato ao cargo de presidente da

República nas eleições de 2018, eleição em que o candidato Jair Bolsonaro se sagrou vencedor na disputa com Fernando Haddad. Jair Bolsonaro foi eleito, em segundo turno, com 55,15% dos votos válidos, totalizando 57.797.847 (cinquenta e sete milhões, setecentos e noventa e sete mil, oitocentos e quarenta e sete votos). No decorrer do mandato de Jair Bolsonaro, o Supremo Tribunal Federal (doravante “STF”) decidiu anular as condenações impostas a Luiz Inácio Lula da Silva em consequência do reconhecimento da incompetência da 2ª Vara Federal de Curitiba e, posteriormente, pelo acolhimento da suspeição do ex-juiz Sérgio Moro para a condução e para decisão daqueles processos.

Não é nosso intuito adentrar na análise das decisões judiciais proferidas pelo juiz Sérgio Moro, confirmadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, por fim, anuladas pelo STF. Após a decisão do STF, o senhor Luiz Inácio Lula da Silva retoma o seu direito a concorrer ao cargo de presidente da República.

O país já estava dividido politicamente ao término das eleições de 2018, e, no decorrer de seu mandato, o presidente Jair Bolsonaro acabou por acirrar ainda mais tal divisão entre direita e esquerda. Diante de seus posicionamentos, com destaque a sua postura antivacina durante a pandemia da covid-19, o abrandamento no discurso e nas ações de combate à corrupção, inclusive envolvendo seus filhos, bem como o insucesso das políticas econômicas, a divisão da população foi crescendo exponencialmente, tendo seu ápice no pleito eleitoral de 2022, quando Jair Bolsonaro concorreu à reeleição, e Luiz Inácio Lula da Silva obteve sua terceira vitória.

Em 30 de outubro de 2022, no segundo turno das eleições, o candidato Luiz Inácio Lula da Silva foi eleito presidente da República com 50,90% dos votos, contra 49,10% de Jair Bolsonaro. Foi o resultado com menor diferença de votos de todo o histórico eleitoral de nosso país pós-redemocratização. Tal diferença apertada deixa claro o quão dividido o país se encontrava naquele momento, inclusive gerando suspeitas se o presidente eleito seria empossado ou se o candidato derrotado Jair Bolsonaro, que ainda estava no exercício da presidência, tomaria alguma atitude para impedir tal acontecimento. Investigações e operações policiais no ano de 2023 revelaram, inclusive, um documento que previa uma forma de golpe de Estado. No dia 01 de janeiro de 2023, o presidente eleito tomou posse, e, no dia 08 de janeiro de 2023, a capital federal foi alvo de atentados, os quais foram todos neutralizados, e o governo continuou atuando.

Por fim, cumpre destacar que, nos estados de São Paulo e Minas Gerais, foram eleitos governadores que apoiavam a candidatura do ex-presidente Jair

Bolsonaro; ademais, a composição da Câmara dos Deputados e do Senado Federal também foi formada com maioria apoiadora do ex-presidente.

2.1 AS ELEIÇÕES NO BRASIL

Desde 1988, a CF do Brasil prevê, em seu art. 14, que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. O parágrafo 1.º do mesmo artigo determina que o voto é obrigatório aos maiores de 18 anos. Tanto homens quanto mulheres têm o dever de votar nas eleições, do contrário precisam justificar a ausência. A quitação com os deveres eleitorais é requisito para o exercício pleno de diversos direitos, entre eles o de tomar posse em cargo público, após aprovado em concurso.

Vamos tratar um pouco da história do voto no Brasil, definindo como marco a Proclamação da República em 1889. Nesse período, os menores de 21 anos, mulheres, analfabetos, mendigos, soldados rasos, indígenas e integrantes do clero não tinham direito ao voto. Apenas em 1891, nas eleições de Prudente de Moraes, é que o voto secreto apareceu, e, a partir desse momento, vivemos a República do café com leite, alternando um presidente oriundo do estado de São Paulo e outro oriundo do estado de Minas Gerais.

A República Velha é o período entre 1889 e a Revolução de 1930, tendo sido marcado por fraudes eleitorais. O voto de cabresto era o instrumento utilizado para “legitimar” a escolha dos governantes, porém foi a forma adotada pelos detentores do poder econômico e político para manipularem os resultados das urnas.

Para o cientista político Jairo Nicolau, autor de um livro sobre a história do voto, a República representou um retrocesso em relação ao Império, em razão da prática do voto de cabresto:

As eleições deixaram de ter relevância para a população, eram simplesmente uma forma de legitimar as elites políticas estaduais. Elas passaram a ser fraudadas descaradamente, de uma maneira muito mais intensa do que no Império. Dessa época vêm as famosas eleições a bico de pena: um dia antes da eleição, o presidente da Mesa preenchia a ata dizendo quantas pessoas a tinham assinado, fraudando a assinatura das pessoas que compareciam.²

² BRASIL. Câmara dos Deputados. Conheça a história do voto. **Agência Câmara Notícias**. [Brasília]: Câmara dos Deputados, 03 ago. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/122465-conheca-a-historia-do-voto-no-brasil/>. Acesso em: 26 set. 2023.

Mesmo com o golpe protagonizado por Getúlio Vargas que tirou Washington Luís do governo, a década de 30 foi marcada por muitas conquistas relacionadas aos direitos políticos. No início da década, com a criação dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral, foi estabelecido o voto secreto; em 1932, as mulheres conquistaram o direito ao voto, porém, em 1937, foi instituído o Estado Novo, estabelecendo a ditadura de Getúlio Vargas que manteve o país sem eleições por 8 anos. Em 1945, foi eleito presidente do Brasil o General Dutra, e passamos por 19 anos de democracia e eleições, até o ano de 1964, quando ocorreu o golpe de Estado que levou os militares ao poder.

Em 1972, foram retomadas as eleições para senadores e para prefeitos, com exceção das capitais. Durante esse período, foi instituído o bipartidarismo, com MDB e Arena. No ano de 1979, fica extinto o bipartidarismo, e o pleito de 1982 dava sinais de encerramento do período de autoritarismo.

O ano de 1984 foi marcado pela intensa campanha das “Diretas já” capitaneada por Ulysses Guimarães, que ficou conhecido como “Senhor Diretas”, mas a proposta de Emenda Constitucional não foi aprovada. A desembargadora do Distrito Federal Ana Maria Amarante explica que, apesar dos apelos, a emenda das Diretas não foi aprovada naquele período porque “não era conveniente para importantes lideranças, não apenas militares. As lideranças civis temiam, talvez, uma mudança muito drástica: a ascensão do populismo sempre esteve nas preocupações da elite brasileiras”, afirma.³

As eleições de 1985 elegeu o primeiro civil depois de 21 anos de presidentes militares. Foi eleito Tancredo Neves para presidente, e José Sarney, para vice-presidente. Ainda que eleito de forma indireta, tal pleito marcou o fim do Regime Militar e o início da redemocratização do país. Tancredo Neves vem a falecer antes de tomar posse, e o vice José Sarney assume a presidência como sendo o primeiro presidente civil, ainda que fosse o líder do partido Arena.

Um novo pleito ocorre em 1986, o MDB sai vitorioso, elegendo 22 governadores, 77% dos senadores e 53% dos deputados. Nesse mesmo ano, o Congresso eleito ganha poderes constituintes e inicia a redação daquela que viria ser conhecida como a Carta Cidadã, promulgada em 5 de outubro de 1988, prevenindo eleições diretas para presidente no ano seguinte.

Em 1989, após 29 anos de eleições indiretas para o cargo de presidente da República, a população volta a escolher, por meio do voto secreto e universal,

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Década de 80: as Diretas-já. **Agência Câmara Notícias**. [Brasília]: Câmara dos Deputados, 05 ago. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/90151-decada-de-80-as-diretas-ja/>. Acesso em: 26 set. 2023.

o ocupante da principal função do Poder Executivo do nosso país. A campanha eleitoral foi marcada por muitos comícios e com a participação de 22 candidatos. Os candidatos mais expoentes foram Fernando Collor de Melo, Luiz Inácio Lula da Silva, os quais disputaram o segundo turno, além de Leonel Brizola, Ulysses Guimarães, Paulo Maluf e, até mesmo, o apresentador de televisão e proprietário do Sistema Brasileiro de Televisão, Silvio Santos, todos vencidos no primeiro turno.

No dia 17 de dezembro de 1989, os brasileiros foram às urnas e elegeram Fernando Collor de Melo presidente da República com 53,03% dos votos válidos. A posse ocorreu no dia 15 de março de 1990, e a Era Collor encerrou-se em 27 de dezembro de 1992, com sua renúncia, após os escândalos de corrupção.

Itamar Franco assume o governo e junto de sua equipe econômica, liderada por Fernando Henrique Cardoso, ministro da Fazenda, apresentam o plano Real, plano econômico que tinha como foco a estabilização da inflação e o fortalecimento da nova moeda. O sucesso do plano Real potencializou a campanha presidencial de Fernando Henrique Cardoso que foi eleito presidente da República em 03 de outubro de 1994, em primeiro turno, com 54,04% dos votos válidos, em disputa com Luiz Inácio Lula da Silva, que ficou em segundo lugar, tomando posse no dia 01 de janeiro de 1995. Durante seu primeiro mandato, é aprovada a Emenda Constitucional da reeleição. Em 04 de outubro de 1998, o candidato Fernando Henrique Cardoso reelege-se Presidente da República, novamente em disputa com Luiz Inácio Lula da Silva, com 53,06% dos votos válidos, sendo empossado em 01 de janeiro de 1999.

As eleições de 2002 encerram a Era FHC e abrem portas para a Era Lula. O candidato Luiz Inácio Lula da Silva concorreu à presidência da República nas eleições de 1989, de 1994, de 1998, tendo sido eleito em 24 de outubro de 2002, em segundo turno, concorrendo com José Serra, com 61,27% dos votos válidos. Sua posse ocorre em 01 de janeiro de 2003. No primeiro mandato, enfrentou acusações de corrupção, sendo o caso mais famoso o Mensalão, julgado pelo STF com condenação de diversos políticos que apoiavam o governo Lula. Mesmo com todos os escândalos, Luiz Inácio Lula da Silva reelege-se presidente da República em 29 de outubro de 2006, no segundo turno, dessa vez concorrendo com Geraldo Alckmin, com 60,83% dos votos válidos, tomando posse em 01 de janeiro de 2007.

Após oito anos de governo, o candidato Luiz Inácio Lula da Silva indica a sua ministra da Casa Civil, Dilma Rousseff para disputar o cargo de presidente da República nas eleições de 2010, sexta eleição presidencial após a promulgação

da CF/88. Em 31 de outubro de 2010, Dilma Roussef é eleita, em segundo turno, disputado com José Serra, com 56,05% dos votos válidos, tomando posse no dia 01 de janeiro de 2011. Após 4 anos, nas eleições de 2014, Dilma Roussef reelege-se Presidente da República, no dia 26 de outubro de 2014, em segundo turno disputado com Aécio Neves, com 51,64% dos votos, sendo empossada em 01 de janeiro de 2015.

Em 31 de agosto de 2016, após aprovação do impeachment de Dilma Roussef pelo Congresso Nacional, Michel Temer, vice-presidente eleito em 2014 na chapa de Dilma Roussef, toma posse como Presidente da República.

Como pudemos observar pelos índices apresentados nas eleições, desde as eleições de 2010, o país viveu uma polarização: o candidato é eleito com pouco mais de 50% dos votos. Nas eleições de 2018, não foi diferente, o candidato Jair Bolsonaro alavancou sua campanha adotando uma postura de criminalização da política, apresentando-se como o candidato de fora da política. As condenações e todos os escândalos de corrupção desvendados pela operação Lava Jato, envolvendo grandes empreiteiras nacionais, acabaram por enfraquecer o Partido dos Trabalhadores, partido vencedor das últimas 4 eleições presidenciais. O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva teve sua candidatura indeferida com aplicação da Lei da Ficha Limpa e indicou o sr Fernando Haddad como seu candidato à presidência. Em 28 de outubro de 2018, em segundo turno, o candidato Jair Bolsonaro foi eleito presidente com 55,13% dos votos válidos, tomando posse em 01 de janeiro de 2019.

Por fim, cumpre destacar que, desde 1994, o Brasil inseriu, no pleito eleitoral, a urna eletrônica, e as eleições presidenciais de 2002, 2006, 2010, 2014, 2018 e 2022 foram integralmente realizadas por meio dessa modalidade de voto, que já teve constatada a sua segurança e permite uma apuração mais ágil e eficaz, de modo a entregar o resultado final das eleições no mesmo dia em que ocorre o pleito, por volta das 21h.

2.2 A CAMPANHA ELEITORAL DE 2022

Analisado, ainda que de forma resumida, o histórico eleitoral no Brasil, pasaremos à análise da campanha eleitoral para presidência da República do ano de 2022. O Tribunal Superior Eleitoral publica previamente um calendário com as datas importantes e definidoras do calendário eleitoral, pois temos diversas

regras que precisam ser seguidas pelo candidato, para que não haja impugnação e chance de cassação da candidatura.

No ano de 2022, tivemos datas importantes no calendário eleitoral, as quais serão, em seguida, descritas.

O dia 02 de abril de 2022, sábado, seis meses antes do pleito, ficou estabelecido – como o último dia para registro de estatutos dos partidos – o pré-candidato ter domicílio onde pretendesse concorrer, e o mais importante, governadores, prefeitos e presidente da república deixarem o mandato, caso quisessem concorrer a algum cargo diferente. No cenário de 2022, o governador de São Paulo João Doria e o governador do Rio Grande do Sul Eduardo Leite deixaram seus cargos de governadores, pois pretendiam concorrer ao cargo de presidente da República, o que, por fim, não se confirmou.

A partir do dia 05 de abril, ficou proibida a revisão geral de remuneração dos servidores públicos que excedesse a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição. Essa medida visava a que os exercentes de cargo que pretendiam a reeleição ou a eleição para outro cargo se utilizassem de manobras como concessão de aumento real de remuneração dos servidores para obtenção de votos com uma categoria sabidamente organizada e formadora de opinião.

O dia 04 de maio ficou definido como o último dia para os presos provisórios e adolescentes internados que não possuíam inscrição eleitoral regular fossem alistados ou requeressem a regularização de sua situação, para votarem nas eleições de 2022. Essa informação tornou-se importante diante da viralização, nas redes sociais, de um vídeo em que presos supostamente comemoravam a eleição do candidato Luiz Inácio Lula da Silva, entoando seu jingle. Posteriormente, foi constatado que se tratava de uma fraude audiovisual que teve o áudio adulterado, e o vídeo original era de 2016.

A partir de 30 de junho, fica vedado às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por pré-candidato. No Brasil, temos o hábito de ter diversos apresentadores de programas em televisão e rádio se candidatando a cargos políticos, por isso a importância dessa data.

O dia 02 de julho ficou definido como sendo a data em que os agentes públicos ficaram proibidos de praticar diversas condutas, como propaganda institucional, salvo hipóteses previstas na legislação e pronunciamento em cadeia de TV e rádio fora do horário eleitoral gratuito, a não ser quando, a critério da Justiça Eleitoral, se tratar de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo.

A partir de 20 de julho, passou a ser assegurado o exercício do direito de resposta ao candidato, partido, federação de partidos ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por veículo de comunicação social. Sem sombra de dúvidas, essa foi uma das realidades constatadas na campanha eleitoral de 2022: deparamo-nos constantemente com fake news e grande parte com direito de resposta assegurado pelo Poder Judiciário.

A campanha eleitoral teve seu início oficial no dia 16 de agosto, data a partir da qual os partidos começaram as campanhas, inclusive na internet, televisão e rádios.

Em 26 de agosto deu-se início à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, com duração de 37 dias.

No dia 02 de outubro, ocorreu o primeiro turno das eleições, e foram conduzidos ao segundo turno o candidato Jair Bolsonaro e o candidato Luiz Inácio Lula da Silva.

No dia 30 de outubro de 2023, tivemos o segundo turno do pleito, dia em que o candidato Luiz Inácio Lula da Silva foi eleito presidente da República. É importante destacar que a campanha eleitoral refletiu a polarização vivida no dia a dia da sociedade brasileira. As pesquisas constataram que boa parte da população gostaria de escolher entre outros candidatos, tanto que a candidata Simone Tebet conseguiu ter uma evolução exponencial no seu número de votos, superando um candidato recorrente nas eleições presidenciais, Ciro Gomes, e alcançando o terceiro lugar no pleito de primeiro turno.

A candidata Simone Tebet declarou apoio à candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva no segundo turno, colaborando com a sua eleição. Na campanha de segundo turno, o candidato Luiz Inácio Lula da Silva apresentou a formação de uma frente ampla pela democracia para combater o candidato Jair Bolsonaro. Nessa formação, alguns membros da elite econômica passaram a apoiar o candidato Lula, inclusive economistas criadores do plano Real, como Pêrsio Arida, Arminio Fraga, Paulo Malan, entre outros; ademais, diversos membros representantes da produção cultural do país também passaram a declarar apoio expresso ao candidato Luiz Inácio Lula da Silva, entre eles, atrizes e atores, cantoras e cantores, diretoras e diretores de cinema, televisão e teatro, entre outros. Tais pessoas são formadores de opinião, exercendo assim alguma influência sobre a sociedade.

Vale destacar que tivemos fatos marcantes no período de campanha, como, por exemplo, quando a deputada eleita Carla Zambeli perseguiu, no centro de

São Paulo, um cidadão, empunhando uma arma. Também ocorreu uma denúncia relativa a propagandas de rádio do candidato Jair Bolsonaro as quais não estavam sendo veiculadas em rádios da região Nordeste, o que se mostrou inexistente na sequência; inclusive, uma das rádios apontadas era de propriedade do Ministro das Comunicações à época.

Por fim, podemos constatar que a campanha eleitoral de 2022 foi marcada por profunda polarização, inclusive criando conflitos familiares. Predominou o discurso do nós contra eles; sem sombra de dúvidas, uma campanha nesses moldes acaba enfraquecendo a democracia, pois pouco se discutiram projetos de governo, propostas e planos econômicos para se enfrentar a recessão pós-pandemia.

3. ASSÉDIO ELEITORAL

O voto secreto é um direito fundamental garantido em nossa Carta Magna, devendo ser exercido livremente pelos cidadãos conforme sua consciência. O professor Ronaldo dos Santos disserta que:

[...] trata-se de uma liberdade de autodeterminação política de cada pessoa. O exercício do direito de voto, porém, pressupõe a garantia de outras liberdades e direitos fundamentais, igualmente consagradas na Constituição Federal de 1988, como a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), a liberdade de trabalho (e de não trabalho no dia da votação), a liberdade de consciência (art. 5º, VI), a garantida da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), a liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX), a liberdade de crença (art. 5º, VI), do direito à sua convicção política (art. 5º, VIII) e da liberdade partidária (art. 17, caput), pois a pluralidade de partidos políticos representa a diversidade política e social da própria sociedade brasileira.⁴

O trabalhador, como cidadão livre, tem garantido o seu exercício de voto conforme sua consciência, não podendo ser influenciado por seu empregador ao condicionar a manutenção do seu emprego em eventual vitória de algum candidato.

O Código Eleitoral prevê diversas situações que podem caracterizar o assédio eleitoral. O art. 234 desse código vaticina que ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio; já o art. 237 é mais explícito ao prever que a

⁴ **JOTAINFO**. O que é assédio eleitoral e quais suas repressões trabalhistas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-assedio-eleitoral-e-quais-suas-repressoes-trabalhistas-21102022>. Acesso em: 26 set. 2023.

interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade de voto, serão coibidos e punidos. A partir do art. 289, temos um extenso rol de crimes eleitorais: o art. 297, por exemplo, traz a previsão mais ampla de crime, prevendo que é crime eleitoral impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio.

Destarte, conclui-se que o assédio eleitoral pode ser caracterizado como qualquer ação que tenha por objetivo influenciar, impedir, embaraçar, instigar ou condicionar o exercício regular do voto livre e secreto.

No âmbito das relações trabalhistas, foram relatados pela imprensa diversas situações que podem ser caracterizadas como assédio eleitoral. Foram observados empregadores tentando coagir seus empregados a votarem em determinado candidato sob pena de, caso assim não o fizessem, estes seriam despedidos ou que aqueles fechariam suas empresas e desempregariam toda a gama de funcionários. Em grupos da rede social (WhatsApp), foram denunciadas mensagens de empregadores provocando e instigando outros empregadores a coagirem seus funcionários a votarem em determinado candidato.

É necessário destacar que a maioria das matérias jornalísticas que denunciavam condutas de empregadores que poderiam ser caracterizadas como assédio eleitoral apontavam que o candidato a que deveria ser destinado o voto do empregado era Jair Bolsonaro. Nesse ponto, novamente nos deparamos com o exercício do poder econômico de uma classe dominante sobre seus empregados. Também foram denunciadas situações no campo, lideradas por pessoas ligadas à produção agropecuária nacional.

O professor Ronaldo Santos novamente leciona ao declarar que:

O assédio eleitoral no âmbito empresarial constitui uma versão atualizada do voto de cabresto, que marca os processos eleitorais brasileiros ao longo da sua história. A figura do coronel nos rincões do Brasil é reconfigurada no coronelismo empresarial que marca as eleições do Brasil no século 21. Somente com o implemento da cidadania, diminuição da pobreza, incremento da justiça social, fortalecimento das instituições públicas e privadas, com o combate e punição dos novéis coronéis empresariais, em todas as esferas jurídicas, poder-se-á acreditar na efetivação de um regime verdadeiramente democrático no Brasil, onde cada trabalhador-cidadão possa exercer com plena e total liberdade de consciência o seu direito fundamental de voto.⁵

⁵ **JOTAINFO**. O que é assédio eleitoral e quais suas repressões trabalhistas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-assedio-eleitoral-e-quais-suas-repressoes-trabalhistas-21102022>. Acesso em: 26 set. 2023.

No segundo turno das eleições, as buscas nos sítios de internet acerca do conceito de “assédio eleitoral” cresceram em 4000%, isso mesmo, quatro mil por cento. No período entre os dias 03 e 26 de outubro, as denúncias de assédio eleitoral cresceram exponencialmente. O MPT informa ter registrado 1.572 denúncias de assédio eleitoral em 1.200 empresas espalhadas pelo país. O número é 740% maior do que foi contabilizado nos dois turnos das eleições de 2018.

Ao cabo, destaca-se que os crimes eleitorais previsto no Código Eleitoral preveem as penas que deverão ser cumpridas, mas tais penas só podem ser aplicadas a pessoa física do empregador ou a quem esteja cometendo o ato diretamente. Nesse ponto, vale destacar que os empregados que tenham sofrido assédio eleitoral em seus ambientes de trabalho devem denunciar, junto ao Ministério Público do Trabalho, ou ajuizar reclamação trabalhista relatando tais situações. Inegável que a prática de assédio eleitoral configura um ilícito e causa um dano, passível de reparação, podendo o empregado requerer o pagamento de indenização em decorrência do assédio eleitoral, podendo se equiparar às situações de assédio moral.

Nesse diapasão, uma das consequências a que está submetida a pessoa jurídica empregadora possivelmente acusada pela prática de assédio eleitoral é na fixação de um quantum indenizatório destinado ao empregado sob o título de indenização por danos morais.

Outra forma de assédio eleitoral possível é aquela realizada no dia das eleições, como, por exemplo, não permitir que algum empregado que esteja trabalhando no dia vá votar, oferecer benesses, como almoços, um dia de festa, tentando convencer algum funcionário a não ir votar. Oferecer qualquer benesse, seja monetária, seja in natura, com o objetivo de convencer a pessoa a votar no candidato de sua preferência, pode configurar assédio eleitoral.

Por fim, a imprensa noticiou diversos casos de assédio eleitoral cometidos por empregadores, noticiou, inclusive, reuniões em que o empregador ameaçava seus funcionários de fechamento da empresa ou de despedimento, caso um candidato vencesse as eleições. Tais fatos deixam claro a realidade de dominação que o poder econômico tenta e, muitas vezes, sai exitosa. As consequências que podem vir a sofrer são as seguintes: caso seja pessoa física, a caracterização de crime eleitoral, com penas estabelecidas no código eleitoral; na justiça do trabalho, a empresa pode vir a ser condenada em indenização por danos morais decorrentes de assédio eleitoral, conforme responsabilização – constante no código civil –, de forma objetiva, da empresa por atos de seus prepostos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As eleições do ano de 2022 deixam um legado preocupante para o nosso país: a impressão que temos é de que regredimos consideravelmente no quesito democracia. A tentativa de submissão dos trabalhadores aos interesses eleitorais de seus empregadores mostra o quão frágil está a nossa base democrática. Sabemos que o Brasil se redemocratizou faz pouco mais de 30 anos: vivemos momentos de democracia mais consolidados, em que os atores das eleições se enxergavam como adversários, e não como inimigos.

As democracias de todo o planeta estão-se vendo em cheque; sem sombra de dúvidas, é possível afirmar que a evolução dos meios de comunicação, o acesso irrestrito às redes sociais, a inclusão digital crescendo exponencialmente e a possibilidade de divulgação de informações que não condizem com a realidade (mas que são convincentes) potencializam os debates e intensificam o acirramento e a polarização.

As instituições democráticas precisam estar atentas e preparadas para agir. Vimos isso acontecer no pleito de 2022: nunca dantes o Poder Judiciário teve de estar tão presente. A atuação do Tribunal Superior Eleitoral e dos juízes eleitorais mostrou-se essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Por fim, relembro que, no dia do segundo turno das eleições, foram deflagradas operações da Polícia Federal em estados da região Nordeste, dificultando o trânsito de eleitores até as sessões de votação, o que deixa claro o quanto ainda precisamos evoluir. Fica aberto o debate para as próximas eleições.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Conheça a história do voto. **Agência Câmara Notícias**. [Brasília]: Câmara dos Deputados, 03 ago. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/122465-conheca-a-historia-do-voto-no-brasil/>. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Década de 80: as Diretas-já. **Agência Câmara Notícias**. [Brasília]: Câmara dos Deputados, 05 ago. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/90151-decada-de-80-as-diretas-ja/>. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. Código Eleitoral. 12. ed. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. **Diário Oficial da União**, 19 de julho de 1965. Disponível em: . Acesso em: 25 set. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. **Diário Oficial da União**, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2023.

JOTAINFO. O que é assédio eleitoral e quais suas repressões trabalhistas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-assedio-eleitoral-e-quais-suas-repressoes-trabalhistas-21102022>. Acesso em: 26 set. 2023.

Submissão: 31.maio.23

Aprovação: 17.agosto.23

O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS E LEGAIS

Human Genetic Heritage: DNA Editing and its Bioethical and Legal Implications

Eudes Quintino de Oliveira Júnior¹

Pedro Bellentani Quintino de Oliveira²

Renata Clara da Silveira³

ÁREA: Bioética

RESUMO: O trabalho em questão visa abordar o tema da edição genética e suas implicações bioéticas e legais, bem como os desafios da evolução das pesquisas que envolvem o genoma humano alinhados ao respeito à dignidade, à liberdade e aos direitos humanos. A importância dessa investigação reside na relevância do tema para certos grupos da sociedade e governo e para o posicionamento do país frente à comunidade internacional. O objetivo deste estudo é a compreensão do tema, bem como a

¹ Pós-doutor e Doutor em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca, Especialização *Latu sensu* em Direito Penal e Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica, Especialização *Latu sensu* em Direito Civil e Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica, Especialização em Didática do Ensino Superior pela Centro Universitário do Norte Paulista, professor no curso de mestrado em Psicologia da Saúde da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, professor da disciplina de Bioética da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, professor de Bioética e Biodireito da Escola Paulista do Ministério Público, membro do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) do Instituto de Moléstias Cardiovasculares (IMC), articulista do Migalhas, advogado e sócio fundador do escritório de advocacia Eudes Quintino Sociedade de Advogados, membro da Rede Bioética Brasil, membro da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) entre 2015 e 2018, reitor do Centro Universitário Paulista entre 2005 e 2020, Promotor de Justiça aposentado/SP, membro da Academia Rio-pretense de Letras e Cultura, Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo

² Mestre em Direito pela Unesp/Franca, Doutorando em Direito Constitucional pela ITE/Bauru e Professor do Curso de Direito da Unorte. Advogado.

³ Servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Norte Paulista (UNORP). Graduada em Enfermagem e Obstetrícia com habilitação em Enfermagem Médico Cirúrgica pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (FAMERP).

discussão de pontos relevantes que nos ajudem a refletir soluções mais apropriadas, sempre visando atingir a finalidade maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Para isso foi utilizado o método de pesquisa e revisão de literatura. E a conclusão, sem a menor pretensão de esgotar o assunto, se sustenta no tripé: necessidade da preservação do patrimônio genético, princípios bioéticos e autonomia da vontade.

PALAVRAS-CHAVE: Edição Genética; Ética e Bioética; Direitos Humanos; Patrimônio Genético; Preservação do Patrimônio Genético.

ABSTRACT: The work in question aims to address the issue of genetic editing and its bioethical and legal implications, as well as the challenges of the evolution of research involving the human genome in line with respect for dignity, freedom and human rights. The importance of this investigation resides in the relevance of the theme for groups of the society and government and for the position of the country withing the international community. The objective of this study is to understand the theme, as well as to discuss relevant points that help us to reflect more appropriate solutions, always aiming to achieve the greatest purpose, namely, the dignity of the human person. For this we use the literature search and review method. And our conclusion, without the slightest intention of exhausting the subject, is based on the tripod: the need to preserve the genetic heritage, bioethical principles and autonomy of the will.

KEY WORDS: Genetic Edition; Ethics and Bioethics; Human rights; Genetic Heritage; Preservation of Genetic Heritage.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Documentos universais de proteção ao genoma; 2.1. A declaração universal sobre o genoma humano e os Direitos Humanos; 3. Patrimônio genético; 3.1. Células tronco; 3.2 Ácido desoxirribonucleico; 3.3 Reprodução humana assistida; 3.4 Manipulação embrionária; 3.5 Aconselhamento genético; 3.6 Eugenia; 4. Projeto “DNA do Brasil”; 5. Decifração do genoma do idoso; 6. Legislação brasileira a respeito do genoma; 7. Conclusão; Citações; Referências.

1. INTRODUÇÃO

De uma maneira bem simplificada, o genoma humano é o conjunto de genes que compõe o *homo sapiens*. Trata-se de um código que contém todas as informações sobre o funcionamento e desenvolvimento do organismo humano, estando presente em todas as células do corpo.

Por sua vez, genes são regiões ativadas, produtoras de proteínas, presentes no DNA. Este, a fim de ser compactado, condensado, para caber no núcleo das células, se enrola nas histonas, principais proteínas presentes no nucleossomo, sendo esta forma por nós conhecida como cromossomos.

O corpo humano possui 23 pares de cromossomos, que carregam milhares de genes.

Assim, o maior desafio sempre foi o de decifrar e mapear esse código. Tentávamos essa decifração desde 1954, quando o físico George Gamow (1904-1968) postulou que “ele deveria empregar combinações de três nucleotídeos, pois esses agrupamentos seriam suficientes para codificar todos os vinte tipos de aminoácidos utilizados na síntese proteica. A proposta de Gamow foi demonstrada por um experimento conduzido por dois biólogos – o inglês Francis Crick (1916-2004) e o sul-africano Sydney Benner (1927-)”. (Borges, 2008) ¹

Em 27/06/2000, foi veiculada, no *site* da Folha de São Paulo, a notícia de que o genoma humano havia sido mapeado e sua sequência estabelecida pela primeira vez na história. Esse anúncio havia sido feito no dia anterior pelo então presidente norte-americano Bill Clinton, pelo primeiro-ministro Tony Blair, da Inglaterra, e pelos representantes dos grupos do consórcio público internacional Projeto Genoma Humano, composto pelos 6 países europeus, inicialmente envolvidos no projeto, comandados por Francis Collins, do NIH, nos Estados Unidos, e pela empresa norte americana Celera Genomics, dirigida pelo cientista J. Craig Venter. O magnífico feito foi comparado com a invenção da roda, do antibiótico e, até mesmo, com a chegada do homem à lua, tendo dito, Bill Clinton, na oportunidade, que esse era o mapa mais importante já produzido pela humanidade. ²

Posteriormente, em abril de 2003, foi noticiado pelo jornal português Público que os cientistas do Projeto Genoma Humano (PGH), anunciaram a decifração de 99,99 por cento do genoma humano. ³

A decifração do genoma humano foi o marco maior da ciência médica, tendo em vista que, a partir daí, a humanidade estaria apta a curar doenças já existen-

tes, como Alzheimer, Parkinson, diversos tipos de câncer, bem como, prevenir doenças por meio do conhecimento do mapa genético do indivíduo e do conhecimento de suas fragilidades ou predisposições, ou ainda, corrigir genes e mutações responsáveis por doenças hereditárias em embriões ou, quem sabe, irmos ainda além.

Atualmente, mediante a descoberta da técnica CRISPR-Cas (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*; sendo “Cas” o nome da proteína associada) pelas pesquisadoras Emmanuelle Charpentier, francesa, e Jennifer Doudna, estadunidense, – vencedoras do Prêmio Nobel de Química 2020 -, é possível a edição de genoma, ferramenta ainda mais eficiente que as anteriores. Dessa forma, os cientistas estão cada vez mais próximos destas aplicações na medicina.

Em 2015, mais precisamente em abril, foi noticiado que cientistas teriam utilizado essa técnica em embriões humanos e que cientistas chineses realizaram experimento usando a edição CRISPR-Cas para alterar embriões humanos, afetando a linha germinal. Essa notícia colocou em alerta a comunidade científica. Um grupo de 18 proeminentes cientistas e especialistas em direito e ética publicou uma carta pedindo uma moratória sobre alguns usos da tecnologia. A partir de então, cientistas e especialistas têm dividido opiniões a esse respeito, tendo dito a própria Emmanuelle Charpentier: *“Personally, I don’t think it is acceptable to manipulate the human germline for the purpose of changing some genetic traits that will be transmitted over generations”*. (1) ⁴

O grande problema é que isso poderia modificar genomas humanos, com efeitos imprevisíveis para as futuras gerações, para o meio ambiente e para a espécie humana.

Em 2018, o biólogo He Jiankui, pesquisador da universidade chinesa SUSTech, revelou a edição de gene em embriões humanos, objetivando que os bebês experimentados não expressassem um receptor para o vírus HIV. Essa pesquisa foi altamente criticada por sua afronta à ética e pela violação às leis de seu país, causando intensa inquietação no mundo científico.

Como leciona Oliveira Junior (2018), “toda pesquisa que envolve o ser humano deve ser precedida de avaliação de um comitê de ética, órgão multidisciplinar com a incumbência de analisar a proposta do estudo científico, verificar sua conveniência, vislumbrar os possíveis benefícios, atentar para os riscos que poderão advir e provocar danos aos colaboradores voluntários, que deverão ofertar consentimento livre e esclarecido, documento que representa sua adesão

à pesquisa. A avaliação do comitê, desta forma, carrega fundamentação ética e legal.”⁵

2. DOCUMENTOS UNIVERSAIS DE PROTEÇÃO AO GENOMA

Objetivando regular esse assunto, diversas declarações têm sido promulgadas no Brasil e em outros países.

Não pretendendo tratar histórica ou cronologicamente o assunto, nem tendo a pretensão de esgotá-lo, o Código de Nuremberg, de 1947, - criado após os julgamentos de Nuremberg pelo Tribunal Militar Internacional, diga-se, um tribunal de exceção – que, diante das atrocidades cometidas e experimentações médicas de toda natureza, principalmente nos campos de concentração nazistas, estabelecia princípios básicos que legitimavam os experimentos médicos, inicialmente em número de seis e, posteriormente, adicionado de mais quatro, resultando em 10 princípios básicos que mencionam, entre outras coisas, o consentimento informado já no seu princípio inaugural.

Em 1948, a Declaração de Genebra revisou os preceitos morais do Juramento de Hipócrates e, posteriormente, em 1964, a Declaração de Helsinque sintetizou os princípios do Juramento de Hipócrates e da Declaração de Genebra.

Ainda podem ser citados o Relatório Belmont (1978), a Declaração de Inuyama (1990), as Diretrizes Internacionais para Pesquisas Médicas da OMS (1982), a Declaração de Valência sobre Ética e o Projeto Genoma Humano (1990), a Conferência do CIOMS para a Ética e Pesquisas em seres humanos (1993), a Declaração de Bilbao sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano (1993), que alertavam para os riscos da utilização das informações genéticas em prejuízo da própria humanidade.

Por ora a pretensão é destacar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997, por sua relevância.

2.1. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE O GENOMA HUMANO E OS DIREITOS HUMANOS

Trata-se de um documento abrangente, científica e politicamente, que agrega princípios e valores, trazendo reflexões éticas.

O seu esboço foi redigido pelo Comitê Internacional de Bioética e, consensualmente, adotado pelo Comitê de Especialistas Governamentais, tendo sido apresentado na 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco realizada de 21 de outubro a 12 de novembro de 1997.

O texto é composto por 25 artigos, divididos em 7 títulos e já em seu artigo primeiro, apresenta informação importantíssima que irá nortear todos os trabalhos a respeito do genoma humano, que é a afirmação de que o genoma constitui “patrimônio de humanidade”.

Assim, reafirmando sempre em primeiro lugar e como princípio fundamental a dignidade humana, o documento repele qualquer tentativa atentatória a este princípio, tais como clonagem de seres humanos, eugenia ou qualquer outro procedimento que coloque em risco a espécie humana ou que possa, conseqüentemente, causar a sua extinção.

Sendo o genoma a unidade fundamental de todo ser vivo, responsável por sua singularidade, qualquer procedimento deve avaliar, com rigor o risco/benefício envolvido. E, importante ressaltar, sempre mediante o consentimento prévio, livre e esclarecido.

Outro ponto bastante relevante é a proteção trazida frente à discriminação de um indivíduo com base em suas características genéticas, que violam seus direitos humanos, liberdades fundamentais e a sua dignidade.

Posto isso, o documento expressa a importância da liberdade da pesquisa, da necessidade do conhecimento científico e social, envolvendo o assunto genoma humano e afirma o dever das ciências integradas de buscarem o alívio do sofrimento e a melhoria da saúde dos indivíduos e da humanidade.

Nesta linha de pensamento, condição indispensável é o alinhamento das pesquisas científicas com equipes multidisciplinares que possam avaliar as questões éticas, sociais, econômicas e legais, para que se atinja a finalidade maior: o bem-estar dos indivíduos e da humanidade, respeitando a dignidade, a liberdade e os direitos humanos.

A todo momento o documento frisa a importância dos Estados em tomar as providências necessárias, implementar ações, organizar medidas, estabelecer comitês, fiscalizar e assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na Declaração, bem como a cooperação internacional, inclusive com os países em desenvolvimento.

3. PATRIMÔNIO GENÉTICO

3.1. CÉLULAS TRONCO

As células-tronco são células indiferenciadas ou com baixo grau de diferenciação, encontradas em tecidos embrionário e extraembrionário. Podem permanecer em estado quiescente até a fase adulta, através da autor-replicação, ou diferenciar-se em diversos tecidos, a partir da expressão de determinados genes, e exercer funções específicas. Muitos estudos vêm sendo direcionados para a utilização dessas células na terapia de várias doenças, e os resultados obtidos até então são bastante promissores, o que faz muitos autores acreditarem que as células-tronco representam a terapia do futuro, podendo significar a cura de determinadas doenças, tais como diabetes, cardiopatias, câncer e mal de Alzheimer. (SOUZA, 2003) ⁶

Em interessante artigo publicado na Revista de Saúde Pública, os autores (DINIZ E AVELINO, 2008) analisaram, comparativamente, uma amostra de 25 países que possuíam normatizações sobre o tema células-tronco embrionárias e os classificaram, segundo seu grau de regulação, em três categorias, abaixo descritas:

- (a) Países que permitem pesquisa embrionária – apenas com linhagens importadas;
- (b) Países que permitem pesquisa embrionária – com linhagens nacionais e importadas.
- (c) Países que não permitem pesquisa embrionária em hipótese nenhuma.

O Brasil se enquadra no segundo grupo. A pesquisa com células-tronco embrionárias, no Brasil, carece de uma lei específica, estando disciplinada pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, também conhecida como Lei de Biossegurança. Essa Lei regulamenta o art. 225, § 1º, incs. II, IV e V, da Constituição Federal.

Em análise da Lei, em seu artigo 5º, verifica-se que o Brasil é um país que permite a pesquisa e a terapia com células-tronco, porém, com restrições e, preferencialmente, em embriões inviáveis.

E, assim, logo surge a seguinte pergunta: o que são embriões inviáveis?

Esta questão está respondida no Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, que regulamenta os dispositivos da Lei supra e, assim como ela, regulamenta o art. 225, § 1º, II, IV e V, da CF, que assim o define em seu art. 3º, inc. XIII:

embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.

Moore e Persaud (2008) definem a clivagem como uma série de divisões celulares mitóticas do zigoto que resultam na formação das primeiras células embrionárias - os blastômeros.⁷

É de se notar, então, que os embriões que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem serão descartados, pois sequer servirão para a pesquisa, tendo perdido sua capacidade de gerar vida. Já os embriões com alterações genéticas incompatíveis com a implantação, estes sim, servirão à pesquisa e serão congelados.

Uma particularidade da Lei brasileira n.º 11.105/2005 foi determinar que a pesquisa deva ser preferencialmente conduzida com embriões inviáveis. Nenhum dos 25 países analisados estabelece a diferenciação legal entre embriões congelados viáveis e inviáveis para a pesquisa científica, exceto, com outros termos, o art. 9º da Lei 32/2006 de Portugal. (DINIZ E AVELINO, 2008)⁸

A Lei 11.105/2005 ainda permite a pesquisa em embriões congelados há 3 anos ou mais. É importante ressaltar a necessidade do consentimento dos genitores. Ela proíbe a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano e a clonagem humana, entre outras proibições. Do art. 24 ao 29, da Lei supra, estão listados os crimes e as respectivas penas.

Em 2005, precisamente em maio, o Procurador Geral da República (PGR) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.510), impugnando o art. 5º da Lei de Biossegurança com o fundamento de que a vida humana se inicia a partir da fecundação, assim, no embrião *in vitro* já existe vida.

Durante sua tramitação, foram deferidas as participações de algumas entidades como *amicus curiae*, além de realizações de audiências públicas, ouvindo-se especialistas, cientistas e representantes de entidades.

O julgamento ocorreu no dia 29/05/2008, com a relatoria do Ministro Ayres Britto e, por maioria, os Ministros concluíram pela improcedência do pedido e a declaração de constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

Note-se que, embora não seja pacífica a doutrina e a jurisprudência quanto ao momento do início da vida, relevante observar que o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, em seu art. 4º, reconhece o início da vida no momento da concepção.⁹

3.2 ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO

O DNA (*deoxyribonucleic acid*) foi observado pela primeira vez em 1869. Segundo Sanders e Bowman, o DNA é a molécula hereditária nos gametas dos organismos de reprodução sexuada e, nos organismos de reprodução assexuada, o DNA é a molécula hereditária que assegura células idênticas nas sucessivas gerações.

Ainda segundo os dois autores, com a identificação do DNA, compreender sua estrutura era essencial para duas questões fundamentais: (1) como o DNA poderia portar o conjunto de informações genéticas presentes nos genomas de animais e plantas e (2) como a molécula se replicava.

Simplificadamente, a sequência de DNA forma os cromossomos e, conforme já falamos linhas acima, o DNA contém os genes que são regiões ativadas, produtoras de proteínas.

Com a identificação do DNA, o próximo passo seria descobrir a sua estrutura.

Assim, no início de 1950, o norte-americano James Watson e o britânico Francis Crick, iniciaram um trabalho em conjunto, publicado em 1953, que descrevia estruturalmente o DNA.

Isso foi tão revolucionário que rendeu aos pesquisadores, em 1962, o Prêmio Nobel de Fisiologia e Medicina, juntamente com o colega Maurice Wilkins. Watson, Crick e Wilkins ficaram mundialmente famosos. Mais recentemente, entretanto, veio à tona a contribuição decisiva que a pesquisadora Rosalind Franklin deu para a descoberta que lhes rendeu o Prêmio Nobel e pela qual ela não foi reconhecida em vida.¹⁰

“We wish to suggest a structure for the salt of deoxyribose nucleic acid (D.N.A.). This structure has novel features which are of considerable biological interest.” (Watson e Crick, Periódico *Nature*, 1953) (2)¹¹

Watson e Crick descreveram o DNA como uma dupla hélice, antiparalela, para a direita, formada por fosfatos de açúcar e unida por bases nitrogenadas. Por antiparalela entendem-se duas fitas correndo lado a lado, porém, apontado para direções opostas.

As bases nitrogenadas são (a) adenina, (b) tiamina, (c) cianina e (d) guanina, que se combinam duas a duas, sendo adenina sempre pareando com a tiamina, por meio de duas ligações de hidrogênio e cianina sempre com guanina, por meio de três ligações de hidrogênio.

3.3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

No dia 26/07/1978, a primeira página do Jornal Folha de S. Paulo estampa a seguinte notícia: “É MENINA O 1º BEBÊ DE PROVETA”, e continua:

O primeiro ‘bebê de proveta’ nasceu ontem à noite no Hospital Geral de Oldham, Inglaterra. A mãe é a Sra. Lesley Brown, de 30 anos. O bebê foi o primeiro do mundo a nascer depois de ter sido ‘concebido’ fora do útero, numa técnica pioneira destinada às mulheres incapazes de conceber normalmente.¹²

E continua dando informações sobre o sexo, peso e estado de saúde da mãe e da criança.

A criança, uma menina, recebeu o nome de Louise Brown e seu nascimento foi um marco importantíssimo, pois a partir daí começaram a se desenvolver técnicas de reprodução assistida (TRA), conforme trataremos mais adiante.

Juntamente com as novas técnicas vieram as questões éticas e morais.

Até o presente momento, a medicina, o direito, a bioética e outras disciplinas, inclusive religiões diversas, debatem a controversa questão sobre o exato momento em que a vida começa. É intrigante e inquietante a questão sobre o embrião ser ou não uma vida humana.

Em 1983, foi desenvolvida a técnica de criopreservação de embriões, iniciando-se mais uma infinidade de possibilidades, inclusive tornando viável a reprodução após a morte.

Em um procedimento de reprodução assistida podem ser viáveis vários embriões que ficarão congelados (criopreservados). Se o casal resolve não ter mais

filhos, esses embriões poderão (1) permanecer criopreservados, (2) serem doados para pesquisa, (3) serem doados a outros casais ou (4) serem descartados.

Mas, segundo Leite e Henriques (2014), muitos casais abandonam os embriões e

[...] em 1996 foi realizada na Inglaterra a maior destruição de embriões abandonados até então. O evento foi considerado genocídio pela Igreja católica e suscitou um debate mundial sobre o tema envolvendo a comunidade científica, civil, religiosa e política (apud SABBATINI,1998).¹³

No Brasil, país de maioria católica, a reprodução assistida é possível para casais casados, pessoas solteiras e casais homoafetivos. Também a reprodução *post mortem* é permitida.

E, a esse respeito, a igreja católica foi a primeira instituição religiosa a se manifestar sobre o assunto, declarando que os procedimentos de reprodução assistida não são recomendáveis.

Assim, em 22 de janeiro de 1987 foi publicada pela Congregação para a Doutrina da Fé a instrução *Donum vitae*, sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação. Essa instrução afirma que a pessoa humana é mais que um monte de tecidos e que o homem é formado à imagem e semelhança de Deus, constituído de corpo e alma e, portanto, intervir sobre o corpo humano atinge a pessoa e não somente seu corpo.

Una primera conclusión se puede extraer de tales principios: cualquier intervención sobre el cuerpo humano no alcanza únicamente los tejidos, órganos y funciones; afecta también, y a diversos niveles, a la persona misma. (3)¹⁴

O documento reconhece o embrião como pessoa humana desde sua concepção, ou o primeiro instante de sua existência. “*El ser humano ha de ser respetado — como persona — desde el primer instante de su existencia*”. [...] “*Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces*”.

O documento ainda critica técnicas de fecundação heteróloga e homóloga, por serem contrárias à ética. Sobre as práticas homólogas, a Encíclica *Humanae vitae* ensina:

[...] è fondata sulla connessione inscindibile, che Dio ha voluto e che l'uomo non può rompere di sua iniziativa, tra i due significati dell'atto coniu-

gale: il significato unitivo e il significato procreativo. Infatti, per la sua intima struttura, l'atto coniugale, mentre unisce con profondissimo vincolo gli sposi, li rende atti alla generazione di nuove vite, secondo leggi iscritte nell'essere stesso dell'uomo e della donna. (Humanæ vitæ, 12, 1968). **(4)**¹⁵

Ainda a esse respeito:

La inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural. **(5)**¹⁶

Por fim, condena a maternidade substitutiva e a inseminação *post mortem*.

Em 08 de setembro de 2008, a mesma Congregação editou a instrução *Dignitas personae* a fim de atualizar as orientações, em razão dos novos conhecimentos científicos e práticas tecnológicas, e estabelecer critérios éticos e morais.

Voltando à técnica, nos casos de alterações nos gametas masculinos, pode-se optar pelo doador de esperma. Nos casos em que as dificuldades são da mulher, pode ser utilizado, conforme o caso, o óvulo de uma doadora ou, ainda, o útero em substituição (barriga de aluguel). E, em casos de problemas com ambos, ainda poderão ser utilizados embriões.

Configurações familiares interessantes podem surgir, como por exemplo:

- 1) Criança nascida de um casal homoafetivo feminino em que uma mulher doa o oócito, recorrendo-se a um banco de esperma para a fecundação, sendo o embrião obtido, transferido para o útero de sua parceira, que funcionará como útero em substituição, tendo a criança duas mães, uma biológica e outra que a gerou.
- 2) Criança nascida de um casal infértil, cujo oócito é de uma doadora e o sêmen de um doador. O embrião será implantado em um casal e, estes, serão os pais geradores. Essa criança terá assim, duas mães e dois pais, os biológicos e os que a geraram.
- 3) Criança de um casal infértil em que a mulher tenha problemas anatômicos, não podendo gerar. O casal poderá recorrer a um doador de sêmen e uma doadora de oócito. Recorrendo ainda a um útero em substituição, como por exemplo, a mãe do marido, a avó. Essa criança terá então, pais biológicos, pais que geraram (no caso, os avós) e pais afetivos.

Relevante ressaltar, nesta oportunidade, a importância da cedente temporária de útero que, na realidade, guardadas as proporções, age como doadora de órgãos e seu papel assume uma dimensão transcendente da sua própria natureza para proporcionar a mais nobre ação humanitária. Nesta peculiar situação, mesmo não sendo mãe, exerce duplamente tal missão: suporta a gravidez alheia e com abnegação extremada após o parto, entrega a criança, renunciando, desta forma, a própria maternidade.¹⁷

Como se observa acima, poderão se formar várias configurações familiares.

Neste ponto é de se mencionar a importância do diagnóstico genético pré-implantacional (PGD) e o Screening genético pré-implantacional (PGS), métodos recentes.

Ambos são estudos pré-implantacionais que visam evitar doenças cromossômicas e genéticas e, ainda, otimizar os resultados das reproduções assistidas, evitando, por exemplo, abortos de causas genéticas que antes não eram detectados.

Já foi objeto de comentário em páginas anteriores cromossomos e genes e como eles se relacionam. Assim, quando problemas genéticos ocorrem, utiliza-se o PGD. Logo, quando as alterações são cromossômicas, o método utilizado é o PGS.

Ainda, as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para a tipagem do sistema HLA do embrião, com a finalidade de selecionar embriões HLA-compatíveis com o irmão afetado por alguma doença que necessite de transplante de células-tronco.

No Brasil, até hoje, não existe nenhuma legislação específica a respeito da reprodução assistida. Assim, ela está prevista na Resolução 2.294, do Conselho Federal de Medicina, publicada em 27 de maio de 2021, que adota as normas éticas para sua utilização, observados princípios éticos e bioéticos. Tal Resolução revoga a anterior (Res. CFM nº 2.168/2017) e amplia suas considerações. Traz princípios gerais, dentre eles a idade limite para as candidatas à gestação por técnicas de RA, que é de 50 anos, suportando exceções.

Importantíssimo observar que o consentimento livre e esclarecido é trazido pela Resolução como procedimento obrigatório para todos os pacientes submetidos à técnica. E isso consiste em detalhar toda a técnica e suas circunstâncias, os resultados obtidos naquela unidade, bem como informações de caráter biológico, jurídico e ético. O consentimento estará completo com a concordância,

por escrito, obtida a partir da discussão em torno da técnica, em documento elaborado em formulário especial.

A Resolução traz uma proibição em seu item 5, que é a de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica, exceto para evitar doenças relacionadas.

Proíbe, ainda, a fecundação de oócitos humanos com finalidade diversa da procriação. E frisa que são proibidos os procedimentos de redução embrionária.

A técnica pode ser utilizada, conforme já dissemos acima, em pessoas capazes, devidamente esclarecidas quanto aos procedimentos, podendo ser pessoa solteira, em relacionamento homoafetivo, sendo permitida, em casais homoafetivos femininos, a gestação compartilhada.

Quanto à doação, o regramento deontológico diz que esta não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, devendo ser voluntária. Os doadores não poderão ter sua identidade conhecida e nem conhecer a identidade dos receptores, sendo uma exceção a esse sigilo, situações médicas especiais, em que informações sobre os doadores poderão ser fornecidas, exclusivamente para médicos, preservando-se sua identidade civil.

Interessante observar que em seu item 6 – IV DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES –, a Resolução 2.294/2021, do CFM, prevê que na região em que se localiza a unidade de tratamento, o registro dos nascimentos evitará que um doador ou doadora tenham produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes, sendo que um mesmo doador ou doadora poderão contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

Sobre a gestação em substituição, a resolução afirma que a cedente temporária de útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, sendo que os casos diversos estarão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM). Por fim, assim como a doação, também a cessão temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3.4 MANIPULAÇÃO EMBRIONÁRIA

Que tal “encomendar” um filho?

Atualmente já é viável a possibilidade de editar uma sequência de genes e isso é algo revolucionário e inquietante.

Há a possibilidade de evitar certas doenças no indivíduo e, possivelmente, nas futuras gerações, mas e se algo der errado? Nas palavras do Dr. Marcelo Araújo - professor de Filosofia na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor de Filosofia do Direito na UFRJ -, podem ocorrer mutações *off-targets*, realizando alterações em sequências do genoma que deveriam permanecer intactas.

As consequências desse tipo de mutação “fora do alvo” comprometeriam a saúde do indivíduo, podendo sair da esfera individual e alcançar seus descendentes, as futuras gerações e a humanidade.

Segundo o filósofo, em entrevista concedida à IHU On-Line (Instituto Humanitas Unisinos), “é por essa razão que, até agora, em todas as pesquisas com o uso de CRISPR-Cas9 em células embrionárias, foi de antemão veementemente descartada a intenção de se implantar o embrião em útero”.¹⁸

Para que nada saia do controle, existem os comitês de ética e a Lei de Biossegurança, que proíbem, em algumas situações, a engenharia genética em embriões humanos.

Recentemente, pesquisadores americanos obtiveram significativo sucesso quando conseguiram eliminar uma doença hereditária em embriões criados por meio de fertilização *in vitro*, corrigindo a mutação do DNA responsável pela doença. Fato que foi noticiado mundialmente e fincará o marco de novas pesquisas no campo da engenharia genética. (OLIVEIRA JUNIOR, 2017)¹⁹

Atualmente, admite-se o procedimento corretivo, conforme inscrito no art. 13º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção Sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina:

Uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.²⁰

Mas a pergunta é: até quando o homem resistirá ao impulso de escolher o sexo, a cor dos olhos, as aptidões e outras características idealizadas para os seus embriões encomendados?

3.5 ACONSELHAMENTO GENÉTICO

Mas, o que se poderia chamar de “limiar de modernidade biológica” de uma sociedade se situa quando a espécie entra como algo em jogo em suas próprias estratégias políticas. O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão. (FOUCAULT, 1988, p .134) ²¹

O termo Aconselhamento Genético surgiu nos Estados Unidos, quando o médico Sheldon Reed, na década de 40, passou a atender famílias com doenças genéticas.

Com o passar dos anos, o aconselhamento genético tornou-se uma atividade de saúde pública, abrangendo o planejamento familiar e de reprodução, o pós-nascimento e o diagnóstico.

Atualmente, a medicina é capaz de intervir em algumas doenças hereditárias ou genéticas. Em muitos casos há a possibilidade da identificação da anomalia, mas não há tratamento. Em outros, é possível prevenir sua ocorrência ou ainda melhorar a qualidade de vida e sobrevida de quem é portador.

Podemos ter o aconselhamento genético prospectivo, quando se trata de aconselhamento para a prevenção do aparecimento de determinada doença genética, em indivíduos com risco aumentado para sua ocorrência; ou, o aconselhamento retrospectivo, quando, na família, já existe uma pessoa afetada.

A ética é um tema importantíssimo quando se trata do aconselhamento genético, pois inúmeras questões e possibilidades estão envolvidas. Questões relacionadas às escolhas individuais, como por exemplo, o fato de uma pessoa não querer saber o diagnóstico, caso tenha uma doença para a qual não exista terapia; questões relacionadas à saúde pública, como depressões e suicídios ligados a esse tipo de informação ou, ainda, confidencialidade, discriminações, entre outras.

[...] a quem cabe a informação genética? Como garantir a confidencialidade e a privacidade dessa informação? O que fazer diante de um diagnóstico de doença genética no feto? Como informar o plano de saúde? Qual o impacto do diagnóstico nas relações afetivas e de trabalho? Ainda não há respostas satisfatórias para grande parte dessas perguntas e, infelizmente, o médico geneticista ou sua equipe também não são capazes de responder a elas antecipadamente. (GUEDES E DINIZ, 2008) ²²

Neste diapasão, vem à tona a seguinte questão: não estaríamos praticando uma eugenia disfarçada, com outros nomes, escolhendo quem poderá nascer e quem não terá a mesma sorte?

Leciona Oliveira Junior, a respeito da iniciativa do Ministério da Saúde, no âmbito do SUS, de criar programa de saúde que possibilite o aconselhamento genético em casais que carregam riscos genéticos hereditários:

[...] dependendo da formatação do programa, poderá trazer à tona a questão da eugenia, tão combatida no campo bioético, sendo que algumas vezes já se levantaram para reprovar a proposta com esta conotação. A eugenia, compreendida como a utilização de métodos de seleção artificial do material reprodutivo com a finalidade do melhoramento da espécie humana, presente em grande parte do nazismo, é conduta repudiada mundialmente. (2018) ²³

3.6 EUGENIA

A bioética combate e repudia fortemente a eugenia.

A ideia de eugenia está intimamente correlacionada ao nazismo. Porém, essa ideia é, na verdade, anterior. Segundo Gonçalves (2006), “a ideia de eugenia nasceu na Inglaterra, prosperou nos EUA e teve seu ponto alto na Alemanha nazista. Com nova roupagem e outros nomes, ela sobrevive até hoje”.

Nas palavras de Darwin (1809-1882):

Devemos, portanto, suportar o efeito, indubitavelmente mau, do fato de que os fracos sobrevivem e propagam o próprio gênero, mas pelo menos se deveria deter a sua ação constante, impedindo os membros mais débeis e inferiores de se casarem livremente com os sadios. (BULCÃO NETO, 2006) ²⁴

Lembra-nos ainda Gonçalves (2006) que Galton (1822-1911) - criador do termo eugenia e primo de Darwin - tinha a proposta de esterilizar os humanos fracos de corpo e mente, e de raças inferiores.

As propostas de Galton ficaram conhecidas como “eugenia positiva”. Nos EUA, porém, elas foram modificadas, na direção da chamada “eugenia negativa”, de eliminação das futuras gerações de “geneticamente incapazes” – enfermos, racialmente indesejados e economicamente empobrecidos –,

por meio de proibição marital, esterilização compulsória, eutanásia passiva e, em última análise, extermínio.²⁵

Jasanoff e Hurlbut (2018) ensinam:

Free enquiry, the lifeblood of science, does not mean untrammelled freedom to do anything. Society's unwritten contract with science guarantees scientific autonomy in exchange for a research enterprise that is in the service of, and calibrated to, society's diverse conceptions of the good. As the dark histories of eugenics and abusive research on human subjects remind us, it is at our peril that we leave the human future to be adjudicated in biotechnology's own 'ecclesiastical courts'.

It is time to invite in voices and concerns that are currently inaudible to those in centres of biological innovation, and to draw on the full richness of humanity's moral imagination. An international, interdisciplinary observatory would be an important step in this direction. (6)²⁶

Importante revisitar o passado não tão distante, com um olhar observador e crítico para que se veja frente à nova eugenia, uma preocupação muito atual.

A eugenia pode facilmente se ocultar sob o rótulo de “genética humana”.

Em interessante artigo intitulado “Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI): uma eugenia mascarada?”, os autores afirmam que o DGPI é uma técnica que não pode ser facilmente identificada como maléfica ou benéfica para a sociedade. No entanto, chamam atenção para a ideia de que a técnica é definida de duas formas para os pesquisadores. São elas a eugenia positiva e a eugenia negativa.

Quando nos referimos à seleção propriamente dita, sem nenhuma espécie de limitação à mesma, tratamos de uma eugenia positiva, que, de fato, seleciona os genes, desejados pelos pais, para aquele embrião. Por outro lado, a eugenia negativa trata de modificações genéticas com fins terapêuticos, ou seja, na eugenia negativa existem critérios para estabelecer limites na seleção desses genes. O objetivo é impossibilitar a transferência de genes portadores de doenças, ou a criação dos 'bebês medicamentos'.²⁷

Concluem os autores, muito oportunamente que “A simples disponibilidade de uma tecnologia não legitima todas as suas formas de utilização [...]”.

Os atos de intervenção na vida pré-natal têm que ser reconduzidos a uma realidade comunicativa e não instrumental. Entendimento em sentido contrário implicará em uma visão mercadológica dos seres oriundos do

processo de fertilização *in vitro* que, como produtos, poderão ser fabricados, barateados, pesquisados, destruídos, enfim reificados sem qualquer reflexão ética mais profunda. (ELER, RAMOS E OLIVEIRA, 2019) ²⁸

4 PROJETO “DNA DO BRASIL”

O Brasil, apesar dos poucos recursos destinados à pesquisa, revela de forma inequívoca uma vocação direcionada à realização de estudos científicos relevantes e compatíveis com os apresentados por renomadas instituições. Basta ver que, no momento pandêmico, por volta de 150 estudos envolvendo vacinas contra o coronavírus foram encaminhados para receber a avaliação da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP.

Após a decifração do genoma humano, tema minuciosamente debatido no presente trabalho, novos horizontes se abriram para a humanidade no sentido de renovar a esperança universal de encontrar novos dividendos de saúde para o ser humano, tanto no sentido de encontrar medicamentos para extirpar doenças, como para a manutenção da vida humana com a desejada qualidade de vida recomendada pela dignidade prevista constitucionalmente.

Assim é que, até o presente, após o referido sequenciamento, muitos genes considerados defeituosos foram localizados para combater doenças de origem genética. E os próximos passos caminham para buscar mais dados e informações a respeito do Alzheimer, síndrome de Down e mal de Parkinson, dentre muitas outras moléstias, justamente para quebrar a linha sucessória e possibilitar a erradicação definitiva.

Nessa linha de pensamento, foi lançado o projeto “DNA do Brasil”, liderado pela geneticista Lygia Veiga Pereira, da Universidade de São Paulo, com a finalidade de conhecer o genoma da população, representada por cerca de 15 mil brasileiros participantes voluntários, na faixa de 35 a 74 anos de idade. ⁴

Pelo que se conhece até o presente, a população brasileira não é resultado de uma única origem. A sua formação histórica dá conta que é fruto de uma miscigenação exacerbada. Na extensa dimensão territorial são encontrados desde povos indígenas, africanos, portugueses, italianos, espanhóis, alemães, além de outros imigrantes europeus, asiáticos e orientais, formando uma integração genética e cultural que merece ser explorada. Uma verdadeira Torre de Babel genética.

⁴ <https://saude.abril.com.br/medicina/dna-do-brasil-o-projeto-que-pretende-mapear-o-genoma-da-nossa-populacao/>

Com tal formatação, o objetivo da pesquisa, como sói acontecer nos países que aderiram rapidamente à iniciativa, é conhecer os fatores genéticos do povo brasileiro para compreender as doenças mais prevalentes e atuar preventivamente, formando uma verdadeira arquitetura do genoma pátrio, onde serão encontrados indicadores clínicos que detectarão os prováveis grupos de risco e as recomendadas ações que devem ser tomadas para combatê-los. A leitura do DNA, desta forma, irá oferecer condições para garimpar informações importantes para que seja feito o reconhecimento do código genético da população e, a partir desse marco, possa ser feita a prevenção contra as doenças com predisposição genética localizada.

O projeto, desta forma, por se tratar de uma inovação, que certamente renderá inúmeros benefícios para a saúde da população, desempenhará importante tarefa e entregará ao Estado novas leituras para desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, tendo como prioridade a realização de ações preventivas estruturadas no genoma da nação. É uma verdadeira ponte ligando harmoniosamente o passado a um futuro promissor carregando as melhores práticas para a *ars curandi*.

5 DECIFRAÇÃO DO GENOMA DO IDOSO

Ainda sem a necessária revisão por pares para a publicação em revista científica, mas com os dados coletados disponíveis ao público, cientistas da USP, liderados pela geneticista Mayana Zatz, concluíram relevante pesquisa realizada durante 10 anos a respeito do sequenciamento genético de 1.171 idosos - com a faixa etária média de 71 anos - para entender o envelhecimento saudável e desenvolver técnicas mais precisas na medicina, possibilitando o diagnóstico de várias doenças, dentre elas as consideradas raras. Representa, sem dúvida, além do demonstrativo de competência e comprometimento de nossos pesquisadores, um avanço considerável para a medicina, que terá um campo mais abrangente para diagnósticos das doenças mais comuns, canalizando-as para o acesso à medicina de precisão. A repercussão maior da pesquisa foi a identificação de dois milhões de variantes genéticas não descritas em bancos genômicos internacionais, que reúnem 76 milhões.⁵

“O patrimônio genético, como o próprio nome diz, enfatiza Oliveira Júnior, é a somatória das conquistas do homem, no plano físico, psíquico e cultural,

⁵ <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/09/23/cientistas-da-usp-concluem-maior-analise-de-material-genetico-de-idosos-da-america-latina.ghtml>

que o acompanha através de seus registros biológicos, faz parte de sua história e evolução e, como tal, merece a proteção legal. É o relato e o retrato da raça humana, desde o homem de Neandertal. Passa a ser objeto de tutela pessoal e estatal e qualquer ofensa a ele é desrespeito à própria humanidade. A proteção desloca-se da individualidade do ser humano já formado, com personalidade própria, para aquele que ainda vem a ser, com personalidade jurídica”.⁶

O homem passa a ser o epicentro das atenções do próprio homem e não mais sua cobaia ou seu lobo. Não caminhará cegamente para transformar o corpo humano em linha de montagem e sim de buscar os mecanismos valiosos para lhe dar sustentação de saúde, bem-estar, equilíbrio e felicidade.

O objetivo da pesquisa é conhecer os fatores genéticos do idoso brasileiro para compreender as doenças mais prevalentes e atuar preventivamente, formando uma verdadeira arquitetura do genoma pátrio, onde serão encontrados indicadores clínicos que detectarão os prováveis grupos de risco e as recomendadas ações que devem ser tomadas para combatê-los. A leitura do DNA, desta forma, irá oferecer condições para garimpar informações importantes para que seja feito o reconhecimento do código genético da população idosa e, a partir desse marco, fazer a prevenção contra as doenças com predisposição genética localizada.

6 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA A RESPEITO DO GENOMA

Desde 2007 tramita no Brasil a proposta legislativa nº 478 (PL 478), o Estatuto do Nascituro, de autoria dos deputados federais Luiz Carlos Bassuma e Miguel Martini. A proposta considera, por exemplo, o aborto crime hediondo e o proíbe em todos os casos. Note-se que a PL 478 traz temas muito complexos e ainda deve ser bastante discutida.

Ainda, importantíssima a Resolução nº 466 de 12 de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde, que em suas disposições preliminares afirma:

A presente Resolução incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, referenciais da bioética, tais como, autonomia, não maleficência, beneficência, justiça e equidade, dentre outros, e visa a assegurar os direitos

⁶<https://www.google.com/search?q=REVISTA+BRASILEIRA+DE+HEMATOLOGIA+E+HEMOTERAPIA+e+UDES+QUINTINO&oq=REVIST&aqs=chrome.0.69i59l3j69i57j0j69>

e deveres que dizem respeito aos participantes da pesquisa, à comunidade científica e ao Estado.²⁹

Tratando da reprodução assistida, a Resolução CFM nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina revoga a Resolução nº 2.168/2017 e adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Isso posto, relevante questão se nos apresenta: em que aspectos a proposta legislativa nº 478 modificaria as regras do genoma humano? O projeto conta com 31 artigos e é absolutamente contrário ao aborto, em todas as hipóteses, representando um claro retrocesso em relação ao sistema jurídico atualmente vigente, notadamente em casos de violência sexual, que passa a ser ilegal. No projeto, a presença da mulher é opaca e seus direitos ficam ainda mais restritos. Ademais, condena o uso da pílula do dia seguinte e as pesquisas com células tronco.

A ONU acompanha o projeto e é contrária à sua aprovação pela redução da liberdade da mulher e o risco do aumento do número de abortos ilegais.

7 CONCLUSÃO

Caminhando a ciência, naturalmente, muito mais rápido que o direito, o desafio deste e das equipes multidisciplinares é acompanhá-la muito de perto.

Como foi dito, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos estampam, logo em seu início, a importância do genoma humano, afirmando que este constitui um patrimônio da humanidade.

Sociedade, governo e comunidade internacional devem se unir para preservar o patrimônio genético da humanidade, sob pena de, até mesmo, vê-la extinta.

E mais. Necessário se faz ainda, tendo como prioridade maior a dignidade da pessoa humana, a aplicação dos princípios da bioética, quais sejam: **autonomia, beneficência e isonomia**, entendidos, respectivamente, como (a) o poder de tomar decisões, sem interferências; (b) ação correta a ser feita, não fazendo mal ao próximo, ao contrário, fazendo o bem e (c) igualdade de tratamento a todas as pessoas participantes da sociedade para que não corramos o risco de uma eugenia disfarçada sob o nome de genética humana.

A ciência da Bioética recebe com os braços abertos tamanha iniciativa científica que irá trazer inúmeros dividendos de saúde para a humanidade,

além de traduzir com ênfase a realização da dignidade da pessoa humana, apregoada constitucionalmente. Na ponderação da ciência da vida, fulcrada no princípio da beneficência, toda ação humana, invasiva ou não, e que tenha por objetivo elevar a potencialidade do *bene facere* e afastar o *primum non nocere*, será considerada oportuna, necessária e conveniente, observando que o estudo envolvendo as tratativas do genoma humano transcende, e em muito, as pesquisas tradicionais. É a era de se buscar nas células mais recônditas do ser humano a realidade e os segredos da vida.

CITAÇÕES

(1) “Pessoalmente, eu não acho que é aceitável manipular a linha germinal humana com o propósito de mudar alguns traços genéticos que serão transmitidos ao longo de gerações.”

(2) “Queremos sugerir uma estrutura para o sal de ácido desoxirribonucleico (DNA). Essa estrutura tem novas características que são de considerável interesse biológico.”

(3) Uma primeira conclusão pode ser tirada de tais princípios: qualquer intervenção no corpo humano não atinge apenas os tecidos, órgãos e funções; também afeta, e em diferentes níveis, a própria pessoa.

(4) “[...] baseia-se na conexão inseparável que Deus queria e que o homem não pode quebrar por sua própria iniciativa, entre os dois significados do ato conjugal: o significado unitivo e o significado procriador. De fato, devido à sua estrutura íntima, o ato conjugal, enquanto une os cônjuges a um vínculo profundo, os torna adequados para a geração de novas vidas, de acordo com leis inscritas no próprio ser do homem e da mulher”.

(5) “A inseminação artificial homóloga dentro do casamento não pode ser admitida, exceto no caso em que o meio técnico não substitui o ato conjugal, mas é uma facilitação e um auxílio para que atinja seu propósito natural.”

(6) “A investigação livre, a essência da ciência, não significa liberdade desimpedida para fazer qualquer coisa. O contrato não-escrito da sociedade com a ciência garante autonomia científica em troca de um empreendimento de pesquisa que está a serviço das diversas concepções da sociedade sobre o bem e as ajusta a elas. Como as histórias sombrias da eugenia e da pesquisa abusiva sobre seres humanos nos lembram, é nosso risco deixarmos o futuro humano a ser adjudicado nas “cortes eclesiásticas” da própria biotecnologia. É hora de convidar vozes e preocupações que atualmente são inaudíveis para aqueles em centros de inovação biológica, e para aproveitar toda a riqueza da imaginação moral da humanidade. Um observatório interdisciplinar internacional seria um passo importante nessa direção.”

REFERÊNCIAS

¹ BORGES, Jerry Carvalho. Revista Ciência Hoje. Coluna. Vida é informação [online]. Publ. 12/09/2008. [Acessado 02/03/2019]. Disponível em: <http://cienciahoje.org.br/coluna/vida-e-informacao>

² DÀVILA, Sérgio. Jornal Folha de São Paulo [online]. Genoma. Sequência de DNA abre caminho para novos diagnósticos e tratamentos: anunciada decifração do código genético da espécie. Publ. 27/06/2000. [Acessado em 02/03/2019]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2706200001.htm>

³ Jornal Público [online]. Projecto genoma humano: cientistas anunciam descodificação completa do genoma humano. Publ.14/04/2003. [Acessado em 02/03/2019]. Disponível em: <https://www.publico.pt/2003/04/14/ciencia/noticia/cientistas-anunciam-descodificacao-completa-do-genoma-humano-470001>

⁴ RUSSELL, Greg. The National [online]. Edinburgh University expert calls for approval of embryo work. Publ. 10/09/2015. [Acessado em 02/03/2019]. Disponível em: <https://www.thenational.scot/news/14899469.edinburgh-university-expert-calls-for-approval-of-embryo-work/>

⁵ OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Migalhas [online]. Edição genética humana. Publ. 09/12/2018. [Acessado em 03/03/2019]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292555,61044-Edicao+genetica+humana>

⁶ SOUZA, Verônica Ferreira de; LIMA, Leonardo Muniz Carvalho; REIS, Silvia Regina de Almeida; RAMALHO, Luciana Maria Pedreira; SANTOS, Jean Nunes. Células-tronco: uma breve revisão. Revista de Ciências Médicas e Biológicas. v. 2, n. 2 (2003) [online]. [Acessado em 03/03/2019]. Disponível em: <https://rigs.ufba.br/index.php/cmbio/article/view/4292>

⁷ MOORE, Keith L; PERSAUD, T. V. N. Embriologia clínica. 8. ed. Tradução: Andrea Monte Alto Costa et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁸ DINIZ, Debora AVELINO, Daniel. Revista Saúde Pública [online]. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. 2009; 43(3): 541-7. [Acessado em 09/03/2019]. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89102009000300019&script=sci_arttext&tlng=es

⁹ Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José da Costa Rica em 22/11/1969. Ratificada pelo Brasil em 25/09/1992. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/biblioteca-virtual/instrumentos/sanjose.htm>

¹⁰ Conselho de Informações sobre Biotecnologia. Você sabe o que é DNA? Descubra o que há em comum entre você e tantos outros seres vivos [online]. [Acessado em 10/03/2019]. Disponível em: <https://cib.org.br/o-que-e-dna/>

¹¹ Watson JD, Crick FHC. Molecular structure of nucleic acids - A structure for deoxyribose nucleic acid. Nature 1953; 171, 737-738. [Acessado em 02/06/2019]. Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_lookup?title=Molecular+structure+of+nucleic+acids&author=Watson+JD&author=Crick+FHC&publication_year=1953&journal=Nature&volume=171&pages=737-738

¹² Jornal Folha de São Paulo. É menina o 1º bebê de proveta. [online]. Ano 57. nº 18.011. Publ. 26/07/1978. [Acessado em 10/03/2019]. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=6653&anchor=4324800&origem=busca>

¹³ LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores socioeconômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* [online]. 2014, v. 24, n. 01 [Acessado 11 Maio 2019], pp. 31-47. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312014000100003>>. ISSN 1809-4481

^{14; 16} RATZINGER, Joseph.; BOVONE, Alberto. Congregación para la doctrina de la fe. Instrucción *Donum Vitae*: sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación [online]. Publ. 22/02/1987. [Acessado em 17/03/2019]. Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html

¹⁵ PAOLO PP. VI. *Lettera Enciclica del Sommo Pontefice. Humanae Vitae* [online]. Publ. 25/07/1968. [Acessado em 17/03/2019]. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html

¹⁷ OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Migalhas [online]. A maternidade e a lei. Publ. 12/05/2019.[Acessado em 12/05/2019]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302072,101048-A+maternidade+e+a+lei>

¹⁸ FACHIN, Patrícia. A edição genética de embriões humanos é revolucionária e perturbadora. Entrevista especial com Marcelo de Araújo [online]. Publ. 09/08/2017. [Acessado em 12/05/2019]. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/570434-a-edicao-genetica-de-embrioes-humanos-e-revolucionaria-e-perturbadora-entrevista-especial-com-marcelo-de-araujo>

¹⁹ OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Migalhas. O embrião perfeito [online]. Publ. 27/08/2017. [Acessado em 12/05/2019]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264335,71043-O+embriao+perfeito>

²⁰ Convenção para proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina; convenção sobre os direitos do homem e da biomedicina [online]. Publ. 04/04/1997. [Acessado em 19/05/2019]. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf

²¹ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13^a Edição. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

²² GUEDES, Cristiano; DINIZ Debora. A Ética na História do Aconselhamento Genético: um desafio à educação médica. Revista Brasileira de Educação Médica [online]. 33 (2): 247-252; 2009, [Acessado 26 maio 2019]. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/EticaHistoriaAconselhamento.pdf>

²³ OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Migalhas. Aconselhamento genético e eugenia [online]. Publ. 18/03/2018. [Acessado 02/06/2019]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276474,101048-Aconselhamento+genetico+e+eugenia>

²⁴ BULCÃO NETO, Manuel Soares. Sombras do Iluminismo. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2006.

²⁵ GONÇALVES, Antonio Baptista. Migalhas. A eugenia de Hitler e o racismo da ciência [online]. Publ. 07/08/2006. [Acessado 27/05/2019]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI26157,-21048-A+eugenia+de+Hitler+e+o+racismo+da+ciencia>

²⁶ JASANOFF, Sheila; HURLBUT, J. Benjamin. A global observatory for gene editing [online]. *Nature* **555**, 435-437 (2018). Publ. 21/03/2018. [Acessado 27/05/2019]. Disponível em: https://www.nature.com.br/articles/d41586-018-03270-w?mc_cid=d9f0ddd816&mc_eid=822a149de0

^{27; 28} GONÇALVES ELER, Kalline Carvalho; MIRANDA RAMOS, Kessia Priscila; DE OLIVEIRA, Marco Tulio Pires. Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI): uma eugenia mascarada?. **Revista Iberoamericana de Bioética**, [S.l.], n. 9, p. 1-15, feb. 2019. ISSN 2529-9573. Disponible en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/8842>. Fecha de acceso: 20 mayo 2019 doi: <https://doi.org/10.14422/rib.i09.y2019.008>.

²⁹ https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html

Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l111105.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2.294/2021>

Submissão: 17.maio.2023

Aprovação: 07.setembro.2023

PRESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS AO MEIO AMBIENTE

Statute of limitations for administrative offenses against the Environment

Luís Carlos Silva de Moraes¹

ÁREA: Direito Ambiental. Direito Administrativo.

RESUMO: O presente trabalho está centrado em demonstrar as regras de prescrição aplicáveis às infrações administrativas ao meio ambiente, demonstrando que seguem o mesmo padrão e lógica do sistema jurídico, não havendo inovações e exceções a serem consideradas, apenas elementos importantes do termo inicial da contagem do prazo.

PALAVRAS-CHAVE: meio ambiente; prescrição; infrações administrativas; sistema jurídico analítico.

ABSTRACT: This paper is focused on demonstrating the rules of limitation applicable to administrative infractions against the environment, showing that they follow the same pattern and logic of the legal system, with no innovations or exceptions to be considered, only important elements of the initial term for counting the period.

KEYWORDS: environment; statute of limitations; administrative offenses; analytical legal system.

¹ Moraes. Luís Carlos Silva de. Integrante da Advocacia-Geral da União. Procurador da Fazenda Nacional. Autor dos livros Código Florestal Comentado, Curso de Direito Ambiental e Multa Ambiental. Convocado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado para auxiliar os relatores do projeto de lei que aprovou a Lei nº 12.651/2.012 (Novo Código Florestal). Também auxiliou o relator da Lei do Estado de São Paulo nº 15.684/2015, que instituiu o Programa de Regularização Ambiental de São Paulo (moraes.luis@terra.com.br).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Sistema Jurídico como instrumento de Segurança Jurídica e Paz Social; 3. Positivismo e Prescrição; 4. O perigo em transformar a exceção em regra; 5. Prescrição das infrações contra o Meio Ambiente: prazo e legislação aplicável.; 5.1. Prazo: Súmula nº 467 do Superior Tribunal de Justiça; 5.2. Aplicabilidade da lei nº 9.873/1.999.; 5.2.1. Da divergência com o STJ: posição de aplicação da lei nº 9.873/99 a estados e municípios. Autuação pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA. 6. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o “nascimento” da infração ambiental, seja administrativa ou penal, passa a fluir o prazo para sua punição. Caso isso não se dê no prazo previsto na legislação, ocorre a prescrição e a obrigação deixa de ser exigível.

As infrações penais têm a prescrição regulada pelas regras gerais do Código Penal, por expressa determinação do artigo 79 da Lei nº 9.605/1998².

O presente estudo se preocupa com o tratamento das infrações administrativas ao meio ambiente, da existência à contagem do prazo, considerando alegação genérica de corrente doutrinária defensora da imprescritibilidade das infrações ambientais.

2. O SISTEMA JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E PAZ SOCIAL

A evolução histórica da humanidade sempre exigiu inovações do Direito. Esse é demandado em soluções para os fatos novos provenientes do progresso. O Direito resolve conflitos, nunca os cria. Toda lide (pretensão resistida) necessita de um fim, seja por ação ou omissão, por provocação ou inércia, MAS busca-se um fim, um fechamento.

Para isso, há o sistema jurídico, da Constituição à singela portaria. Um arcabouço de textos cogentes servido para adequação e ajustes entre o público e o privado, entre a lesão e a proteção.

É um sistema que age e reage, pois estabelece normas de estabilidade e outras necessárias a punir quem contra ele se posiciona. O beneficiado pela norma

² Lei nº 9.605/1998: Art. 79. *Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.*

de estabilidade é o “titular do direito”, o que se rebela é o “infrator”. Na esfera civil e/ou administrativa se fala em sujeito ativo e sujeito passivo. Na esfera penal em titular da ação (o Estado), vítima e réu.

Independentemente do texto, sempre se fará presente a preocupação com a segurança jurídica e a paz social. Geralmente, existem pessoas (físicas e jurídicas, pública e privadas), os sujeitos e/ou titulares de direito, que provocam a utilização desse sistema, até porque o Estado-juiz tem uma posição inercial, só atuando quando provocado.

E aí passam a ser importantes os instrumentos jurídicos da decadência e da prescrição, pois o Direito sempre observa a “conduta” (ação **ou omissão** humana juridicamente relevante). Mesmo no caso de omissão, o sistema jurídico busca a segurança jurídica e a paz social. Se o titular não exerce o seu direito, subentende-se que nada vale ou a relevância é menor que o custo de exercê-lo. O sistema jurídico não pode ficar eternamente esperando o fim da omissão, quando a meta é sempre a segurança jurídica e a paz social. Dessa forma, a omissão por um certo período gera e extinção de exercer esse direito.

Os aspectos temporal e cronológico foram considerados, pelo estabelecimento de prazo para o exercício da constituição de um direito, bem como da punição a quem o impede de externar seus efeitos, o que se estabilizou com a aplicação dos institutos da decadência e da prescrição.

Se o agente/titular não exerce seu direito em tempo razoável, a “caixa de ferramentas” do Estado de Direito se fecha a ele, com a consequência de que a proteção jurídica ao objeto em questão não mais será dada, pois o sistema jurídico reconhece a extinção do direito (decadência) ou a sua impossibilidade de exercício/proteção (prescrição). Nada mais havendo o que proteger, restabelece-se a situação de segurança jurídica e paz social para todos, envolvidos e terceiros.

3. POSITIVISMO E PRESCRIÇÃO

As regras de decadência e prescrição atuam de forma decisiva em um sistema jurídico. Exceções à essa sistemática são expressas e da mais estreita exceção, porque a abertura nesse sentido iria pesar tanto o funcionamento do sistema jurídico, com situações em aberto, todas repercutindo em outras durante um espaço temporal que ninguém mais teria direito pela inexistência de certeza, em razão das condições de exceção que nunca se fecham. Seria permitir que o

sistema jurídico sabotasse a si, o que não se admite pois da égide dele o pensamento que *o Direito não admite antinomias*³.

A Constituição Federal é analítica, fazendo prever expressamente quais as hipóteses onde não há prescrição (v.g.: art. 5º, incisos XLII e XLIV e art. 231, §4º).

Se a Constituição é analítica e diz quais as situações em que não há prazo de prescrição, não há como estabelecer por simples inferência, de forma indireta, a imprescritibilidade. Onde quis disse. Se nada menciona, é sinal de inexistência de regra de exceção à norma prescricional.

Ainda, para alguns temas específicos, a Constituição ou já estabeleceu um prazo específico (v.g.: art. 7º, XXIX) ou definiu que seria atribuição de lei complementar (art. 146, III, b). Para os demais casos o tema cabe à lei ordinária.

Por se relacionar com a parte geral das obrigações, é tema de lei ordinária, com base na competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil (CF, art. 22, I).

Não há lei ordinária específica que trate da prescrição das infrações administrativas ao meio ambiente. Além do Código Civil (Lei nº 10.406/02), existem mais duas legislações federais que tratam o tema: o Decreto nº 20.910/32 e a Lei nº 9.873/99. Não se aplicando essas duas últimas, incide a regra geral do Código Civil.

Conclusão: onde a Constituição achou importante, definiu expressamente as hipóteses de imprescritibilidade. Todo o resto deixou para a lei complementar e a ordinária, ou seja, definir se há ou não e qual o prazo de decadência e de prescrição. Se lei específica não definir, aplica-se o Código Civil como regra geral. Num sistema positivo e analítico como o brasileiro, a regra é a existência de prescrição, a exceção são as previstas na Constituição e as que a legislação - complementar ou ordinária - expressamente estabelecerem.

Mais um reforço: a imprescritibilidade é exceção. Ampliar esse rol comprometerá o próprio sistema jurídico pela impossibilidade desse em ofertar a sua essência: a segurança jurídica.

Exemplo: se o ato de compra e venda de imóveis não tivesse prescrição, situações ocorridas no século XVIII, na zona rural, poderiam ser levantadas para se debater sobre os edifícios da Avenida Paulista. Por isso que nesses casos, independente de boa-fé ou má-fé, se todos os documentos nada valerem, a segurança é alcançada pela *prescrição consumativa* (usucapião). Nome conceitual

³ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 86. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 22; PASOLD, Cesar Luiz. Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio. Florianópolis: Conceito, 2008.

muito bem-posto, pois o direito é consumado de qualquer forma, para que a segurança jurídica seja alcançada. Outro caminho é o caos.

Parte da doutrina alega a imprescritibilidade da obrigação de recuperação ambiental de forma ilimitada. Essa posição, salvo melhor juízo, não possui fundamento jurídico expresso. Segurança jurídica é essencial a qualquer área do Direito. Quando todos demoram, a evolução do Direito identifica essa inércia como desinteresse objetivo que também merece reprimenda, a qual vem pelo reconhecimento de prescrição ou decadência.

A alegação de imprescritibilidade das infrações ambientais sem previsão expressa não se sustenta. A insistência cria grave antinomia. No homicídio (artigo 121 do Código Penal), ou seja, tirar a vida de um ser humano, a prescrição é de 30 anos. A própria Lei nº 9.605/98 estabelece vários tipos penais em que se busca punir a morte de fauna e/ou flora, cada qual com o respectivo prazo prescricional estabelecido. Seria no mínimo contraditório o crime ambiental ter prescrição e a infração administrativa ambiental não. Seria o mais poder menos; o menos poder mais. Que fique claro: as infrações ambientais têm prazo prescricional.

4. O PERIGO EM TRANSFORMAR A EXCEÇÃO EM REGRA.

Seja na esfera penal ou na administrativa, o sujeito ativo da obrigação é o Estado, o qual obedece ao princípio da legalidade estrita, ou seja, na falta de previsão, não há ação do poder público.

Não se pode aproveitar somente a parte que se aprecia de um sistema jurídico, repudiando o contrapeso nele presente. A alteração do nosso sistema jurídico para prever a imprescritibilidade das obrigações de reparação ambiental pode ser estabelecida por lei ordinária. Se isso é anseio do legislador, que assim se faça.

Entretanto, trilhar por esse caminho trará pior que bem. Primeiro, pois é reconhecer a ineficiência do agente público, como se impedir a prescrição garantiria a punição. Sim, mas o *efeito colateral* terá efeito de punir a todos. Exemplos:

- a) Licenciamento ambiental: ainda que precária, nenhum servidor público irá se aventurar em conceder uma licença ambiental, pois pelo resto da vida ou até mesmo já aposentado, pode ser responsabilizado por aquele ato e perder sua pensão; ainda que venha a conceder a licença, irá negar

primeiro, pedindo vários estudos desnecessários, para provar uma falsa diligência, pelo excesso. Cabe lembrar que já com prazo prescricional o princípio constitucional do “prazo razoável do processo” (CF, art. 37) não se vem respeitando;

- b) Agentes financeiros: a legislação atribui a solidariedade por infração ambiental a qualquer um, pessoa física e/ou jurídica, que participe “**de qualquer forma**” da infração ambiental, sempre ressaltando que esse ilícito administrativo se analisa pelo prisma da responsabilidade civil objetiva. Portanto, qualquer agente financiador seria responsável por uma obra, 50 anos após sua conclusão;
- c) Herança, família e sucessão: netos que receberem herança de seus avós poderiam ser responsabilizados por atos ocorridos há 50 anos atrás.

Estamparia aqui uma centena de páginas com situações que trarão mais o mal que o bem. A ideia foi posta.

Portanto, lei ordinária pode estabelecer a imprescritibilidade das infrações administrativas ao meio ambiente, mas inferior essa exceção, será contrária à segurança jurídica e à paz social.

5. PRESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES CONTRA O MEIO AMBIENTE: PRAZO E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

5.1. PRAZO: Súmula nº 467 do Superior Tribunal de Justiça.

Após extenso debate entre a aplicação da regra geral do Código Civil ou do Decreto nº 20.910/1.932, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema com a edição da Súmula nº 467, com se seguinte teor:

Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental.

(STJ – Súmula nº 467, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 25/10/2010 – grifos nossos).

Para o STJ, no caso das multas ambientais, seria aplicável o Decreto nº 20.910/32. A conclusão foi positiva, com interpretação “conforme a Constitui-

ção”, com base na necessária aplicação do princípio da isonomia (art. 37, CF/88) para fazer incidir ... *o prazo encartado no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, também de 5 (cinco) anos, pois, se o Estado dispõe do prazo de cinco anos para ser acionado por seus débitos, nos termos deste último dispositivo, mercê do princípio da isonomia, tal lastro prescricional deve ser aplicado também no caso de cobrança do Estado contra o contribuinte*⁴ (leia-se infrator, na dinâmica ambiental).

Aspecto importante identificado é que o STJ não declarou uma norma de prescrição de forma inovadora, mas foi buscar no sistema jurídico positivo já existente a norma que entende aplicável nas infrações ambientais.

5.2. APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.873/1.999.

Um dos aspectos que motivaram o STJ a editar a Súmula 467 foi a limitação da aplicação da Lei nº 9.873/99 apenas à esfera federal, o que deixaria de fora todas as multas estaduais e municipais porque ... *consolidado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, (...) de que a Lei 9.873/1999 é inaplicável aos Processos Administrativos Punitivos desenvolvidos por Estados e Municípios, porquanto sua incidência deve se restringir ao âmbito federal*⁵.

Decidida a aplicação da Lei nº 9.873/99 apenas à esfera federal, é importante frisar que essa acabou por colocar em texto legal o princípio da *actio nata*, quanto ao momento em que se inicia a contagem de prazo prescricional das multas ambientais. Confira-se:

*Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, **contados** da data da prática do ato ou, **no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.***

O termo inicial da prescrição coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio da *actio nata* e até o momento em que cesse a lesão de caráter continuado.

Entretanto, caso seja emitido auto de infração e haja recurso administrativo, *a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento*

⁴ STJ - AgRg nos EDcl no REsp 576.573/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 27/09/2010.

⁵ STJ - REsp 1.522.753/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 04/08/2015.

do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e **enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional**, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado⁶ (g.n.).

Seja por determinação de lei federal ou por posição doutrinária e jurisprudencial pacífica quanto a aplicação da *actio nata*, o início da contagem do prazo prescricional coincide com o momento em que se encerram os atos executórios da infração. Enquanto houver alguma conduta de execução do ilícito, o prazo ainda não se iniciou. Se uma empresa está poluindo acima dos limites por 30 anos, somente quando prove ter passado a emitir poluentes dentro do limite legal é que se inicia o prazo prescricional.

A maioria das situações de fato impedem o reconhecimento do transcurso do prazo prescricional, pois ou os fatos são **instantâneos de efeitos permanentes ou de caráter continuado**. Isso significa que, mesmo tendo a degradação iniciada há muito tempo, porque o *status* não se alterou, ela continua acontecendo hoje e, portanto, ainda em situação de flagrante infração à lei.

Isso é suficiente para definir a inexistência de prescrição pela *actio nata* em 99,99% dos casos. O remanescente 0,01% se resolvem com uma atuação regular do poder público, evitando que o prazo transcorra por inteiro.

Da exposição acima, provados os requisitos da continuidade da lesão, é pouco provável que ocorra a prescrição, mas daí a reconhecer a imprescritibilidade se tem uma larga linha divisória.

5.2.1. DA DIVERGÊNCIA COM O STJ. POSIÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.873/99 A ESTADOS E MUNICÍPIOS. AUTUAÇÃO PELO SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE – SISNAMA.

O STJ optou pela não aplicação da Lei 9.873/99 para Estados e Municípios, alegando que essa legislação se aplica apenas à Administração Pública Federal. Entretanto, salvo melhor juízo, esse requisito está atendido quanto ao exercício de poder de polícia ambiental, porque ele é federal, como se identifica no artigo 6º da Lei nº 6.938/81:

⁶ STJ - REsp 1.112.577/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 08/02/2010.

*Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, **constituirão** o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA ... (g.n.).*

Já de início se vê que o sistema é nacional com integração das entidades estaduais e municipais de meio ambiente. Isso fica ainda mais estruturado na própria Lei nº 9.605/98, onde o §1º do artigo 70 confere poder de lavrar auto de infração exclusivamente às autoridades do SISNAMA, ou seja, o auto de infração, mesmo tendo como emissor órgão estadual ou municipal, tem reconhecimento nacional. Confira-se:

Art. 70. (...)

*§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos **ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA**, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha.*

Finalmente, prova de que o auto de infração tem vínculo federal está no trâmite do recurso administrativo, sendo previsto que a última esfera recursal administrativa será a instância superior do SISNAMA, como expressamente previsto no artigo 71 da Lei nº 9.605/98, a saber:

Art. 71. O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos:

I - Vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;

II - Trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação;

*III - vinte dias para o infrator recorrer da decisão condenatória à instância superior **do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA**, ou à Diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de autuação;*

IV – Cinco dias para o pagamento de multa, contados da data do recebimento da notificação.

Essa lei ordinária estabelece que a instância superior é **do** SISNAMA, o que é muito diferente de “recurso à autoridade superior”.

A instância superior do SISNAMA é necessariamente a federal (art. 6º, Lei nº 6.938/81). E, finalmente, há previsão de recurso hierárquico para o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA (art. 130, Decreto nº 6.514/08). Portanto, ainda que a multa ambiental se inicie nos órgãos seccionais ou locais do SISNAMA (Estado e Município, art. 6º, V e VI da Lei nº 6.938/81), a decisão que torna o auto de infração definitivo e exigível é federal.

E, finalmente, a redação do artigo 76 da Lei nº 9.605/98 mostra essa noção de sistema, pois havendo fiscalização de órgãos de distintas esferas, havendo multiplicidade de multas, somente um auto de infração prevalece:

Art. 76. O pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.

Essa noção de **sistema uno** tem alicerce Lei nº 6.938/81, pois a exclusão da multa do ente federal em razão do estadual ou municipal, se dá pela existência da competência expressa de fiscalização dos órgãos seccionais e locais **do SISNAMA** (art. 6º, incisos V e VI da Lei nº 6.938/81).

Conclusão: o SISNAMA é órgão federal. O auto de infração ambiental (federal, estadual ou municipal) é documento do SISNAMA e, portanto, a ele aplicável a Lei 9.873/99, porque produzido por entidade integrante desse órgão público federal, tornando aplicável essa lei ordinária federal que trata sobre processo administrativo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentado o microsistema jurídico de análise de existência ou não de prescrição das infrações ambientais, está patente a total possibilidade de atuação do ente público, de qualquer esfera, para a punição por infração ambiental. Se não o fez em tempo – e que não é exíguo – então a prevalência da segurança jurídica e paz social demanda o reconhecimento da prescrição das infrações administrativas ao meio ambiente, no prazo de cinco (5) anos contados do momento em que se encerra a conduta delitiva.

REFERÊNCIAS:

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 86. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 22; PASOLD, Cesar Luiz. Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio. Florianópolis: Conceito, 2008.

BRASIL: STJ - AgRg nos EDcl no REsp 576.573/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 27/09/2010.

BRASIL: STJ - REsp 1.522.753/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 04/08/2015.

BRASIL: STJ - REsp 1.112.577/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 08/02/2010.

Submissão: 22. setembro.2023

Aprovação: 30. setembro.2023

HORAS “IN ITINERE” DO TRABALHADOR RURAL

Rural workers’ “in itinere” hours

Lorival Ferreira dos Santos¹

As sábias palavras de Hannah Arendt, citando Karl Marx, já celebravam a importância do trabalho para o homem:

“Tudo o que o trabalho produz destina-se a alimentar quase imediatamente o processo da vida humana, e esse consumo, regenerando o processo vital, produz - ou antes, reproduz - nova ‘força de trabalho’ de que o corpo necessita para seu posterior sustento”².

ÁREA: Direito do Trabalho.

RESUMO: O presente trabalho procura discutir se o direito do trabalhador às horas extras *in itinere* no meio rural continua existindo, não obstante o disposto no art. 58, § 2º, da CLT, com a redação que lhe deu a Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista).

PALAVRAS-CHAVE: Jornada de trabalho. Horas extras *in itinere*. Trabalhador rural.

ABSTRACT: This paper seeks to discuss whether the worker’s right to overtime in itinere in rural areas continues to exist, despite the provisions of art. 58, § 2, of the CLT, as amended by Law 13.467/17 (Labor Reform).

KEYWORDS: Working hours. Overtime in itinere. Rural worker.

¹ Mestre em Direito Processual Civil. Desembargador aposentado do TRT da 15ª Região.

² ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 11. Ed., 2010, p. 122.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As primeiras leis trabalhistas no Brasil; 3. A Constituição Federal de 05.10.1988; 4. Súmula 90 do TST – Tribunal Superior do Trabalho e sua aplicação; 5. O trabalhador rural e suas especificidades; 6. A edição da lei 10.243 De 19.06.2001 – Horas “*in itinere*”; 7. Da aplicabilidade da convenção 155 da OIT; 8. Das cobrança parcial ou não pela condução fornecida pelo empregador; 9. Das horas *in itinere* pactuadas em acordos e convenções coletivas de trabalho; 10. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A despeito dos avanços havidos quanto aos direitos sociais destinados aos trabalhadores, com a promulgação da Constituição Federal de 05.10.1988 e com aprovação de leis ordinárias decorrentes desta Carta Política, chamada de Constituição cidadã pelo saudoso Deputado Ulisses Guimarães, nos últimos anos, os trabalhadores vem enfrentando difícil situação quanto a defesa de seus interesses, sobretudo, com a última reforma trabalhista da lei 13.467/2017, que retirou alguns direitos até então assegurados aos trabalhadores.

Essa lei da reforma trabalhista, trouxe uma série de mudanças no âmbito do direito do trabalho e do direito processual do trabalho, alterações, sem, contudo, ter havido um debate mais profundo.

Não resta dúvida que as relações entre o capital e o trabalho, sofreram alterações ao longo dos anos, com a evolução das novas tecnologias, haja vista a evolução da sociedade moderna, circunstâncias que vem exigindo novas adequações, porém, é preciso considerar que não pode haver retrocesso social, tampouco se esquecer dos fundamentos do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º da Constituição Federal, dos quais destacamos três deles: “a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Pois bem, não obstante as várias alterações havidas ao longo dos 80 anos da Consolidação das leis do trabalho, muitos artigos estavam a exigir adequação, porém, exigia uma comissão de juristas para um exame mais consentâneo com as relações entre capital e trabalho, fato que não ocorreu.

Neste trabalho, pretendemos fazer uma análise contextualizada dos preceitos inseridos na legislação de direito material, especialmente quanto ao trabalhador rural, notadamente com relação as horas “*in itinere*” havidas no campo, haja vista que deste tema não tratou a reforma trabalhista, pois toda a reforma trabalhista havida estava voltada ao trabalhador urbano.

Longe de querer esgotar o tema, pretendemos promover uma reflexão sobre o alcance do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente sobre o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, dentro da condução oferecida pelo empregador, cuja frente de trabalho esteja em locais de difícil acesso, haja vista a ausência de transporte público no meio rural.

2. AS PRIMEIRAS LEIS TRABALHISTAS NO BRASIL

Ao longo dos anos tivemos as primeiras leis ordinárias, constituições a exemplo da Constituição do México em 1917, a primeira do mundo a estabelecer regras constitucionais trabalhistas dispoendo sobre jornada de trabalho de oito horas, proibição do trabalho de menores de 12 anos, descanso semanal, proteção a maternidade, salário-mínimo, igualdade salarial, proteção contra acidentes do trabalho, direito de sindicalização, greve, conciliação e arbitragem dos conflitos, além de indenização de dispensa e seguros sociais.

Em 1919 foi aprovada a Constituição da Alemanha, a segunda do mundo, a de Weimar que repercutiu em toda a Europa, considerada a base das democracias sociais.

Naquela ocasião (1919), foi criada a OIT – Organização Internacional do Trabalho, pelo tratado de Versalhes, propondo a observar as leis trabalhistas, pois o grau de injustiça era muito grande.

Antes da edição da CLT, aprovada em 1º de maio de 1943, as relações de trabalho eram reguladas através de leis trabalhistas esparsas, editadas a partir de 1800 (lei de menores); 1891, a organização sindical rural; 1903 trabalhadores urbanos; 1925 férias; seguiu-se a criação de outras leis a exemplo da criação do Ministério do Trabalho, regramento quanto ao trabalho das mulheres; nova estrutura sindical em 1931 etc. Especialmente a Constituição de 1934 assegurou o salário-mínimo, jornada de trabalho de 8 horas, férias e liberdade sindical. Com o Código Civil de 1916 os artigos 1216 a 1236 disciplinou a locação de serviços, e os artigos 1237 a 1247 regulou a empreitada, os artigos 1410 e 1423 regulou a parceria rural.

Pois bem, a Consolidação das leis do Trabalho aprovada no Governo Getúlio Vargas, através do Decreto-lei 5.452 de 1º de maio de 1943, em seu artigo 7º prescreveu que: “Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

a)

b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais.

O legislador excluiu ainda, além dos trabalhadores rurais, outras categorias profissionais relacionadas as atividades privadas e entes públicos da administração direta e indireta (alíneas a, c, d, e, f).

Aos trabalhadores rurais, o legislador, mandou aplicar apenas os artigos que a eles expressamente se referiam, quais sejam: relativos ao salário-mínimo (art. 76), férias (art. 129, parágrafo único), aviso prévio (art. 487 a 491), bem como as normas genéricas sobre o contrato de trabalho constantes dos artigos 442 a 467.

A lei 605 editada em 05 de janeiro de 1949 veio acrescentar a esses trabalhadores o direito ao repouso semanal remunerado e a lei 4.090, de 13 de julho de 1962 o 13º salário, conhecido também como gratificação natalina.

Em 02 de março de 1963, sobreveio o Estatuto do trabalhador Rural, aprovado através da lei nº4.214, com vigência a partir de 18 de junho de 1963, aplicável a todos os trabalhadores rurais, empregados ou não, havia inclusive referência aos trabalhadores avulsos ou volantes (art.6º), afastando apenas as relações havidas do pequeno proprietário com o auxílio dos membros da respectiva família (art.180).

Com relação ao trabalhador do campo, este estatuto mandou aplicar regras da CLT peculiares ao trabalho no campo que não conservasse contradição ou restrição das normas previstas no estatuto do trabalhador rural.

Em 14 de agosto de 1969, foi aprovado o Decreto-lei 761 regulamentando o contrato de trabalho dos trabalhadores safristas, a exemplo dos cortadores de cana, apanhadores de laranja etc.

Em 08 de junho de 1973, foi aprovada a lei 5.889, que tratou exclusivamente dos empregados rurais, levando em consideração as especificidades dos empregados do campo, a exemplo do trabalho noturno para aqueles que trabalham nas atividades da lavoura (horário de trabalho das 21 h às 5 h) e nas atividades da pecuária com horário das 20 h às 4 h, além de outras atividades peculiares do campo, estendendo a eles vários artigos previstos na CLT, abrindo

exceção no artigo 17, apenas aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição do artigo 2º da referida lei.

O Decreto nº73.626 de 12.02.74, trouxe extensa regulamentação da lei 5.889, destacando-se o artigo 4º do referido diploma, onde expressamente apontou os artigos da CLT que deveriam ser aplicados aos trabalhadores rurais.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 05.10.1988

Com a promulgação da Constituição cidadã de 05 de outubro de 1988, salvo as especificidades peculiares da categoria dos trabalhadores do campo (lavoura e pecuária), o constituinte assegurou no 7º da carta magna a igualdade de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.³

Ao longo dos últimos 80 anos da CLT os direitos previstos nesta legislação de proteção social, vem sendo atualizada a fim de acompanhar a evolução dinâmica da própria sociedade moderna, sem se descuidar da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com relevo para as alterações mais sensíveis e algumas delas inconstitucionais, introduzidas através da lei 13.467 de 11 de outubro de 2017, chamada reforma trabalhista.

4. SÚMULA 90 DO TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E SUA APLICAÇÃO

Inicialmente a Súmula 90 do TST, conservava a seguinte redação: “JORNADA DE TRABALHO – TRANSPORTE. O tempo despendido pelo empregado em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho e no seu retorno, é computável na jornada de trabalho.”

Com essa antiga redação, bastava que o empregador fornecesse condução ao empregado para acesso e retorno do trabalho que estaria configurada a hipótese do computo dessas horas de trajeto na jornada diária do trabalhador e conseqüentemente a obrigatoriedade do respectivo pagamento. Não resta dúvida que essa orientação definida pelo TST, era injusta com aquelas empresas mais sensíveis que espontaneamente forneciam condução aos seus

³ Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

trabalhadores para acessar e retornar das frentes de trabalho, muito embora o local de trabalho fosse servido por transporte público regular.

Evidentemente que essa orientação do tribunal superior não explicitando os locais de difícil acesso, poderia levar os empresários a uma reação contrária, suprimindo esse benefício, prejudicando os trabalhadores, não obstante essas horas de trajeto fossem consideradas como tempo a disposição do patrão, segundo regra do artigo 4º da CLT.

5. O TRABALHADOR RURAL E SUAS ESPECIFICIDADES

Decorridos algum tempo, sobreveio nova redação na Súmula 90 do TST, desta feita, com redação mais consentânea com a realidade, introduzindo na redação que somente teria direito ao pagamento do tempo despendido no trajeto, quando a empresa estivesse instalada em local de difícil acesso e não houver transporte público regular.

Não resta dúvida que ao empresário cabe escolher o local onde instalar a sua empresa, levando em consideração vários fatores estratégicos, pois conforme disposição legais, é ele quem suportará os riscos da atividade econômica. É preciso considerar que dependendo do local onde a sua empresa fosse instalada, dificilmente ele conseguiria empregados suficientes para o seu funcionamento, principalmente se local fosse no meio rural em fazendas de cana de açúcar, plantações de pés de laranja etc., diga-se de passagem, de difícil acesso, daí ser do seu interesse oferecer transporte aos trabalhadores rurais, pois caso contrário, não teria mão de obra necessária suficiente para o desenvolvimento de sua atividade econômica, haja vista que como é sabido, não há transporte público no meio rural.

SÚMULA 90 – HORAS “IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas n.º 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais n.º 50 e 236 da SDI-I) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho. (ex- Súmula 90 – RA 80/78, DJ 10.11.1978).

II – A incompatibilidade entre os horários de início e término de jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera direito às horas in itinere (ex - OJ nº50 – inserida em 1.2.1995).

III – A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas in itinere (ex-Súmula 324 – RA 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV – Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas in itinere remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula 325 – RA17/1993, DJ 21.12.1993)

V – Considerando que as horas in itinere são computadas na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ n.236 – inserida em 20.6.2021).

O acórdão do C. TST, proferido nos autos do processo RR - 92-76.1976.5.55.5555, publicado em 17.06.1977 (fonte: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>), dá bem a dimensão do alcance do termo **tempo a disposição do empregador** previsto no artigo 4º da CLT:

“Trata-se, no caso, de condução da sede do estabelecimento para o local de difícil acesso, onde se exercita a atividade dos trabalhadores, a interesse do serviço, e sem essa providência de parte da empresa tornar-se-ia praticamente impossível o desempenhar das tarefas a cargo dos reclamantes. Justifica-se, portanto, que as horas correspondentes ao transporte sejam contadas como de trabalho. (gn).”

6. A EDIÇÃO DA LEI 10.243 DE 19.06.2001 – HORAS “IN ITINERE”

Pois bem, através da lei nº10.243 de 19.06.2001, as horas “in itinere” que até então decorria de mera interpretação jurisprudencial do TST, editada através da Súmula 90, passou a disposição legal contida no parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, cuja redação era a seguinte:

“O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computada na jornada de trabalho, salvo quando, tratando de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”

Com a plena consolidação das “horas de trajeto” no direito positivo nacional, através da jurisprudência, das normas coletivas e inserção na Consolidação das Leis do Trabalho e, diga-se de passagem, em larga escala nas reclamações trabalhistas, não demorou para que sobreviesse a chamada reforma trabalhista através da lei 13.467/17, aliás, muito mal redigida, revogando vários dispositivos da legislação trabalhista, inclusive apontando uma suposta revogação ao parágrafo 2º do artigo 58 da CLT.

Toda a interpretação doutrinária da Súmula 90 do TST, surgiu a partir a partir de uma interpretação do artigo 4º da CLT.

Com a aprovação da lei nº13.467 de 13 de julho de 2017, que entrou em vigor em 11.11.2017 (Reforma Trabalhista), o legislador deu nova redação ao parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, pretendendo excluir o tempo de trajeto (horas “*in itinere*”), para acesso e retorno aos locais de trabalho:

Diz o novo texto do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT:

O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou **por qualquer meio de transporte**, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo a disposição do empregador”.

Com efeito, a partir da edição da reforma trabalhista, ganha relevância a indagação se com tal redação teria sido revogado o direito as horas *in itinere*, sobretudo, no meio rural onde sabidamente as frentes de trabalho se localizam em fazendas distantes, diga-se de passagem, de difícil acesso, cujo trajeto pode demandar cerca de quatro horas diárias ou mais, entre acesso e retorno das frentes de trabalho, sendo normalmente o empregador quem fornece a condução no interesse próprio, mesmo porque, se não fornecesse, certamente não teria mão de obra disponível a sua disposição para laborar em locais distantes.

À primeira vista, numa ligeira interpretação não muito cuidadosa, a conclusão pode parecer que as horas *in itinere*, teriam sido revogadas pela lei 13.467/2017, pouco importando se o local é de difícil acesso ou não ou mesmo haja a ausência de transporte público no local.

Inicialmente é preciso também observar que ao escolher o local de instalação da sua empresa, o empregador leva em consideração, vários aspectos, envolvendo a sua atividade produtiva, como por exemplo, o recebimento de matéria-prima, o escoamento de sua produção e o risco da atividade econômica. É claro que ele

elege um local estratégico, segundo os seus interesses, sabendo de antemão que dependendo do local, terá que fornecer o transporte aos seus trabalhadores, haja vista que o local escolhido é de difícil acesso aos trabalhadores, posto que no meio rural.

Não obstante o legislador da reforma trabalhista tenha se preocupado em inserir a expressão, “**por qualquer meio de transporte**”, tal expressão não se confunde com “**qualquer lugar em que se encontrar estabelecido o empreendimento do empregador**”.

Examinando o artigo 4º, caput, da CLT, observamos que expressamente, assegura que “considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. Logo, é de se considerar esse tempo de trajeto havido em locais de difícil acesso, como tempo a disposição do empregador.

E assim é, porque, em razão das respectivas especificidades do meio rural, é aplicável ao trabalhador rural a Lei 5.889/73, regulamentada pelo Decreto nº 73.626, de 12 de fevereiro de 1974, que em seu artigo 4º manda aplicar alguns dos regramentos da CLT ao rurícola, porém, não manda aplicar a esses trabalhadores a regra do artigo 58, da CLT em face dessas especificidades, inclusive de horários de trabalho na lavoura e na pecuária, a exemplo do retireiro, horário noturno etc. Logo, nos parece que a suposta alteração do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, não alcança os trabalhadores rurais.

Aliás, o próprio Governo, autor da Reforma Trabalhista, através do órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, editou a Portaria nº 1.087, de 28 de setembro de 2017, que ao instituir uma Comissão de juristas notáveis para fazer a reforma trabalhista na área rural, em seu 3º considerando, expressamente que as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017, “por força de seu Art. 7º, deixou de fora de seu objeto as importantes categorias dos empregados rurais, dos empregados domésticos, dos servidores públicos e de autarquias paraestatais, - entre outros -, todos regidos por legislação própria”.

Vejam que muito embora tenha sido revogada, o Ministério do Trabalho, emitiu a Portaria n. 1087, de 28.09.2017, que, dentre inúmeras ponderações, considerou o seguinte:

CONSIDERANDO que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, editada pelo Decreto-lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, foi elaborada por Comissão de juristas instituída por ato do então Ministro do Trabalho;

CONSIDERANDO que o objetivo da referida Comissão, conforme a própria nomenclatura do texto normativo, foi o de consolidar toda a legislação trabalhista em vigor no Brasil;

CONSIDERANDO que não obstante a finalidade de se escrever um arcabouço jurídico capaz de tutelar as relações de emprego no país a CLT, por força de seu art. 7º, deixou de fora de seu objeto as importantes categorias dos empregados rurais, dos empregados domésticos, dos servidores públicos e de autarquias paraestatais – entre outras -, todos regidos por legislação própria.

CONSIDERANDO que, ademais, o Congresso Nacional há pouco aprovou legislação que moderniza as relações de trabalho no Brasil (Lei 13.467/2017), o que impõe a sistematização da nova lei com a atual legislação consolidada e esparsa, modo de se dar efetividade ao texto aprovado pelos congressistas e de se promover a segurança jurídica nas relações de trabalho resolve:

Art. 1º instituir Comissão de Juristas no âmbito do Ministério do Trabalho, com a finalidade de elaboração de proposta de texto legal que consolide toda a legislação material e processual trabalhista em vigor, dando-lhe unidade e coerência

Assim, restando comprovado nos autos se tratar de caso em que o local de trabalho é de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, continua devido o pagamento das horas “in itinere”, até porque, o deslocamento se deu para atender a exclusivo interesse e conveniência do empregador, com relevo para o fato que o art. 4º., da CLT, “considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”, sem contudo, considerar as especificidades do trabalho no campo.

A despeito da revogação do Decreto nº73.626/74, pelo Decreto nº10.854 de 10 de novembro de 2021, especialmente o artigo 86, entendo que essa revogação **não alterou a disposição do artigo 4º da CLT. Tampouco, o fez, a expressão, “por qualquer meio de transporte”,** contida no parágrafo 2º da CLT do referido artigo. Tal expressão não se confunde com **“qualquer lugar em que se encontrar estabelecido o empreendimento do empregador.** De sorte que, o tempo de trajeto à disposição do empregador é perfeitamente aplicável, in casu, nos termos do inciso I, da Súmula 90, do TST.

Com relação ao tema aqui tratado, importante raciocínio desenvolve Manoel Carlos de Toledo Filho, Desembargador da 15ª região quando diz: “Ora, no meio rural, o transporte fornecido pelo empregador nunca foi para este uma mera opção ou faculdade, como sugerem os pareceres acima (pareceres apresentados pelos congressistas, Deputados Rogério Marinho, Senador Ricardo Ferraço e Senador Romero Jucá). Ao revés, ele sempre foi uma evidente necessidade, que poderia ser sintetizada da seguinte forma: sem o transporte não há trabalhadores, e sem os trabalhadores, não há atividade empresarial. Em outras palavras: existe uma clara e irrefragável dissonância, naquilo que a este tema concerne, entre a realidade cotidiana do trabalhador urbano e a realidade cotidiana do trabalhador rural, o que já impediria, somente por isso, para este último, a incorporação ou a absorção imediata da nova redação atribuída ao § 2º do artigo 58 da CLT.⁴ De forma que o tempo para acesso e retorno às frentes de trabalho, cujo local é de difícil acesso, considera-se como tempo a disposição do empregador, integrando, portanto, na jornada de trabalho do empregado, sobejando horas extraordinárias excedentes da oitava hora de trabalho ou mesmo de sete horas e vinte minutos, se assim pactuadas as horas extras.

7. DA APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 155 DA OIT.

A concepção do local de trabalho encontra fundamento na Convenção 155 da OIT, aprovada pelo Decreto legislativo nº2, de 17 de março de 1992, que define em seu artigo 3, alínea “c” que a expressão “local de trabalho” abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que esteja sob o controle, direto ou indireto, do empregador. Destacando que, conforme decidido no julgamento da súmula vinculante 25 do STF, tratados internacionais sobre direitos humanos, quando incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, gozam de status supralegal, estando, portanto, acima de lei ordinária. Assim sendo, o artigo 3º, alínea c, da Convenção 155 da OIT, versa sobre um direito fundamental e, portanto, está acima da lei 13.467/2017.⁵

A jurista mineira Alice Monteiro de Barros, assinala que à luz do art. 4º, da CLT, tempo de serviço efetivo não é só o tempo em que o empregado se encontra trabalhando, mas também o período em que permanece à disposição

⁴ Comentários à Reforma Trabalhista, Editora Ltr, 2ª edição, pág. 53.

⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT e outros tratados, editora Ltr, pág. 273

do empregador aguardando ordens, excetuada disposição em contrário. Esse dispositivo se aplica ao empregado, inclusive rural, nos termos do art. 4º do Decreto n. 73.626, de fevereiro de 1974, que aprovou o regulamento (Curso de Direito do Trabalho, da Lei n. 5889, de 1973, disciplinadora do trabalho do rurícola 7ª edição, LTR, 2011, p.528).

Examinando o teor do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, observo que o legislador da reforma trabalhista não tratou especificamente do tempo a disposição do empregado no interesse do empregador a luz do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, haja vista que o risco da atividade econômica é do empregador.

É oportuno destacar que de acordo com o par. 2º do artigo 4º da CLT, o tempo de trajeto não está incluído nas hipóteses objetivamente descritas como aquelas não consideradas de tempo à disposição, a saber, atividades particulares, como práticas religiosas, descanso, lazer, estudo, alimentação, atividades de relacionamento social, higiene pessoal, troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Data vênua dos que pensam em contrário, o tempo a disposição do empregador pelo empregado quando transportado em condução fornecida pelo empregador até a frente de trabalho em local de difícil acesso, subsiste, não obstante as disposições de revogação do par. 2º do artigo 58 da CLT, haja vista que o trabalhador rural em face as especificidades do trabalho, tem regras próprias de aplicação constante da lei 5.889/73.

Acerca do tema em questão, o Ministro MAURICIO GODINHO DELGADO, do Tribunal Superior do Trabalho em obra conjunta com Gabriela Novaes Delgado, sobre a reforma trabalhista, assinala: “Mas não se deve ampliar, por interpretação, os efeitos deletérios do novo texto do art. 58 da CLT, especialmente em seu novo § 2º. Não se deve pois, mediante interpretação gramatical e literalista, considerar modificado, pelo recente texto normativo, o conceito de duração do trabalho no Direito brasileiro.

Ou seja, a eliminação das horas in itinere do ordenamento jurídico não afeta, entretanto, o conceito de tempo a disposição no ambiente de trabalho do empregador e, por consequência, de duração do trabalho. Embora a má redação do novo texto do § 2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento

empresarial, tal interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo – não podendo, deste modo prevalecer.”⁶

Nessa mesma perspectiva, em acórdão relatado pela Ministra KATIA MAGALHÃES ARRUDA, o Tribunal Superior do Trabalho, reconheceu que “o direito as horas in itinere está protegido pela garantia de vedação do retrocesso social, uma vez que a remuneração pelo tempo a disposição do empregador faz parte do mínimo existencial do trabalhador. Na fundamentação do voto condutor da decisão colegiada, ficou assentado que o art. 7º, caput da Constituição Federal de 05.10.1988 prevê o direito fundamental à melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais⁷

Com fundamento no artigo 4º da CLT, também decidiu o TRT15, nos autos do processo IRDR – 000839- o 09.2021.5.15.0000 da relatoria do Desembargador: Orlando Amâncio Taveira, decidiu acerca do direito às horas in itinere ao trabalhador rural:

HORAS IN ITINERE. TRABALHADOR RURAL. TEMPO A DISPOSIÇÃO. Subsiste o direito às horas “in itinere ao trabalhador rural, com lastro no art. 4º da CLT e conforme preceitos estabelecidos na Súmula 90 do C. TST, afigurando-se inaplicável o parágrafo 2º do art. 58 da CLT, com redação da pela Lei 13.467/2017, como fundamento para supressão do tempo à disposição, uma vez que prevalece em nosso ordenamento jurídico o direito à integração das horas de deslocamento à jornada de trabalho quando o transporte ocorrer no interesse do empregador, como único meio para alcançar o local da prestação de serviços.” PROC. IRDR 000839-09.2021.5.15.0000. Rel. Orlando Amâncio Taveira.

Interessante destacar que por ocasião da 2ª jornada de Direito Material e Processual da Anamatra, foi editado o Enunciado 16, nos seguintes termos:

“HORAS DE TRAJETO: HIPÓTESES DE CÔMPUTO NA JORNADA APÓS A LEI 13.467/2017. 1. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo a disposição, não elimina a condição cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador, mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela Súmula 90 do TST, caso em que fará jus o trabalhador a contagem, como de tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público

⁶ DELGADO, Maurício Godinho.; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à lei 13.467/2017. São Paulo Ltr.

⁷ TST – AIRR 000017=84-47.2014.5.24.0106, REL. Min. Katia Magalhães Arruda.

por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno para o trabalho, inteligência do art. 3º, C, da Convenção 155 da OIT. Inaplicabilidade do § 2º do art. 58 da Lei n. 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural.”

8. DAS COBRANÇA PARCIAL OU NÃO PELA CONDUÇÃO FORNECIDA PELO EMPREGADOR

Normalmente, quando o empregador fornece condução aos seus empregados e cobra por esses serviços, havendo outra opção para acesso ao trabalho, não há como exigir o pagamento relativo ao tempo de trajeto. No entanto, quando essa condução é fornecida em face da ausência de outra forma de trajeto, configurando dificuldade de acesso no meio, tem aplicação a **Súmula 320 do TST, que assinala: “o fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas in itinere”.**

9. DAS HORAS IN ITINERE PACTUADAS EM ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

A prefixação de horas “in itinere” pactuadas através de negociação coletiva encontra o seu permissivo legal no inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal que garante o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Dentro dessa perspectiva constitucional assegurada no inciso XXVI do artigo 7º da Constituição cidadã, vem o artigo 611-A, assegurar o seguinte: “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, têm prevalência sobre a lei, quando, entre outros, dispuserem sobre: vários itens, dentre os quais, os itens I ao XV do referido artigo e respectivos parágrafos, estando incluso a jornada de trabalho e o tempo a disposição.

Evidentemente que não havendo pactuação visando a supressão ou a redução de direitos assegurados por lei, é perfeitamente legal a pactuação entre os sindicatos ou mesmo entre o empregador e o sindicato dos trabalhadores.

Não se pode perder de vista que a negociação coletiva leva em conta a teoria do conglobamento, podendo evidentemente haver a compensação, mormente em se tratando de horas “in itinere” relativas ao trabalho rural, pois sabidamente no meio rural existem fazendas que estão mais distantes, enquanto que outras situam mais próximas ao ponto de embarque, daí a fixação através de norma coletiva estipulando um tempo médio, pois como é sabido pelos operadores do direito do trabalho, durante as safras, o trabalhador teria ativado em várias fazendas. Durante mais de 16 anos exercendo a jurisdição em regiões essencialmente agrícolas, tivemos a oportunidade de constatar essa situação peculiar. É claro que havia dificuldades na colheita da prova, pois o trabalhador rural teria trabalhado na safra da cana de açúcar ou da laranja em várias fazendas, e isso muitas vezes, num prazo de apenas seis meses. Bem por isso, indagávamos qual era a distância média e o tempo médio de trajeto. Também havia a possibilidade de fixação do tempo por acordo entre as partes.

Evidentemente, que a colheita naqueles lugares mais distantes não dura todo o período do pacto laboral, passando então o trabalhador a ativar naquelas mais próximas, valendo considerar que na maioria das vezes, o trabalhador ativa uma semana em cada propriedade com distâncias muito variáveis. Daí a negociação coletiva acertadamente fixar a duração do tempo médio de trajeto para acesso e retorno. Sempre estimulamos a negociação coletiva entre os trabalhadores e empregadores.

Com efeito, dada a importância das relações entre capital e trabalho, sempre mediadas através da intervenção sindical, o Legislador Constituinte houve por bem inserir na Constituição Federal o reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos celebrados (inciso XXVI, artigo 7º), autorizando a flexibilização, inclusive, no tocante a jornada de trabalho, bem como alteração nos turnos de revezamento etc.

No aspecto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 02.06.2022, julgou o Tema 1046 da lista de repercussão geral (validade da norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente – leading case ARE 1121633), tendo fixada a seguinte tese:

“São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamento de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação

específica de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”.

Cumpra-se assinalar por ser absolutamente relevante que as teses jurídicas firmadas pelo STF sob a sistemática dos recursos com repercussão geral são dotadas de efeito vinculante, portanto, de observância obrigatória.

Assim, não cuidando de direitos indisponíveis, como aponta o artigo 611-B da CLT, pode haver a negociação coletiva flexibilizando o que consta de lei, inclusive quanto a jornada de trabalho, horas “in itinere”, haja vista o permissivo constitucional, e o regramento contido no artigo 611-A da CLT, sendo então, possível a estipulação em norma coletiva.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição Federal de 05.10.1988 que tem como fundamentos do Estado Democrático de Direito, “a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, previstos em seu artigo 1º, bem como as legislações ordinárias decorrentes desta Carta Magna, avançamos bastante na conquista dos direitos sociais, porém, nos últimos anos, os trabalhadores vem enfrentando dificuldades quanto as melhorias das condições sociais, sobretudo com a Reforma Trabalhista, que representou verdadeiro retrocesso social, haja vista a retiradas de alguns direitos até então assegurados.

Ao promover as alterações na legislação trabalhista através da lei 13.467/2017, visando alteração quanto as horas de trajeto (horas in itinere), o legislador agrediu sem dúvida, **o princípio do não retrocesso social**, segundo o qual o nosso sistema jurídico-constitucional é orientado a produzir progressivamente melhorias nas condições sociais dos trabalhadores, conforme ditames o caput do artigo 7º da Constituição Federal que assegurou: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Pelo menos, era para se garantir um patamar civilizatório mínimo.

A propalada receita da recuperação da economia brasileira veio sob o signo da precarização das relações de trabalho e conseqüentemente do achatamento da renda do trabalhador brasileiro. Na verdade, o que o governo pretendeu com a Reforma Trabalhista, foi a diminuição do custo social das empresas a fim de que a economia voltasse a crescer. Ora, se o governo

pretendia a diminuição do custo social das empresas, bastaria reduzir o elevado encargo de tributação sobre a folha de pagamento e não eliminar vantagens sociais conquistadas pelos trabalhadores há anos, a exemplo do pagamento das horas de trajeto em locais de difícil acesso, não servido por transporte público regular para acesso as frentes de trabalho em condução fornecida pelo empregador.

Contra essa propalada recuperação da economia, sob o signo da precarização das relações de trabalho, recentemente OIT: Organização Internacional do trabalho, lançou o estudo “Emprego mundial e perspectivas sociais 2015: a natureza cambiante do trabalho”. Neste relatório produzido pela agência especializada das Organizações das Nações Unidas para o Mundo do trabalho, foram analisados dados de sessenta e três países desenvolvidos e em desenvolvimento, dos últimos vinte anos.⁸

Pois bem, o estudo concluiu que a diminuição na proteção dos trabalhadores não estimula a criação de empregos e não é capaz de reduzir a taxa de desemprego.

De sorte que quanto as horas “in itinere”, não obstante a aprovação pelo Parlamento e a Sanção pelo Presidente da República, houve no aspecto, verdadeiro retrocesso social quanto as horas “in itinere”, porém, esta suposta alteração não alcançou os trabalhadores rurais em face de suas especificidades havidas nas atividades no meio rural.

E isso porque, sabidamente há dificuldade de acesso as várias frentes de trabalho no meio rural, haja vista a ausência de transporte público regular, com relevo para o fato que esses trabalhadores são conduzidos as frentes de trabalho em condução fornecida pelo empregador, a fim de atender aos seus interesses econômicos, pois caso contrário, certamente, não teria trabalhadores disponíveis para a produção de seus serviços.

Neste aspecto, não podemos olvidar o que dispõe o artigo 4º da CLT: “considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, **aguardando ou executando ordens**, salvo disposição especial expressamente consignada”.

No parágrafo 2º do artigo 4º da CLT, o legislador excepcionou apenas os casos em que o empregado esteja na empresa em decorrência de fato alheio ao interesse do empregador, apontando as hipóteses em que a permanência do empregado na empresa, se dá por interesse próprio do trabalhador, a exemplo

⁸ FLEURY, Ronaldo Curado, in Dimensões Críticas da Reforma Trabalhista.

de práticas religiosas, descanso, lazer, estudo, alimentação, atividades de relacionamento social, higiene pessoal e troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Portanto, trabalhando nas hipóteses apontadas no caput do artigo 4º, excepcionadas as condições apontadas no parágrafo segundo do citado artigo, as horas “in itinere” continuam integrando a jornada de trabalho, atraindo o pagamento de horas extras caso seja extrapolado o limite legal diário ou semanal.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense, 11. Ed., 2010, p. 122;

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias>;

BUENO, Edilson Moreira. A possibilidade de reconhecimento do tempo de deslocamento do trabalhador rural como jornada de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região, nº61, ano 2022;

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Borges. Comentários à Reforma Trabalhista, Editora Método 2017;

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil. Com os comentários da lei 13.467/2017;

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro Oliveira; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista, dogmática, visão crítica e interpretação constitucional, Editora Ltr, 2ª edição, 2018;

GALDINO, Dirceu; LOPES, Aparecido /domingos Errerriais. Manual do / direito do Trabalho Rural. 1993. Editora Ltr, 2ª edição, pág.191/194;

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. Editora Forense, 1.978;

KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. Dimensões Críticas da Reforma Trabalhista no Brasil. Editora Curt Nimuendajú. Campinas , 2018;

MARTINEZ, Luciano. Reforma Trabalhista. Editora Saraiva, 2ª edição, 2018;

MARTINEZ Luciano. Curso de Direito do Trabalho. Editora Saraiva, 2ª edição, 2011;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. Editora Saraiva, 1.984;

OLIVEIRA, Francisco Antonio, Comentários aos Enunciados do TST. 1.991, Editora /revista dos Tribunais;

JANON, Renato da Fonseca. GARCIA; Cyntia Gallera. O Direito às Horas in itinere após a reforma trabalhista. Migalhas, 10.12./2018;

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. Reforma Trabalhista, entenda ponto por po0nto, editora Ltr, 2017;

OSIRIS, Rocha. Manual Prático do Trabalho Rural, Editora Saraiva, 5ª edição, 1990;

SILVA, Homero Batista Matheus. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;

RUSSOMANO, Mozar Vitor. O empregado e o Empregador. Editora Ltr. 1976;

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho, Editora, Ltr, 11ª edição, 1.991;

SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT e outros tratados. Editora Ltr, junho 2007.

Submissão: 30. setembro.2023

Aprovação: 03. outubro.2023

REFORMA TRIBUTÁRIA DA FOLHA DE SALÁRIOS: DESAFIOS PARA A REESTRUTURAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA

*Payroll tax reform: Challenges to reframe
Brazilian Social Security taxation*

Mariana Monte Alegre de Paiva¹

Nayanni Vieira Jorge²

ÁREA: Direito tributário. Direito previdenciário.

RESUMO: A reforma do sistema tributário brasileiro é medida imprescindível para que sejam alcançados objetivos referentes à simplificação, transparência, neutralidade e isonomia. Não obstante, além de uma reestruturação da tributação sobre o consumo e sobre a renda, é preciso refletir sobre mudanças prementes nas premissas que revestem a tributação sobre a folha de salários, especialmente em razão da necessidade de conciliação dos níveis arrecadatórios com o financiamento dos benefícios da Seguridade Social. Nesse cenário, o presente artigo pretende examinar a suficiência da desoneração da folha de pagamentos enquanto medida voltada a reformar a tributação previdenciária brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma tributária. Seguridade Social. Desoneração da folha de pagamentos. Economia digital.

ABSTRACT: Brazilian tax reform is a necessary tool to achieve simplification, transparency, neutrality, and equality. However, in addition to restructuring taxation on consumption and income, it is worth considering

¹ Mestre em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Sócia de Pinheiro Neto Advogados. E-mail: mpaiva@pn.com.br.

² Mestranda em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogada associada de Pinheiro Neto Advogados. E-mail: njorge@pn.com.br

pressing changes of the assumptions underlying payroll taxation, especially due to the need to reconcile tax collection levels with the financing of Social Security benefits. In this scenario, this article intends to examine the sufficiency of payroll tax relief as a tool to reform Brazilian social security taxation.

KEYWORDS: Tax reform. Social security. Payroll tax reduction. Digital economy.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os reflexos previdenciários da PEC 45 e a desoneração da folha de pagamentos; 3. Desoneração da folha de pagamentos: Solução definitiva ou paliativa?; 4. Conclusões; 5. Referências.

INTRODUÇÃO

Além de refletir a retomada democrática, o sistema tributário brasileiro foi concebido no âmbito da Constituição Federal de 1988 como um instrumento de transformação e de redução das desigualdades, voltado a contribuir para a erradicação da pobreza e redução da marginalização³. À luz das noções que envolvem o Welfare State, o atual modelo tributário brasileiro nasceu enraizado na função social do tributo enquanto uma “*arma de reforma social*”⁴. No Brasil, além da Constituição Federal de 1988, também as Leis n.ºs. 8.212/1991 e 8.213/1991 são expoentes da política tributária como instrumento de proteção social, custeada por toda a sociedade.

Após a promulgação da Constituição Cidadã, o otimismo que envolvia o sistema tributário deu lugar a discussões para aprimorá-lo, tendo em vista a tensão permanente entre a necessidade de arrecadação de um lado, e o financiamento de direitos e políticas públicas de outro.

É nesse contexto que se dá a constatação de que temos uma matriz tributária extremamente complexa, cuja legislação possui níveis de fragmentação e especificação que tornam o sistema tributário brasileiro inatingível ou mesmo incompreensível para o cidadão comum. Esse cenário torna-se ainda mais evidente quando examinados os contornos regressivos da tributação atual, tendo

³ GODOI, Marciano. S. de. “Tributação e orçamento nos 25 anos da Constituição de 1988.” Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 200, p. 137-151, 2013.

⁴ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

em vista que, de maneira geral, seria possível afirmar que a carga tributária onera de maneira igual todos os cidadãos, sem considerar a capacidade econômica individual de cada contribuinte.

O consenso da necessidade de aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro levou, ao longo dos anos, a diversas tentativas de reforma, culminando, mais recentemente, na Proposta de Emenda à Constituição n.º. 45 (“PEC 45”), a qual pretende, finalmente, instituir uma reforma tributária brasileira estruturalmente relevante. As premissas que envolvem essa reforma remontam à simplificação, transparência, neutralidade e isonomia, a partir de uma reestruturação que envolve, de maneira imediata, alterações na tributação sobre o consumo, com expectativas de que também seja revista a tributação sobre a renda⁵.

Ainda que a reforma tributária seja uma medida louvável, a reestruturação apenas dos tributos que envolvem o consumo e a renda pode não ser suficiente para que seja integralmente alcançado o objetivo de redução de desigualdades, ao mesmo tempo em que são mantidos os níveis de arrecadação necessários para o financiamento das atividades do Estado.

A título ilustrativo, mencione-se que, em 2022, a tributação sobre a folha de salários foi responsável por 28,89% da arrecadação total da Receita Federal do Brasil⁶. Por essa razão, a correção de distorções no sistema tributário brasileiro deve considerar também a urgência de que sejam promovidas alterações significativas na sistemática da tributação previdenciária.

OS REFLEXOS PREVIDENCIÁRIOS DA PEC 45 E A DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS

Conquanto não pretenda alterar diretamente a tributação sobre a folha, a PEC 45 tangencia modificações no financiamento do sistema da Seguridade Social, substituindo o PIS e a COFINS, contribuições sociais integralmente destinadas a custear o sistema previdenciário brasileiro, pela Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS). De acordo com o Parecer elaborado pela Comissão Especial

⁵ Portal da Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da PEC 45. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em 26.09.2023.

⁶ Receita Federal do Brasil. Análise da arrecadação das receitas federais. Dezembro/2022. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/arrecadacao-federal/2022/analise-mensal-dez-2022.pdf>. Acesso em 26.09.2023.

destinada a examinar a PEC 45⁷, a vinculação expressa de receitas destinadas à Seguridade Social deve ser mantida para garantir idêntica proteção ao sistema previdenciário atualmente vigente.

Para além desse aspecto, a PEC 45 anuncia a eminência da reforma da tributação sobre a renda, assinalando que o acréscimo de arrecadação a ser auferido das alterações no Imposto de Renda deverá ser utilizado para compensar a redução de receitas públicas decorrentes de modificações na tributação incidente sobre a folha de pagamentos. Essa não é uma alternativa inédita no mundo, tendo em vista que alguns países já estabeleceram cortes de tributos utilizados para financiar a Seguridade Social, compensando a queda da arrecadação com aumento das alíquotas do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA)⁸.

Do contexto da eminente reforma tributária brasileira, decorrem as conclusões de que (i) a intenção é também realizar uma reforma da tributação sobre a folha de pagamentos; (ii) essa reforma da folha deve ocorrer apenas após implementada a reforma da tributação sobre a renda; e (iii) futuras alterações na sistemática da tributação da folha de salários pressupõem a ocorrência de queda da arrecadação, seja porque deverão minimizar a oneração das empresas com custos previdenciários, seja porque a redução da arrecadação da previdência parece ser uma tendência originada da expansão dos novos modelos de trabalho.

É latente, portanto, a preocupação do Estado de, a um só tempo, reestruturar a tributação da folha de salários para garantir um fôlego às empresas oneradas com alta carga tributária e, ao mesmo tempo, assegurar o financiamento da Seguridade Social, nos termos preconizados pelo artigo 195, inciso I, da Constituição Federal⁹. Atualmente, a alternativa que vem sendo utilizada pelo Governo

⁷ Portal da Câmara dos Deputados. Parecer da PEC 45. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em 26.09.2023.

⁸ GENTIL, Denise Lobato. Reforma tributária, desoneração da folha e o arranjo fiscal atual. *Boletim Tributação & Cidadania*, n. 4, Fundação Anfip, 2011.

⁹ Art. 195. A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro;

Federal para que esses objetivos sejam alcançados envolve essencialmente a desoneração da folha de pagamentos.

A desoneração da folha é um instrumento tributário criado pela Lei nº. 12.546/2011, que oportunizou às empresas de setores específicos o recolhimento da contribuição previdenciária com alíquotas iniciais de 1% a 2%, incidentes sobre a receita bruta, em detrimento à exigência de recolhimento da contribuição previdenciária patronal de 20% sobre a folha de salários.

À época em que instituída, o Governo Federal fundamentou a desoneração da folha de pagamentos considerando a necessidade de reduzir custos com a folha de salários, o que oportunizaria a competitividade da indústria nacional, estimularia a formalização do mercado de trabalho e impulsionaria o crescimento econômico, promovendo um novo cenário de equilíbrio fiscal no país. Isso porque, até então, o status social e econômico refletia cautela e preocupação com o aumento da informalidade no mercado de trabalho, situação naturalmente acompanhada de um decréscimo dos cofres públicos¹⁰.

Considerando que a tributação destinada ao financiamento da Seguridade Social traz contornos sensíveis que podem repercutir para gerações futuras, a desoneração da folha de pagamentos enquanto instrumento tributário sofreu sucessivas alterações ao longo dos anos. Em um primeiro momento, o Governo Federal preocupou-se em alargar a base de financiamento da Seguridade Social, ampliando o acesso à desoneração da folha de salários para que outros setores da economia, inicialmente não contemplados na Lei nº. 12.546/2011, pudessem usufruir do benefício, o que foi estabelecido a partir da edição das Medidas Provisórias nºs. 540/2011, 582/2012 e 601/2012¹¹.

Posteriormente, contudo, houve um movimento de retração, limitando-se a fruição da política da desoneração da folha, a fim de corrigir ou remediar distorções no financiamento da Seguridade Social. Houve, assim, um aumento das alíquotas incidentes sobre a receita bruta e a estipulação de um prazo final para que as empresas pudessem recolher a contribuição previdenciária sob o regime da desoneração. Atualmente, a desoneração da folha de pagamentos surtirá efeitos até dezembro de 2023. Paralelamente, porém, pendem de apreciação

¹⁰ ANSILIERO, Graziela et al. A desoneração da folha de pagamentos e sua relação com a formalidade no mercado de trabalho. 2008.

¹¹ FREITAS, Carlos Eduardo de. Impactos da desoneração da folha de pagamentos sobre o emprego formal e a competitividade industrial: uma aproximação pelo método de difference in differences com propensity score matching. Cadernos Enap, 108 Coleção Cátedras, 2019.

projetos de lei no Congresso Nacional que pretendem prorrogar o prazo para o recolhimento da contribuição sobre a receita bruta pelo menos até 2027¹².

É possível notar que a desoneração da folha de pagamentos reflete um debate de política fiscal: preocupado com os níveis de arrecadação necessários ao financiamento da Seguridade Social, o Governo Federal defende a inconstitucionalidade da desoneração da folha de pagamentos, sob o fundamento de que identificaria a criação de um novo tributo. Ao mesmo tempo, setores favorecidos pela desoneração pugnam pela sua manutenção, considerando que a prorrogação da contribuição substitutiva já em vigor não significa a criação de um novo tributo, mas sim um alívio fiscal.

Nesse cenário, ressalte-se a necessidade de que sejam estabelecidas reflexões quanto à utilização da desoneração da folha de salários, nos termos do modelo atual, enquanto solução ideal, definitiva e insuperável para a redução da carga previdenciária no Brasil.

DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS: SOLUÇÃO DEFINITIVA OU PALIATIVA?

Como visto, também no âmbito da reforma tributária, a desoneração da folha de pagamentos é assimilada como um artifício para a reestruturação da Seguridade Social e para remediar o déficit da previdência pública, sendo associada como uma saída para a superação da informalidade do emprego e para potencializar o desenvolvimento econômico do país. Isso nos leva, porém, à seguinte indagação: seria a desoneração da folha de pagamentos a solução definitiva para a reforma da tributação previdenciária, ou seria apenas uma medida paliativa, voltada a conter, temporariamente, os efeitos da sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro?

Ainda que seja admirável a concepção da desoneração da folha de pagamentos enquanto um mecanismo tributário para aumentar a competitividade industrial e estimular a geração de novos empregos, há diversos estudos que apontam que a substituição da tributação sobre a folha de salários pela contribuição sobre a receita bruta, diferentemente do que se esperava, não tem resultado em impactos benéficos diretos sobre os níveis salariais dos empregados,

¹² Vide em especial o Projeto de Lei nº 334/2023.

a geração de empregos formais ou a potencialização da competitividade da industrial nacional¹³.

Isso porque, para que a desoneração efetivamente surta os objetivos imaginados em sua concepção, a empresa que passa a recolher a contribuição sobre a receita bruta necessariamente deve realocar os valores economizados na promoção da inovação e da produtividade, na redução do preço dos serviços ou produtos, ou ainda utilizar a diferença de custos na contratação de novos empregados, situação que repercute em novas despesas fixas com encargos trabalhistas.

Nesse ponto, é importante mencionar que, além dos gastos regulares com a contribuição previdenciária, o qual, como vimos, traduz cerca de 30% da arrecadação nacional, não é possível desconsiderar os gastos fixos das empresas com encargos trabalhistas. É exatamente por isso que as empresas usualmente se socorrem da contratação de pessoas jurídicas como alternativa tributária para reduzir os custos envolvidos na contratação de empregados celetistas.

Daí a crescente do fenômeno da terceirização, já ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, que em diversas ocasiões validou a possibilidade de interposição de pessoas jurídicas para admissão ou permanência no emprego, declarando como constitucionais formas alternativas de trabalho que não envolvem a clássica relação de emprego prevista na CLT¹⁴. A contratação de pessoas jurídicas, por óbvio, produz efeitos nos cofres públicos, já que a alíquota do INSS para pessoas jurídicas é de 11%, em contraposição à alíquota de 20% para pessoas físicas.

Disso decorre que, para fins de financiamento da Seguridade Social, a mera substituição da incidência da contribuição previdenciária sobre a folha em detrimento à receita bruta não desobriga as empresas de incorrerem em diversos gastos fixos com a contratação e a manutenção de empregados, considerando-se a observância de um regime celetista. Essa é a ironia da onerosidade do mercado de trabalho formal: embora se volte a garantir direitos trabalhistas e previdenciários, os encargos daí decorrentes podem inviabilizar ou mesmo impedir a geração de novos empregos.

É possível afirmar, portanto, que a Seguridade Social brasileira está diretamente vinculada à manutenção das relações de emprego. Por essa razão, há

¹³ FREITAS, Carlos Eduardo de. Impactos da desoneração da folha de pagamentos sobre o emprego formal e a competitividade industrial: uma aproximação pelo método de difference in differences com propensity score matching. Cadernos Enap, 108 Coleção Cátedras 2019.

¹⁴ A validade da terceirização foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252 (Tema nº 725 de Repercussão Geral), quando o Plenário da Corte Suprema declarou que é lícita a contratação (terceirização) de qualquer atividade.

de se considerar ainda que o financiamento da previdência brasileira encontra obstáculos na automatização da mão de obra, no avanço da inteligência artificial e na flexibilização das formas de trabalho. São os desafios da chamada tributação 4.0¹⁵, tendo em vista que o desenvolvimento da tecnologia produz consequências imediatas na manifestação de riqueza e nas relações sociais e econômicas, aqui incluídas as relações de emprego.¹⁶

A desoneração da folha de pagamentos, portanto, não parece ser a única nem mesmo a melhor saída para a reestruturação da tributação sobre a folha de salários. As alterações decorrentes do avanço da economia digital traduzem a necessidade de diversificação, alteração e interação das fontes de custeio da Seguridade Social.

Embora a diversificação tenha sido endereçada de forma tímida pela PEC 45 ao indicar a vinculação de receitas da CBS ao financiamento da Previdência Social, é nítida a preocupação do constituinte em apenas garantir os níveis de arrecadação atualmente existentes. Essa indicação, portanto, não se propõe a dirimir as fragilidades da Previdência Social decorrentes do surgimento de novas tecnologias disruptivas e da crescente autonomia de funcionários ou prestadores de serviço.

CONCLUSÕES

O sistema tributário brasileiro foi inicialmente concebido sob a perspectiva de financiamento e manutenção de direitos e de políticas públicas. Nesse contexto, exsurge a necessidade de que sejam compatibilizados os interesses inerentes à arrecadação tributária necessária para manutenção do custeio de benefícios sociais.

A reforma tributária promovida pela PEC 45, ao pretender reestruturar a tributação sobre o consumo e também sobre a renda, anuncia a perspectiva que seja igualmente reformada a tributação sobre a folha, declarando a existência de uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social, qual seja, a CBS. Além disso, a PEC 45 expressamente considera que eventual aumento de arrecadação decorrente das alterações no Imposto de Renda deverá ser utilizado como me-

¹⁵ CORREIA NETO, C. de B.; AFONSO, J. R. R.; FUCK, L. F. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, v. 15, n. 1, p. 145-167, jan.-abr./2019.

¹⁶ MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira; RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier; LÁUA, Carolina Alves Corrêa. A tributação 4.0 e a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro. *Revista Videre*, v. 14, n. 31, p. 198-215, 2022.

dida para compensar a redução de receitas públicas decorrentes de modificações na tributação incidente sobre a folha de pagamentos.

Com efeito, como mecanismo para redesenhar a tributação previdenciária, o Governo Federal instituiu a desoneração da folha de pagamentos desde 2011, que consiste na incidência da contribuição sobre a receita bruta, em detrimento à contribuição sobre a folha de salários.

Ocorre que a desoneração da folha de pagamentos não traduz a nosso ver a solução ideal e definitiva para a reestruturação da tributação sobre o sistema previdenciário brasileiro. Isso porque a arrecadação de tributos voltados a custear a Seguridade Social está diretamente vinculada à geração e manutenção de empregos formais.

Esse cenário torna-se ainda mais desafiador quando se constata que o enorme avanço da economia digital implica diversas alterações na comercialização de bens e produtos, na prestação de serviços, nas relações sociais e, por consequência, nas relações trabalhistas.

O surgimento de novas tecnologias disruptivas enseja a autonomia dos funcionários e prestadores de serviço, que podem fornecer serviços como um parceiro cadastrado ou mesmo como uma pessoa jurídica, sem vincular responsabilidades ou obrigações trabalhistas por parte da empresa.

Assim, uma reforma da folha de salários que pretenda estimular o mercado de trabalho formal e o desenvolvimento econômico das empresas indispensavelmente pressupõe a revisão dos encargos vigentes e das fontes de custeio da Seguridade Social.

REFERÊNCIAS

ANSILIERO, Graziela et al. A desoneração da folha de pagamentos e sua relação com a formalidade no mercado de trabalho. 2008.

BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CORREIA NETO, C. de B.; AFONSO, J. R. R.; FUCK, L. F. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 15, n. 1, p. 145-167, jan.-abr./2019.

FREITAS, Carlos Eduardo de. Impactos da desoneração da folha de pagamentos sobre o emprego formal e a competitividade industrial: uma aproximação pelo método de difference in differences com propensity score matching. Cadernos Enap, 108 Coleção Cátedras, 2019.

GENTIL, Denise Lobato. Reforma tributária, desoneração da folha e o arranjo fiscal atual. Boletim Tributação & Cidadania, n. 4, Fundação Anfip, 2011.

GODOI, Marciano. S. de. Tributação e orçamento nos 25 anos da Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 200, p. 137-151, 2013.

MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira; RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier; LÁUA, Carolina Alves Corrêa. A tributação 4.0 e a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro. Revista Videre, v. 14, n. 31, p. 198-215, 2022.

PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Exposição de motivos da PEC 45. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em 26.09.2023.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Análise da arrecadação das receitas federais. Dezembro/2022. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/arrecadacao-federal/2022/analise-mensal-dez-2022.pdf>. Acesso em 26.09.2023.

Submissão: 27.setembro.2023

Aprovação: 04.outubro.2023

OS NOVOS MODOS DE TRABALHAR E O INJUSTO ESTIGMA DA LEI TRABALHISTA

The new ways of working and the unfair stigma of labor law

José Affonso Dallegrave Neto¹

ÁREA: Direito do Trabalho

RESUMO: O presente trabalho se propõe a discutir a situação atual do Direito do Trabalho brasileiro e sua rejeição por parte do capitalismo e das ideias neoliberais, que aviltam direitos básicos do trabalhador, com a aquiescência do Poder Judiciário, inclusive do Supremo Tribunal Federal - STF.

PALAVRAS-CHAVE: Novas relações de trabalho. Uberização. Precarização.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the current situation of Brazilian Labor Law and its rejection by capitalism and neoliberal ideas, which undermine basic workers' rights, with the acquiescence of the Judiciary, including the Federal Supreme Court (STF).

KEYWORDS: New labor relations. Uberization. Precarization.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do modelo Fordista ao Toyotista; 1.1. O Volvismo e As diferenças entre os modos de produção; 2. O Modelo Uberista; 2.1. A Gig Economy e o impacto nas relações de trabalho; 3. A quem interessa a

¹ Advogado; Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR; Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (FDUNL); Especialista em Ciências Humanas: História, Sociologia e Filosofia pela PUC-RS; membro da ABDT – Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho.

flexibilização da Lei Trabalhista?; 3.1. O Modelo McJob dos restaurantes Fast Food; 4. O Bezosismo da Amazon como novo paradigma de trabalho; 5. Era uma vez um Patinho Feio chamado Lei Trabalhista; 5.1. O papel da OIT; 6. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O Capitalismo, como se sabe, é um sistema econômico nascido no Estado Moderno que pode ser dividido em três reconhecidas fases. A primeira denominada *comercial ou mercantil* (século XV a XVII); a segunda *industrial* (séculos XVIII e XIX); a terceira *financeira* (meados do século XX). Há quem sustente que somente com o aparecimento das indústrias o capitalismo se consolidou, ocasião em que surgiu o modo de produção fordista, toyotista e volvista. Com a era pós-industrial e a revolução tecnológica veio o modo uberista e, mais recente, o modo bezosista, inspirado nas medidas de Jeff Bezos aplicadas em seus armazéns de mercadorias.

Na quadra da história contemporânea, inaugurada pelos motes da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), tivemos o Estado Liberal (e a política do *laissez-faire* defendida por Adam Smith), o qual cederia lugar para o Estado de Bem-Estar Social (teoria desenvolvimentista de Keynes e a relação tripartite de cooperação: sindicatos, empregadores e Estado). Infelizmente, este *Welfare State* durou pouco, vez que a hegemonia capitalista², aproveitando-se do endividamento das nações provocado pela crise do petróleo de 1973³, for-

² O conceito de hegemonia aqui adotado é aquele em que Gramsci se refere à supremacia de determinado grupo ou classe social e sua liderança moral e intelectual na sociedade civil; uma liderança exercida antes mesmo de chegar ao governo. Mais sobre o tema: GRAMSCI, Antonio. *Selections of prison's notebooks*. New York: International Publishers, 1971, pág. 58.

³ Ressalte-se que essa desarrumação mundial se espalhou para além do plano econômico. Tudo teve início com o encontro de alguns países, principalmente das nações árabes pertencentes a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), decidindo pelo embargo ao fornecimento de petróleo aos EUA e potências europeias. A medida foi tomada em represália ao apoio que tais países deram à ocupação de territórios palestinos por Israel, durante a Guerra do Yom Kippur (1973), fato que implicou severa recessão não só destes países (americanos e europeus), mas também das economias deles dependentes (Brasil, México, Argentina, por exemplo), as quais se viram imediatamente afetadas. O drástico aumento do petróleo não pode ser subestimado, nomeadamente porque se tratava da principal fonte energética do mundo. Aliás, as decorrentes crises da dívida externa, da desvalorização cambial e da ausência de investimentos estrangeiros iriam colapsar os países da América Latina até meados da década de 1980 (a 'década perdida'). In: "A Crise do Petróleo". Publicado no Portal da Universidade do Cotidiano. Redação, em 11/03/2016. Disponível em: <https://universidadedocotidiano.catracalivre.com.br/o-que-foi/a-cri-se-do-petrole-o/> Acesso em 25 de abril de 2023. Registre-se que a Guerra do Yom Kippur (1973) foi uma continuação de outro conflito ocorrido em 1967 (a Guerra dos Seis dias).

çou a volta do modelo de mercado; desta vez turbinado e repaginado sob outro **rótulo**: neoliberalismo.

O resultado desta transição é o progressivo esvaziamento da legislação tutelar do trabalho e o desprestígio de seu órgão judicante. No campo socioeconômico, o que se vê é o recrudescimento da desigualdade social, a partir do implemento de modos de produção em que o trabalho é precarizado e o trabalhador cada vez mais controlado por uma parafernália digital. Este ataque orquestrado aos direitos trabalhistas se dá sob o pálio de uma ideologia (pós)moderna que incute a ideia de que todo trabalhador é (ou deve ser) um *empreendedor de si próprio*, dispensando assim a formalidade e a proteção da lei trabalhista. Esta estratégia neoliberal tem como objetivo enfraquecer a classe trabalhadora e alargar a margem de lucro das grandes corporações, que deixam de gastar com encargos sociais. A extensão do dano social aqui causado atinge não apenas um núcleo mínimo, mas de forma conjunta outras esferas da vida em sociedade, impondo-se, pois, o necessário resgate da nossa capacidade de indignação⁴.

Para demonstrar este trajeto de evolução (ou involução), abordaremos os modos de produção fordista e toyotista, além de comentar o volvismo dos países nórdicos. Dentro da nova quadra da Economia de Engajamento (*gig economy*) enfrentaremos o trabalho *on demanda* da Uber e o recém-chegado modelo bezosista da Amazon. Após isso, adentramos na análise da flexibilização da legislação trabalhista, o estigma que carrega a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e o papel da Organização Internacional do Trabalho.

1. DO MODELO FORDISTA AO TOYOTISTA

No início do séc. XX, tivemos a sensível influência de Frederick Winslow Taylor; um esforçado e inteligente operário que estudava engenharia no período noturno e que, em 1911, publicaria uma obra paradigmática: “Princípios da administração científica”.

Em suma, o seu estudo descrevia uma nova proposta de racionalizar a produção, agora dividida de acordo com as aptidões específicas de operários treinados e controlados por um gerente de fábrica, incumbido de evitar qualquer tempo ocioso e resistência de trabalhadores indisciplinados; não mais medidas imprevisíveis, mas planejadas e pautadas em método científico com o objetivo

⁴ DUTRA, Lincoln Zub. *O necessário resgate da nossa capacidade de indignação frente ao capitalismo*. In: DUTRA, Lincoln Zub. (Coord.) *Direito fundamental ao trabalho: o valor social do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2017, pág. 59-80.

de obter maior produtividade e execução eficiente dos afazeres. A partir de esteiras que passavam a frente dos operários, tarefas repetidas e sincronizadas eram realizadas de acordo com a velocidade programada. Assim, quanto mais padronizado e especializado o trabalho, melhor custo-benefício era obtido pela empresa. Tudo dentro dos quatro princípios fundamentais: o planejamento, a preparação, o controle e a execução de ações dos trabalhadores.

Uma década adiante, Henry Ford ouviu falar do engenheiro Taylor e o contratou para introduzir tais ideias em sua fábrica de automóveis. Assim, de uma produção antes artesanal e com custo alto, a Ford passou a racionalizar a sua linha de montagem de modo que cada operário atuasse em apenas uma parte do *Modelo T* (veículo de sucesso no período de 1908 a 1927). Ainda que a qualificação da mão-de-obra tivesse caído e a alienação aumentada (pois o trabalhador deixava de conhecer o método de fabricação como um todo), a empresa alcançava o escopo mais importante: aumento da produção com menos horas de trabalho. Além disso, o carro construído em série (*just in case*) passou a ter menor valor final, tornando-se acessível a um número maior de consumidores.

Observa-se que nesse modelo fordista havia uma compensação para a classe trabalhadora, que se inseria no jogo capitalista ao obter um salário com poder de compra, emprego de longa duração e garantias sociais. Prevalencia, pois, a ideia de que o sistema pudesse ser efetivo, duradouro e definitivamente regulado por um compromisso entre capital e trabalho mediado pelo Estado⁵. Todavia, nem tudo foram flores neste período, pois Henry Ford assim agia para solucionar o seu problema maior, qual seja a altíssima rotatividade da mão de obra causada por tarefas desgastantes da sua fábrica. Vale dizer: sem salário alto seria difícil segurar os empregados. Evidentemente, essa remuneração atraente tinha um “preço” a ser cobrado dos próprios trabalhadores, qual seja o maior controle e subordinação. Assim, o aumento salarial vinha em forma de um bônus condicionado ao cumprimento de “uma cartilha quase militar que a direção da empresa lhe impunha e que incluía, até mesmo, uma completa invasão à sua privacidade”⁶.

O francês Robert Castel talvez tenha sido o melhor sociólogo a descrever o processo de erosão dos sistemas de proteção social, a partir do abandono do

⁵ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009, pág. 40.

⁶ CASAGRANDE, Cássio. *A lição de Henry Ford: empregado não é colaborador, é empregado. Uma reflexão para quem quer negar o inafastável conflito de classe no Direito do Trabalho*. Publicado em 12/11/2018 no Portal JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/a-licao-de-henry-ford-empregado-nao-e-colaborador-e-empregado-12112018. Acesso em 20 de abril de 2023.

modelo *Welfare State* e do esvaziamento do modo de produção fordista. Em sua correta visão, a grande questão social deste tempo, anos 1970, se deu quando o Estado abdicou de seu papel de aglutinador da economia. Logo, com o enfraquecimento da condição salarial, adentrou-se no que ele chama de *zona de vulnerabilidade*: um espaço social de instabilidade, de turbulências, povoado de indivíduos em situação precária na sua relação com o trabalho, e “frágeis em sua inserção relacional.”⁷.

A sua classificação acerca do trajeto da exclusão social se encontra apoiada na centralidade do trabalho. Neste viés, há três estágios de vulnerabilidade, tendo como partida a estável *zona de integração* (própria do pleno emprego com Carteira assinada), passando para a *vulnerabilidade* propriamente dita (estágio em que prevalecem os trabalhos precários e a fragilidade dos suportes de proximidade), até chegar à *zona de desfiliação* (aquela de ausência de trabalho e isolamento relacional). Nesta lógica, estar desempregado, subempregado ou mesmo sem um contrato que garanta direitos trabalhistas é estar descoberto do sistema de seguridade, garantias, oportunidades e proteção, o que põe em risco a própria coesão social. É, pois, a *anomia* de que falava Émile Durkheim, inspirador da certa declaração de Castel: “*não há coesão sem proteção social*”. E isso é uma verdade, pois não se pode negar a forte correlação entre o lugar ocupado na divisão social do trabalho “e a participação nas redes de sociabilidade e nos sistemas que cobrem um indivíduo diante dos acasos da existência”⁸.

Observa-se que o fordismo seria, aos poucos, substituído por outro modelo oriental. Refiro-me ao Japão, nos idos de 1950, e sua fantástica fase de reconstrução pós-guerra, momento em que revolucionária o processo de produção, com destaque para a empresa Toyota, que alterou as bases do sistema anterior (fordismo), ao implementar a chamada *produção flexível*⁹. Agora não mais a fabricação em série (*just-in-case*), mas aquela sob demanda do consumidor (*just-*

⁷ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998, pág. 27. Neste sentido também: MIGUEL, Renata. *As reflexões de Robert Castel sobre os conceitos de “risco” e “vulnerabilidade social”*. Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís: UFM, 2015. Disponível em: . Acessado em: 26/05/2017.

⁸ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998, pág. 23, 24, 417 e 610.

⁹ Neste sentido: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, pág. 187. Castells lembra que o sistema *kanban* originou-se no Japão, em 1948, e foi elaborado pelo ex sindicalista Ono Taiichi, que se tornou gerente da Toyota. Trata-se de um quadro de sinalização que controla os fluxos em uma indústria. No mesmo sentido: MELLO, Prudente José Silveira. *Globalização e reestruturação produtiva do fordismo ao toyotismo*. In: *Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba, Edibej, 1998, pág. 273 e 274. O modelo toyotista foi idealizado pelos engenheiros Taiichi Ohno (1912-1990), Shingeo Shingo (1909-1990) e Eiji Toyoda (1913-2013), entre 1948 e 1975, nas fábricas de automóveis Toyota.

-in-time), que passou a ter mais opções de modelo, cor e estilo¹⁰. A adoção deste novo paradigma se explica pelo problema espacial do Japão. Além da superpopulação, os constantes terremotos sempre dificultaram a estocagem de veículos em pátios abertos. Por outro lado, os japoneses já se destacavam na vanguarda tecnológica, sendo, portanto, mais viável e econômico construir carros sob medida do que estocá-los. No regime *just in time* a produção é enxuta e econômica, pois se dá apenas pela quantidade necessária, na hora certa e de acordo com as especificações do cliente (*lean production*).

O sucesso mundial do método Toyotista só iria acontecer mais tarde quando a americana GM (*General Motors*), em plena crise dos anos 1980, decidiu se inspirar no modelo dos orientais. Estes, por sua vez, pretendiam expandir sua produção em território *yankee*. Nascia, então, uma parceria inédita que fez reativar uma fábrica vazia em Fremont, Califórnia. O mais inusitado é que a planta se tornou um *case* de qualidade e sucesso, nomeadamente porque as duas sucessivas crises do petróleo (1973 e 1979) demandaram lançamento de carros econômicos e com baixo custo de manutenção. Ainda que a GM tivesse que contratar inúmeros ex-empregados, toda a gestão, treinamento e administração da nova fábrica ficaram por conta dos japoneses. Essa arriscada *joint-venture*, GM-Toyota, tornou-se uma perfeita união, na medida em que se manteve a identidade das duas empresas, ao mesmo tempo em que a parceria implicou atividade benéfica para ambas, ainda que por tempo determinado¹¹. Posteriormente, com a privatização dos portos, queda das barreiras alfandegárias e fácil logística provocada pelo contexto globalizado, o modo *just in time* tornar-se-ia ainda mais eficiente e sedutor.

1.1. O VOLVISMO E AS DIFERENÇAS ENTRE OS MODOS DE PRODUÇÃO

Algumas diferenças entre estas duas linhas de produção merecem ser destacadas. Na estrutura Fordista (que também inspirou o modelo inicial da GM),

¹⁰ Apesar da empresa Toyota iniciar suas atividades em 1950, a sua linha de produção só se tornou emblemática nos anos de 1980. A propósito, Reginaldo MELHADO observa que “todas estas transformações apontam para um mesmo rumo: a esgarçada do espaço territorial da fábrica como demiurgo da produção e das relações de trabalho. Hoje, a produção tende a refugiar aos limites espaciais da empresa, multiplicar-se no espaço de um sem-número de empresas e alcançar o âmbito privado da vida do trabalhador”. In. *Judiciário mínimo e relações de trabalho*. Revista Gênesis de Direito do Trabalho. n. 78, junho/99. p. 880.

¹¹ A instalação foi inaugurada como General Motors' Fremont Assembly em 1962, e mais tarde operada pela NUMMI, uma *joint venture* GM-Toyota criada em 1984 e encerrada em 2009. Hoje o predestinado local é uma planta da fábrica Tesla. A Tesla Fremont Factory é uma fábrica de automóveis em Fremont, Califórnia, operada pela Tesla, Inc, desde 2010.

o controle da empresa é verticalizado sobre todas as áreas e fases da produção, localizadas em um único local geográfico, desde a chegada da matéria-prima até a logística de seus produtos. Nesta quadra, quanto maior a empresa melhor (*the big is beautiful*). No Toyotismo, ao contrário, as empresas não precisam ser grandes (*the small is beautiful*), pois há incentivo de subcontratação de diversos setores da produção, ensejando o fenômeno da *terceirização* da mão de obra em que a empresa-mãe fica responsável apenas pela atividade principal.

A rigidez piramidal da antiga organização *tayloriana/fordista* foi sucedida por uma “acomodatícia estrutura celular”, em que as tarefas secundárias ou adjacentes se afastam do interior da empresa-principal¹². Daí a nomenclatura *fábrica* ser mais adequada para o formato Fordista e *montadora* para o Toyotista. Enquanto o modelo norte-americano enfatiza a eficiência das funções demarcadas e especializadas, o japonês valoriza o grupo de trabalhadores, em especial a sua capacidade de compartilhar conhecimentos e soluções para lidar com as emergências¹³.

No Fordismo, o operário atua em uma única parte da produção de forma repetitiva, rápida e estressante, havendo categorias profissionais definidas e semiqualficadas. No Toyotismo, o trabalhador é polivalente e versátil, devendo estar apto a operar várias máquinas e a desempenhar múltiplas funções, simultaneamente. Se no modelo americano o controle de qualidade é centralizado na pessoa de um superior hierárquico, no modo oriental prevalecem as células de produção (círculos de controle de qualidade - CCQs - e controles de qualidade total - CQTs), ficando os próprios grupos de trabalhadores incumbidos da fiscalização mútua e horizontalizada. Nesta toada, os empresários toyotistas criaram o *kaisen* e o *kanban*. O primeiro se refere a um sistema de informações computadorizadas ligadas à produção *just in time* de demandas específicas; o segundo consiste na busca de melhoramento contínuo com a meta dos *cinco zeros*: zero de defeitos nas peças; de danos nas máquinas; de estoque; de demora; e de burocracia. Mas, novamente é preciso dizer que nem tudo são flores nesta quadra produtiva, sobretudo diante de rigorosas exigências. Não sem motivo que os empregados japoneses passaram a usar o pejorativo conceito de *karoshi*, traduzido pela ideia de ‘morte súbita por excesso de trabalho’. Se no lado ocidental é alta a incidência de esgotamento laboral (síndrome de *Burnout*), no Japão os

¹² REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Pág. 47.

¹³ AOKI, Masahiko. *Information, incentives, and bargaining in the Japanese economy*. Cambridge: University Press, 1988, pág. 16.

índices de suicídio são assustadores¹⁴. Em suma, há precarização do trabalho nos dois modelos de produção.

Por último, importa lembrar que enquanto no Fordismo a integração dos operários na economia capitalista se dava pelo consumo (propiciado pelo pleno emprego e salário mais alto), no modelo flexível da Toyota praticamente não há compensação ou atrativo para a classe trabalhadora, eis que os proventos são pagos por tarefas sazonais e sem qualquer perspectiva de estabilidade. A propósito, o consultor de empresa Max Gehringer lembra que são raríssimas as companhias que hoje ainda mantêm planos de carreira por critério de antiguidade, prevalecendo a meritocracia como critério único de promoção funcional¹⁵. Em igual direção, a Reforma Trabalhista de 2017 aboliu a exigência do critério alternado (mérito/antiguidade) para a promoção em Planos de Carreira, podendo agora ser apenas por merecimento em ato unilateral e potestativo do empregador. Diante do tormentoso espectro do desemprego estrutural, o trabalhador hodierno se conforma com este modelo precarizado e terceirizado. Algo como: “contente-se com o seu trabalho, pois o desemprego bate à porta”.

Atualmente, os dois modos de produção convivem no cenário mundial, prevalecendo cada vez mais os formatos flexíveis e seu novo concorrente: o modelo *uberista*, inspirado na emblemática empresa Uber, cuja atividade não apenas afetou o mercado mundial dos taxistas, mas acabou por introduzir novo modo de trabalho ainda mais precário que seus antecessores. Antes de examinarmos este capitalismo de aplicativos, cabe lembrar da existência do modelo da *Volvo*. Esta empresa sueca, na contramão da economia neoliberal, introduziu uma visão técnica de produção flexível de automóveis e caminhões, que alia automação e trabalho manual com ênfase no aspecto social da valorização do trabalhador.

Inspirado na conjuntura econômica própria dos países nórdicos (*Welfare State*), este modo sociotécnico de produção foi implementado em algumas fábricas Volvo, nas décadas de 1970-80. Atenta às negociações sindicais e ao cumprimento integral da legislação trabalhista, o modelo parte da autonomia e participação ativa de grupos de trabalhadores qualificados e bem treinados para atuar em todas as etapas da montagem, inclusive com alternância perió-

¹⁴ Só em outubro de 2020 foram registrados 2153 casos de acordo com a Agência Nacional de Polícia do Japão. Fonte CNN Brasil: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/japao-teve-mais-mortes-por-suicidio-em-outubro-do-que-por-covid-19-em-todo-o-ano/>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

¹⁵ GEHRINGER, Max. *Plano de carreira não existe mais. A meritocracia está prevalecendo*. Publicado em 5 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.reachr.com.br/blog/max-gehringer-plano-de-carreira-nao-existe-mais-meritocracia-prevalece/>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023. Tal fato seria corroborado com a Reforma Trabalhista: Lei 13.467/2017.

dica de funções. Logo, não é o operário que se submete ao ritmo das máquinas, mas o contrário. No *volvismo* não há precarização da mão de obra, vez que os operários são bem remunerados, inclusive com previsão de bonificação por resultado atingido. Justamente por encarecer o custo da produção industrial e reduzir a margem de lucro, este modelo inovador não durou muito no contexto competitivo do mercado global. Deixou bons frutos, dentre eles o espírito cooperativo entre empregado e empregador. Aliás, o termo “colaborador” nasceu justamente desta quadra industrial, restando posteriormente deturpado nos demais modelos precarizados.

2. O MODELO UBERISTA DE TRABALHO

Como visto, após a fase Fordista dos EUA sobressaiu modelo mais flexível: a da fábrica japonesa da Toyota, que deu início à terceirização da produção com redução de direitos trabalhistas. Atualmente, temos a ascensão de um terceiro modelo: o Uberismo praticado por trabalhadores subordinados por algoritmos, dentro de um capitalismo de plataforma. Formalmente, os motoristas são tratados como “autônomos”; estratégia das empresas contratantes para que fiquem à margem da legislação trabalhista. Tal movimento reduz o *pleno emprego* e aumenta a precariedade do trabalho, visto cada vez mais fragmentado, parcial, subcontratado e ofertado nas nuvens (*crowd work*). Analisemos, pois, esta trajetória.

Inicialmente, em 2009, a Uber se apresentava como simples aplicativo de carona, dentro do novo contexto de economia compartilhada. Mais tarde, passou a exibir em seu site que se tratava de uma plataforma de tecnologia que liga dois grupos de pessoas: as que querem se deslocar na cidade com aquelas disponíveis para as levarem onde querem ir¹⁶. Apesar de ter nascido para atender um grupo de amigos em São Francisco (EUA), com o passar do tempo a Uber se tornou uma megacorporação de transporte de passageiros mundo afora. Aliás, em maio de 2019, com a sua venda inicial de ações (IPO - Bolsa de Nova York) a empresa restou avaliada em US\$ 82,4 bilhões; a nona maior da história.

No plano do consumidor, não há dúvidas de que o usuário obtém vantagem com a entrada deste serviço disruptivo, que rompeu com o monopólio dos táxis, fez cair o valor das corridas e melhorou o atendimento ao público. Quanto aos motoristas contratados não se pode dizer o mesmo, pois a Uber os considera meros “parceiros”, dentro do conceito de *self-employment* (autoemprego); forte

¹⁶ Disponível em: <https://newsroom.uber.com/portugal/uberpt/>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

no atual contexto de *Gig Economy* (economia de engajamento ou compartilhamento) Assim, a admissão destes profissionais, alcunhados de “drivers” ou “colaboradores do sistema”, ocorre pelo preenchimento de cadastro, comprovação da habilitação para dirigir, seguro, documento do veículo e certidão negativa de antecedentes criminais. A partir desta aprovação, o motorista se submete a breve e remota explicação em relação ao uso do aplicativo, tarifas, atendimento ao usuário, avaliações e demais condições de trabalho.

Se por um lado a contratação é relativamente simples, a execução do trabalho se submete a uma série de mecanismos de controle por meio de *algoritmo*, entendendo-se como tal as operações sequenciais e codificadas, que visam obter o resultado desejado pela contratante. Tal sistema coloca o destinatário em um trilho procedimental mediante operações passo a passo (*step-by-step*). A margem de liberdade e autonomia do motorista é mínima, ficando o pagamento do serviço condicionado ao cumprimento do rito previamente delimitado. Vale dizer: o algoritmo pode cancelar unilateralmente o pagamento do condutor, ou excluí-lo a qualquer momento, sem justificativa ou aviso prévio.

Observa-se que nos antigos modelos de produção Fordista e Toyotista o contrato de trabalho se apresentava como uma troca quantificada: uma porção de dinheiro em contrapartida a quantidade de horas à disposição do empregador. Agora, no recente modelo Uberista (Uber; Didi/99; IFood; Rappi), remunera-se apenas e tão somente o trabalho das chamadas atendidas e pelo valor unilateralmente estipulado pela contratante. Da mesma forma, enquanto nos modelos Fordista/Toyotista o risco e os custos da atividade econômica recaiam sobre o empregador, no regime Uberista tanto o veículo e combustível quanto a sua manutenção constituem ônus exclusivos do motorista contratado. Dito de outro jeito: o sistema trabalhista vai se aprimorando para que fique cada vez melhor para quem contrata e pior para quem é contratado. Exemplo disso é o sistema de avaliação, em que o usuário atribui uma nota (de uma a cinco estrelas), conforme a performance, pontualidade e atendimento do trabalhador. Neste caso, nós, os passageiros, atuamos como uma *longa manus* ou extensão da mão avaliadora da contratante. E assim o fazemos de forma gratuita.

Sublinhe-se que este sistema de *subordinação por algoritmo*, tendo como modelo o trabalho ofertado por intermédio de aplicativos, põe em debate a caracterização da relação de emprego. No atual contexto, tornou-se comum o gerenciamento das atividades profissionais por meio de plataformas digitais, situações em que o poder diretivo do tomador permanece. Quiçá até mais insidioso do que a típica subordinação presencial, pois nesta nova quadra há uma

suposta relação de aliança, inserindo-se o trabalhador nas exaustivas diretrizes da empresa contratante.

Na observação de Alain Supiot¹⁷, enquanto o Fordismo estava centrado em uma subordinação presencial, vista como uma racionalidade que lhe restava exterior, agora o foco está na programação mediante apresentação de metas, regras e medidas de resultados do trabalho por meio de indicadores estatísticos. O juiz e professor da USP, Homero Batista Silva, diz que é ilusório alguém achar que o empregador precisa estar fisicamente próximo: “ao contrário, o empregador sem rosto, que emite ordens a dez ou vinte mil quilômetros de distância, talvez seja o mais temido”¹⁸. Ainda assim, é comum ver empresas tentando escapar dos encargos sociais por meio de rótulos como “parceiros autônomos”, geralmente utilizados como forma de fraudar a legislação trabalhista. Eis a dimensão contemporânea de organização e gestão de pessoal, cuja tendência se alastra para outros ramos, conforme observa o Procurador do Ministério Público do Trabalho, Rodrigo Carelli:

Os bancos estão deixando de ocupar cargos gerenciais, que estão todos transformados em algoritmos. Mesmo os gerentes intermediários têm sido substituídos por trabalhadores de *telemarketing* menos qualificados, que somente transmitem aos clientes as informações repassadas pelo sistema. Se a resposta não está no sistema, geralmente não há como ser resolvida a questão, pois é o algoritmo que está no controle, não os trabalhadores¹⁹.

De nossa parte, estamos convencidos de que estes trabalhadores não podem ser considerados autônomos, seja porque a relação de trabalho é pessoal e essencial à atividade da contratante, seja porque é a Uber quem regula o valor das tarifas diferenciadas, indica qual motorista deverá atender a chamada do usuário, glosa eventuais incidentes de recusa, além de receber o pagamento diretamente do consumidor e criar um sistema de avaliação do motorista. Urge, portanto, uma regulação legal que lhes assegure um mínimo de dignidade e segurança, assim como ocorreu com o teletrabalhador e o intermitente ou o próprio taxista empregado²⁰. Enquanto isso não se realiza, ao julgador caberá reconhecer a relação de emprego, com base nos dispositivos da legislação

¹⁷ SUPIOT, Alain. *La ouvernance par les nombres*. Paris: Fayard, 2015, pág. 38.

¹⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 14ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 36.

¹⁹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX*. In: *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. Coord: Ana Carolina Reis Paes Leme, Bruno Alves Rodrigues, José Eduardo de Resende Chaves Junior. São Paulo: LTr, 2017, pág. 141.

²⁰ São eles, respectivamente: art. 75-A e 452-A da CLT e art. 6º da Lei 12.468/2011.

trabalhista, artigos 2º, 3º da CLT combinado com o parágrafo único do artigo 6º que dispõe: “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”. Como se vê, já existe na legislação trabalhista amparo para reconhecer vínculo de emprego para estes casos de subordinação por algoritmo.

Em verdade, de um modo geral, na qualidade de consumidores temos facilidade de assimilar toda esta nova tecnologia por aplicativo que faz cair o preço e aumentar a concorrência, contudo resistimos a um novo e necessário olhar interpretativo que seja capaz de abarcar a *Uber-economy* e garantir direitos sociais a tais trabalhadores, ainda que isso implique aumento das tarifas. Eis o paradoxo: “aceito a modernidade, mas não aceito a interpretação *moderna* da CLT, que é feita pela doutrina e pela jurisprudência”, observa, em correto tom crítico, o professor Paulo Baria²¹.

Em pioneira decisão do tribunal inglês, um grupo de motoristas deste aplicativo teve reconhecido sua condição de empregado (“workers”), na cidade de Londres. Na sentença do *Employment* foi reafirmado o velho e conhecido princípio, segundo o qual “os contratos são o que são, e não o que as partes dizem que são”²². Dito de outro jeito, não basta chamar um contrato de “autônomo”, quando na prática o contratado permanece trabalhando sob as diretrizes e ordens algorítmicas da plataforma. Neste contexto, uma pesquisa realizada pela empresa *Fairwork India* revelou a total insatisfação dos trabalhadores temporários da Uber e da Amazon no quesito sobre condições justas. O resultado foi próximo de zero, dentro de uma escala de zero a dez²³.

²¹ BARIA, Paulo. *Uber e relação de emprego em tempos de pós-verdade*. Suplemento Trabalhista LTr; 074/17. São Paulo: 2017, ano 53, pág. 389.

²² “O tribunal conclui, em síntese, que, sempre que um motorista (a) tem a APP ligada, (b) se encontra no território no qual está autorizado a trabalhar, e (c) está capaz e disponível para aceitar missões/clientes, então, encontrando-se estas condições satisfeitas, ele estará a trabalhar para a Uber ao abrigo de um “worker contract”. AMADO, João Leal. SANTOS, Catarina Gomes. *A Uber e seus motoristas: mind the gap!; A Sentença do Employment Tribunal de Londres*. In: Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. Coord: Ana Carolina Reis Paes Leme; Bruno Alves Rodrigues; José Eduardo de Resende Chaves Júnior, São Paulo: LTr, 2017. Pag. 344. Trata-se do Case Ns 2202551/2015 & Others, sentença proferida em 28/10/2016. Os juristas portugueses Leal Amado e Catarina Santos, ao comentarem esta decisão inglesa, sublinham a larga distância entre a engenharia contratual e a realidade relacional: “Nem *partner* nem *customer*, o motorista (*driver*) é, afinal, um empregado (*worker*) do Uber”. *Idem, ibidem*, pag. 348.

²³ “A empresa que se saiu melhor nas avaliações dos contratados na Índia foi a startup Unicorn Urban, que atingiu uma pontuação sete. Flipkart e Swiggy ganharam a nota cinco”. A matéria, intitulada “Amazon e Uber recebem nota zero na avaliação de funcionários temporários” foi produzida por William Schendes e editada por Adriano Camargo. Foi publicada em 28/12/2022, no Portal “Olhar Digital”. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/12/28/pro/amazon-e-uber-recebem-nota-zero-na-avaliacao-de-funcionarios-temporarios/>. Acesso em 16/1/2023.

No Brasil, os Tribunais do Trabalho ainda estão divididos neste tema, conforme a análise de cada caso em concreto e o perfil ideológico do órgão julgante. Digno de destaque é a notícia publicada no site do Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte manchete: *8ª Turma mantém reconhecimento de vínculo de motorista de Uber*. Segundo o relator, ministro Agra Belmonte, a relação com a empresa é de subordinação, pois o motorista não tem nenhum controle sobre o preço da corrida, o percentual do repasse, a apresentação e a forma da prestação do trabalho. Até mesmo a classificação do veículo utilizado é definida pela empresa, “que pode baixar, remunerar, aumentar, parcelar ou não repassar o valor da corrida”. Nas corretas observações de Agra Belmonte:

O que a Uber faz é codificar o comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual “insere suas estratégias de gestão, e essa programação fica armazenada em seu código-fonte”, concluiu.

Em relação ao vínculo de emprego, o relator observou que a nova modalidade de prestação de serviços de transporte individual, mediante uma “economia compartilhada”, embora tenha inserido uma massa considerável de trabalhadores no mercado, também é caracterizada pela precariedade de condições de trabalho, com jornadas extenuantes, remuneração incerta e submissão direta do próprio motorista aos riscos do trânsito.

Na acertada avaliação do relator, os princípios da livre iniciativa e da ampla concorrência “não podem se traduzir em salvo-conduto nem em autorização para a sonegação deliberada de direitos trabalhistas”; a Uber não fabrica tecnologia, e aplicativo não é atividade”. Trata-se, pois, de uma transportadora que “utiliza veículos de motoristas contratados para realizar o transporte de passageiros”, afirmou o ministro do tribunal superior do trabalho. “Basta ela deslogar o motorista do sistema para que ele fique excluído do mercado de trabalho; basta isso para demonstrar quem tem o controle do meio produtivo”, concluiu²⁴.

2.1. A GIG ECONOMY E O IMPACTO NAS RELAÇÕES DO TRABALHO

Hoje há empresas que continuam seguindo o regime Fordista, outras o Toyotista, e muitas delas o modelo Uberista de trabalho sob demanda, adotando sistemática em que a convocação se dá por meio de aplicativo, a exemplo de

²⁴ A notícia foi publicada em 20/12/2022 no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho, versando sobre o Processo: RRAg-100853-94.2019.5.01.0067. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/8%C2%AA-turma-mant%C3%A9m-reconhecimento-de-v%C3%ADnculo-de-motorista-de-uber>. Acesso em 16/2/2023.

advogados correspondentes, *freelancers* contratados para a realização de atos pontuais, ou mesmo médicos acionados para atendimento domiciliar²⁵. São modalidades de “uberização” inserida no conceito de *Gig Economy*, modelo colaborativo em que trabalhadores se dispõem a executar tarefas ou projetos de curta duração²⁶. Registre-se que o termo *gig* foi cunhado na década de 1920 por músicos de *jazz*; uma abreviação da palavra engajamento (*engagement*). Assim, ao se apresentarem em bares e *pubs*, era (e ainda é) comum a convocação, de última hora, de músicos profissionais disponíveis para o trabalho de *free lancers* em um projeto breve e específico.

Sublinhe-se que este movimento de ***Sharing Economy*** se tornou forte na Europa e nos EUA, quando a crise econômica de 2008 impeliu os profissionais a buscarem outras fontes de rendas complementares. No Brasil a trajetória foi um tanto diferente, vez que aqui sempre tivemos poucos empregos plenos e muitos “bicos”, seja para complementar o baixo salário, seja para remediar uma situação de desemprego. Por tal motivo que a realidade brasileira está muito mais para a *gig economy* (economia do bico) do que para o pomposo *sharing economy* (economia compartilhada). A propósito, o Dicionário de Cambridge considera *gig economy* a forma de trabalho “baseada em pessoas que têm empregos temporários ou fazem atividades de trabalho *freelancer*, pagas separadamente, em vez de trabalhar para um empregador fixo”.

A pesquisa amostral, realizada pelo Ipec (Inteligência em Pesquisa e Consultoria), realizada em abril de 2022, revelou que 45% dos brasileiros entrevistados, acima de 16 anos, precisam fazer atividades extras para complementar sua renda. Destes, 33% são ligados ao setor de serviços (manutenção, beleza, segurança, motorista, entregador por aplicativos, trabalhos domésticos de faxina, babá, aulas particulares, cuidados com idosos e *pets*) e 28% ligados à venda de mercadorias (como objetos artesanais e alimentos preparados em casa, produtos de beleza ou produtos em geral voltados para o comércio ambulante)²⁷.

²⁵ Neste sentido é a matéria publicada em 01/03/2018 por Paula Laboissière da Repórter Agência Brasil: “CFM regulamenta atendimento médico em casa via aplicativo”. Trata-se de atividade conhecida como “Uber da Medicina” regulada pela Resolução n. 2178 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2018-03/cfm-regulamenta-atendimento-medico-domiciliar-aplicativo>. Publicado em 01/03/2018 - 15:00 Por Paula Laboissière - Repórter da Agência Brasil Brasília. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

²⁶ Só em 2015 a Economia Colaborativa movimentou em torno de US\$ 15 bi, sendo que até 2025 deverá chegar à casa dos US\$ 335 bi, conforme estimativa da Consultoria PricewaterhouseCoopers (PWC). Aludido setor utiliza diversas nomenclaturas próximas, com destaque para: *sharing-economy*; *crowdwork* e *crowdsourcing*; *gig-economy*, economia colaborativa, economia sob demanda, economia compartilhada, ou mesmo *Uber-economy*.

²⁷ “Quase metade dos brasileiros fazem bico para completar renda. A maior parte dos bicos está relacionada com serviços”. Publicado na Agência Brasil, em 10/08/2022. Fonte: <https://agencia->

Pode-se dizer o mesmo da expansão do modelo uberista, a exemplo do curioso “goleiro de aluguel”; aplicativo que disponibiliza a locação de atleta cadastrado, mediante o pagamento de R\$30,00 a hora (aproximadamente), em valor a ser pago mediante PIX ou cartão de crédito. A ideia é suprir aquele velho problema do grupo de amigos do futebol que sofre para encontrar alguém disposto a atuar na posição de guarda-metas. É só informar o local e a data que o contratado *delivery* vai até lá se somar aos amigos peladeiros (contratantes).

Em matéria publicada no Estadão, com a manchete: *Prefeitura de Ribeirão Preto planeja criar ‘Uber do Professor’*²⁸, verificou-se a ideia de municípios adotarem a figura do professor *suplente*, a fim de substituir eventuais ausências dos efetivos. Neste caso, o acionamento se dará por aplicativo de celular ou redes sociais, tendo o professor convocado um prazo de trinta minutos para responder a chamada e se dirigir à escola, pois do contrário outro colega será chamado. Como se vê, o professor e demais trabalhadores são vistos cada vez mais como uma mercadoria de reposição *express* do que propriamente um sujeito de direitos trabalhistas. Vale dizer: o metabolismo social do capital necessita cada vez *menos* do trabalho *estável* e cada vez *mais* das diversificadas formas de trabalho parcial, terceirizado e *hifenizado*. Aliás, este termo foi originalmente utilizado por Huw Beynon no sentido que o empregado é usado como hífen, ou seja, para necessidades efêmeras da empresa. Na observação de Ricardo Antunes, ainda que hoje se cogite da existência de jornadas e empregos flexíveis, o que prevalece na prática é uma nova dinâmica precarizante do trabalho, alinhada ao interesse exclusivo do empresário²⁹.

No universo corporativo impera a busca cada vez mais intensa por maior produção e lucratividade dos sócios, a partir de um menor custo possível do trabalho contratado. Sob as lentes do capitalista, o trabalho é e sempre será visto como custo, despesa ou passivo trabalhista. Aliás, nunca se viu tantos entregadores de *delivery*, apelidados de “microempreendedores”, que trafegam nas grandes cidades *sem* seguro de vida, plano de saúde, repouso remunerado ou dignidade. Estudos recentes da OIT alertam para as jornadas e turnos extenuantes (em média 65 horas por semana); estresse ligado ao trabalho e ao congestionamento de carros; alta concorrência entre colegas; baixa remuneração,

brasil.etc.com.br/geral/noticia/2022-08/quase-metade-dos-brasileiros-fazem-bico-para-completar-renda. Acesso em 13 de julho de 2023.

²⁸ Jornal O Estado de S.Paulo, de 22/07/2017. Matéria do jornalista Renê Moreira. Disponível em: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral/prefeitura-de-ribeirao-preto-planeja-criar-uber-do-professor,70001899946>. Acesso em 19/12/2017.

²⁹ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 7a. ed., SP: Cortez, 2000, pág. 160.

ausência de negociação coletiva; pressão da plataforma ou mesmo dos clientes que reclamam por mobilidades rápidas³⁰. Eis o perverso resultado da flexibilização das legislações do trabalho ou mesmo de sua total ausência de regulação.

3. A QUEM INTERESSA A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI TRABALHISTA?

Na atual esteira do Estado mínimo e Mercado total, a iniciativa privada vem adotando linha de produção e organização cada vez mais precária e *flexível*. Quanto a esta expressão, a rigor ela nos remete à noção de algo positivo, complacente e tolerante. Contudo, no campo das relações de trabalho a palavra flexibilização aparece em sentido negativo, ao restringir a proteção jurídica da classe trabalhadora³¹. Se antes havia uma lei sólida que a tutelava, doravante o regramento torna-se líquido a fim de facilitar à volatilidade do mercado e dos interesses do capital. Com outras palavras: o princípio de proteção ao trabalhador se apresenta cada vez mais enfraquecido, acarretando maior amplitude ao poder diretivo do empresário e precarização do mundo do trabalho. Direitos sociais antes conquistados são agora revogados em todos os cantos do planeta. Tudo em nome da competitividade e de uma suposta “modernização da empresa”. Some-se a isso a ansiedade imposta por um mercado globalizado e conectado, que ignora fusos horários, e impõe decisões em tempo real por meio de cobranças duras e jornadas exaustivas.

Nesta esteira acelerada, cada vez mais o trabalhador é visto como uma máquina operacional que deve ser veloz, infalível e conectada *em tempo integral*. Se em um primeiro momento tivemos o esforço tecnológico para desenvolver a Inteligência Artificial (IA), vista como uma rede neural que imita o nosso sistema nervoso na solução de problemas complexos, hoje o processo está se invertendo. Vale dizer: ao homem-trabalhador exige-se performance similar à da máquina, com zero erro, zero reclamação, zero desconexão e zero desperdício. Uma deformação da natureza humana em prol de interesses neuróticos de um mercado que só pensa em acumular progressivamente. Talvez por isso aproximadamente 1/3 (um terço) da atual população economicamente ativa apresenta sintomas da “síndrome de *burnout*”, classificada na CID-11 como *estresse*

³⁰ “World Employment and Social Outlook 2021. Rápido crescimento da economia digital exige uma resposta política coerente”. Publicado em 23 de fevereiro de 2021. Fonte: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_773082/lang--pt/index.htm

³¹ FONSECA, Maíra Silva Marques da. *Teoria crítica do Direito do Trabalho: reflexões sobre os tempos de trabalho*. BH: Editora Dialética, 2021.

crônico no local de trabalho. O Brasil é um dos países com maior número deste esgotamento provocado pela pressão advinda do ambiente corporativo³².

A propósito, registre-se a importante aprovação da Lei do direito à Desconexão, em vigor a partir de janeiro de 2017, na França, para todas as empresas que tenham mais de 50 empregados. Desde então, os trabalhadores franceses estão legalmente desobrigados a responder mensagens eletrônicas de seus chefes após o horário de expediente, seja por *email* ou *whatsapp*. Que venha norma idêntica para os brasileiros, sobretudo em tempos que sobressaem o trabalho remoto com uso intenso da telemática. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho já caminha neste sentido ao declarar: “há o uso e há o abuso no envio de mensagens pela chefia fora do horário de trabalho”, assinalou o Ministro Alexandre Agra Belmonte, ao deferir indenização por dano moral ao trabalhador constantemente interrompido em seu período de desconexão³³.

Se de um lado há enorme contingente de desempregados e desalentados, de outro existe um imenso grupo de trabalhadores estressados pela premência de metas, performances e horas extras. Não por acaso, surgiu no campo jurídico o *dano existencial*, caracterizado pelo sensível prejuízo do empregado em relação ao seu projeto pessoal, diante de exigências permanentes e de excessivas convocações pelo empregador; a exemplo daqueles casos em que o trabalhador fica dez anos sem tirar férias. Muitas vezes, faz parte do sonho pessoal desse obreiro cursar uma faculdade ou pós-graduação, estudar música ou tocar bateria numa banda, jogar futebol, tênis, praticar artes marciais, pintar quadros de arte ou mesmo participar de atividades associativas, recreativas ou religiosas fora dos horários de expediente. Também há planos de viagens ou de visitas aos amigos nos fins de semana. Logo, cada vez que este sujeito for tolhido em um desses desejos de vida, a sua frustração estará sujeita à uma reparação judicial³⁴, conforme vêm julgando os Tribunais do Trabalho:

Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da Constituição Federal. O trabalho extraordinário

³² A pesquisa foi realizada em 2019 pela *International Stress Management Association* (Isma-BR).

³³ Processo em Recurso de Revista n. 0377-55.2017.5.03.0186, julgado em 17 de outubro de 2018 pela 3ª. Turma do TST.

³⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 5ª. edição. SP: LTr, 2014, pág. 179. Registre-se que o precedente mais importante desse tema ocorreu em 1998 quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu tratar-se de uma lesão à pessoa, “considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

rio habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana.³⁵

Esta pressão por resultado é uma artimanha da ideologia neoliberal, conforme descreveu o cronista Luís Fernando Veríssimo, quando da reunião dos sete de ouro (G7) para tratar do custo social da nova ordem econômica. Nesta ocasião, os países mais ricos do planeta chegaram a uma conclusão surpreendente sobre como combater o desemprego:

Deve-se continuar enfatizando e receitando aos pobres austeridade fiscal sobre qualquer política de desenvolvimento e pedindo ao trabalhador que coopere, trocando a proteção social que tem pela possibilidade de mais empregos. Algo como 'continuar batendo no supercílio que já está sangrando'. Chama-se isso não de crueldade ou chantagem, mas de *flexibilização do mercado de trabalho*. Podia se chamar de Maria Helena, não faria diferença - o neoliberalismo triunfante conquistou o direito de pôr os rótulos que quiser nos seus bíceps. Quem chama a volta ao capitalismo do século dezenove de modernidade e consegue vendê-la merece o privilégio³⁶.

Não se ignore que só existe Direito do Trabalho dentro do regime capitalista, sendo ele o instrumento normativo adequado a reproduzir este tipo de relação de produção e extração de mais-valia, conforme observa o jurista espanhol Palomeque, não sem antes constatar que as mesmas condições, que demandaram a interferência protetiva do Estado, permanecem no atual contexto laboral³⁷. Essa função reguladora do mercado está sempre presente neste embate de poder capital/trabalho. Ou seja, tal constatação é válida para fundamentar a permanência da lei tutelar ao empregado, que continua vulnerável e hipossuficiente, mas também para os neoliberais defenderem a ideia da flexibilização como medida moderna de regulação, crescimento econômico e (suposta) redução do desemprego, daí, inclusive, as periódicas *reformas da legislação trabalhista* ocorridas nas últimas décadas aqui e no velho continente. Na Alemanha, conhecida como

³⁵ (TRT 9ª R.; RO 28161-2012-028-09-00-6; Segunda Turma; Rel.ª Des.ª Ana Carolina Zaina; DEJT 11/10/2013)

³⁶ VERÍSSIMO, Luiz Fernando. *Os braços de Mike Tyson*. Jornal do Brasil. Coluna Opinião, setembro, 1996.

³⁷ PALOMEQUE Lopez, Manuel Carlos. *Derecho del trabajo e ideologia: médio siglo de formacioni-deológica del Derecho español del trabajo*. 4ª. Ed. Madri: Editorial Tecnos, 1989, pág. 20.

Plano Hartz³⁸ (iniciada em 2003); em Portugal³⁹ (em janeiro de 2012); na Espanha⁴⁰ (decreto assinado em 2012); e na França⁴¹ (em vigor a partir de agosto de 2016). O discurso é sempre o mesmo: é preciso reduzir o custo da mão de obra para que as empresas possam contratar mais. Ocorre que em todos os casos os índices de oferta de emprego ficaram aquém do esperado, reforçando a conclusão de que a redução do desemprego se combate com o aquecimento da economia e não com a desregulamentação do trabalho.

O Brasil segue a mesma pauta de flexibilização, seja perante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (que, por exemplo, validou a jornada 12 x 36 e a terceirização em qualquer atividade da empresa), seja pelas sucessivas medidas legislativas que afetaram os contratos de trabalho⁴². Iniciadas no Governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (final da década de 1990)⁴³, a Refor-

³⁸ Alterou as regras do seguro-desemprego (reduzido de 24 para 12 parcelas mensais), facilitou a contratação de empregos de curta duração (menor custo), e flexibilizou a compensação de horário.

³⁹ Incidiu na redução do período de férias e dos dias dos feriados anuais, além de alterar o tratamento do labor aos sábados, antes computado no saldo dos dias de DSR, agora representando apenas o direito a simples acréscimo de remuneração.

⁴⁰ Com destaque para a redução de encargos para as empresas que contratarem um primeiro empregado com idade inferior a 30 anos.

⁴¹ Basicamente prestigia o negociado sobre o legislado, flexibiliza as jornadas com a possibilidade de maiores elastecimentos e compensação, além de permitir e facilitar a rescisão de contratos em caso de prejuízos devidamente comprovados das empresas por pelo menos três trimestres seguidos.

⁴² Neste sentido a ADI 5994 reconheceu válida a adoção da jornada 12 x 36, mesmo que em acordo individual sem a participação do sindicato (julgada em junho de 2023), e a ADPF 324 flexibilizou (e deformou) o instituto da terceirização para admitir inclusive em atividades essenciais da empresa (julgada em agosto de 2018).

⁴³ São elas as principais: 1) Lei 9.601/98 - flexibilizou o acordo de compensação de jornada que passou a ter um banco de horas, além de introduzir o contrato por prazo determinado sem qualquer vinculação a fatos de índole transitória, alargando as hipóteses taxativas da lei (art. 443, § 2º. da CLT). Esta nova espécie de contratação a prazo diminuiu de uma só vez a alíquota do FGTS, de 8% passa para 2%, e pela metade as contribuições sociais (Sesi, Sesc, Senai, Senac, Sebrae etc.); 2) Lei 8.949/94 e 9.608/98 - incidentes, respectivamente, sobre o serviço prestado em cooperativa e trabalho voluntário, afirmando que nenhum deles enseja o reconhecimento de vínculo empregatício. Abre-se uma porta para a contratação fraudulenta de mão-de-obra permanente; 3) Medida Provisória n. 1709/98 - introduziu o art. 58-A na CLT, admitindo a contratação a *tempo parcial* com o pagamento de salário proporcional à jornada. Também abriu a possibilidade de o empregado em tempo integral optar pelo novo regime com a correspondente diminuição do valor do salário; 4) Medida Provisória n. 1779/99 - introduziu o art. 476-A da CLT criando uma modalidade de suspensão contratual com diminuição de salário e ausência de recolhimento do FGTS e INSS no seu período de vigência. A medida autorizou o uso do FAT (fundo de amparo ao trabalhador) para viabilizar a suspensão de interesse do empregador; 5) Lei 9958/00 - implementou as Comissões de Conciliação Prévia que dificultam o livre acesso do empregado à Justiça do Trabalho e ainda possibilitam acordos extrajudiciais com eficácia liberatória geral; 6) Lei 10.243/01 - alterou o § 2º. do art. 458 da CLT, ampliando o número de utilidades concedidas em troca do trabalho, deixando de ser consideradas salário *in natura*; 7) Lei 10.820/03 - relativizou o arcabouço protetivo do salário em prol da segurança das operações econômicas, trazendo nova

ma Trabalhista ampla veio com a Lei 13.467, no governo Temer, em novembro de 2017. Dessa vez, ao invés de alterações pontuais o legislador exagerou na dose, modificando mais de uma centena de dispositivos. Mencionem-se aqui as principais alterações da Consolidação das Leis Trabalhistas⁴⁴:

- Fim das horas *in itinere*, mesmo sendo o local de trabalho de difícil acesso e não servido de transporte regular público⁴⁵;
- Terceirização ampla, inclusive sobre a atividade fim e essencial da empresa⁴⁶;
- Exigência de horas extras habituais sem o condão de descaracterizar o regime de compensação de jornada⁴⁷;
- Dispensa de pagamento de horas extras para o teletrabalhador que presta serviço por produção ou tarefa⁴⁸;
- Restrição ao direito de postular equiparação salarial entre colegas com igual função⁴⁹;
- Prevalência do negociado sobre o legislado, ainda que para reduzir históricos direitos legais⁵⁰;
- Redução das hipóteses de concessão da Justiça Gratuita⁵¹;

Mais do que simples alterações, esta Reforma traduz sensível precarização das relações de trabalho, e desta vez nem mesmo os empresários a viram como estímulo para novas contratações, conforme revelou pesquisa realizada com as empresas de São Paulo:

exceção aos princípios da intangibilidade (art. 462, da CLT) e impenhorabilidade do salário (art. 649, IV, do CPC).

⁴⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6ª. Ed.; São Paulo: Editora LTr, 2017, pág. 728.

⁴⁵ (art. 58, § 2º)

⁴⁶ (alteração da Lei 6019/74 e ADPF 324, STF)

⁴⁷ (art. 59-C, parágrafo único, CLT)

⁴⁸ (art. 62, III) - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa. Conforme posterior redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022.

⁴⁹ (art. 461 e §§s, CLT)

⁵⁰ (art. 611-A, CLT e Tema 1046 do STF)

⁵¹ (art. 790, § 3º e 4º, CLT)

Para 70% das empresas de SP, Reforma Trabalhista não é grande incentivo a contratações e investimentos. Pesquisa da Fiesp mostra que apenas 22,2% dos empresários paulistas acreditam que a Reforma incentiva muito a ampliar os investimentos e as contratações de empregados.⁵²

Observa-se que a flexibilização das normas trabalhistas implica emprego *precarizado* não apenas de um reduto restrito, marginal ou esporádico, mas invade toda a zona do emprego estável ou permanente⁵³.

3.1. O MODELO *MCJOB* DOS RESTAURANTES *FAST FOOD*

Digno de nota é o modelo de trabalho dos empregados de baixa renda que prestam serviços para a franquia mundial *McDonald's*. Refiro-me ao “McJob”, expressão recorrente nos EUA e na Inglaterra ao se reportar aos trabalhadores desta e de outras redes de restaurante *fast-food*: Subway, Starbucks, Burger King, Pizza Hut etc.⁵⁴. Na maioria das vezes, são trabalhadores jovens em seus primeiros empregos, que se submetem a tarefas extenuantes e intensas em troca de uma remuneração reduzida e com pouca perspectiva de ascensão funcional. Trabalham em pé, em ritmo acelerado, sem descanso ou intervalo adequado para idas ao banheiro, e com a presença de um supervisor que fiscaliza a execução do trabalho. Em razão da força comercial de sua marca corporativa, boa parte destes humildes empregados sente orgulho de vestir o uniforme com a logomarca da empresa multinacional. Na maioria das vezes, são contratos precários e transitórios, com jornadas flexíveis que atendem exclusivamente ao interesse do empregador, conforme já invalidou o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo:

McDONALD'S. Ilegalidade. A engenhosa `jornada móvel e variável' não pode ser convalidada porque sujeita ao inteiro alvedrio de uma das partes - *in casu*, o empregador. Com efeito, não há benefício para o trabalhador que vê sua vida transformada num autêntico caos, sem saber quanto

⁵² Matéria publicada na InfoMoney com Bloomberg, em 28 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.infomoney.com.br/carreira/clt/noticia/6402750/para-das-empresas-reforma-trabalhista-nao-grande-incentivo-contratacoes-investimentos>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

⁵³ REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Pág. 71.

⁵⁴ “Um em cada 10 americanos já foi empregado da empresa. (...) Celebidades como Sharon Stone, Shania Twain, Jay Leno e Pink trabalharam no McDonald's antes de se tornarem famosas. Jeff Bezos, fundador da Amazon, também teve uma passagem pela chapa da rede”. Disponível em: <http://www.sixsoft.com.br/blog/a-origem-das-marcas-mcdonalds/>. Registre-se que o termo “McJob” foi incorporado ao Dicionário Oxford em 1986. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

tempo de trabalho lhe será exigido, mantendo-se à disposição e quiçá, aos caprichos do empregador⁵⁵.

Nesta modalidade de trabalho há um treinamento prévio em que se estimula não apenas o aprendizado dos procedimentos, mas também o emocional dos jovens subalternos. Exemplo disso é o chamado “funcionário do mês”, título atribuído àquele que se destaca no cumprimento das diretivas da empresa, cuja imagem é exposta na parede do restaurante. Quem nunca viu a esquisita foto nestes estabelecimentos do McDonald’s? De forma sarcástica, alguns americanos chamam de *hamburger-flipping job* este trabalho (de “virar hambúrguer”) de meio período, baixa qualidade e salário reduzido, geralmente realizado por imigrantes e *part-timers*⁵⁶.

Mas nada que esteja ruim não possa piorar. Refiro-me à substituição deste trabalho de chapeiro pela máquina. Desde 2018 já existe o *Flippy*, robô que lança e retira hambúrgueres da chapa por meio de: “olhos térmicos” que monitoram o processo de cozimento; um braço com ponta de espátula; e um sistema IA que mapeia a grelha e avisa o momento de os cozinheiros humanos colocarem o queijo. Assim, se de um lado o investimento com inovações tecnológicas deve ser bem acolhido, de outro é preciso estar atento para que não seja pretexto para menosprezar o trabalho humano. A população cresceu, as máquinas substituíram as vagas de emprego, deixando muitos trabalhadores fora do mercado. Os que ficaram são exigidos à exaustão. Esgotados e cientes da facilidade legal de serem substituídos a qualquer momento, acabam se conformando com a exploração, pois pior do que trabalhar demais é estar na condição de desempregado. Eis aí um dos maiores problemas sociais do país e do mundo capitalista.

Diante disso, o legislador não deve titubear em alinhar o mercado à proteção do trabalhador diante da automação, conforme o fez quando vedou o abastecimento de combustíveis por meio de bombas *self-service*. Esta medida legal não só se preocupou com a saúde dos clientes em relação ao contato com inflamáveis nocivos, como protegeu o emprego dos frentistas⁵⁷. Em suma, os extremos

⁵⁵ TRT-2a. Região, RO: 00025070920115020311 SP 00025070920115020311 A28, Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 4ª Turma, DEJT: 11/10/2013

⁵⁶ DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho. Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. 2ª. ed. Brasília: UnB, 1999, pág. 70. Registre-se que a aludida matéria da despedida em massa foi veiculada no *Newsweek*, em encarte especial sobre Desemprego, editada por Vittorio Zucconi, em 1/08/1993.

⁵⁷ Trata-se da Lei 9956/00. Lamenta-se que até agora apenas os postos de gasolina tenham sido atingidos pela proteção do mercado de trabalho em face da automação. Outros ramos como, por exemplo, o bancário, deveria ter legislação equivalente. Há que ser bem-vinda a regulamentação da Constituição na parte que protege o trabalhador da automação. Refiro-me ao art. 7º., XXVII, da Constituição Federal de 1988, que aguarda mais de três décadas a sua regulação por força de lei.

devem ser evitados: nem uma legislação trabalhista que desestimule por completo a onerosa contratação formal, tampouco uma liberdade de mercado que pretende tudo (inclusive a permanência histórica da exploração humana).

No final de 2022, a Espanha revogou a sua Reforma Trabalhista que precarizava o trabalho para, desta vez, coibir abusos de trabalho temporário, intermitente e terceirizações, além de estimular as negociações coletivas⁵⁸. Em igual direção, o Congresso do Chile aprovou, em abril de 2023, projeto de lei para reduzir gradualmente a semana de trabalho de 45 para 40 horas. Também cabe sublinhar que empresas de Portugal, Irlanda, Espanha e Bélgica vêm experimentando com sucesso a *semana de 4 dias*. Em pesquisa divulgada em fevereiro de 2023, a ONG *4 Day Week Global* apresentou resultados positivos de um projeto piloto no Reino Unido, envolvendo 61 empresas que somam cerca de 2,9 mil empregados. Dentre as vantagens, foi mencionado um ligeiro aumento do faturamento; redução do número de funcionários pedindo demissão; aumento da satisfação dos trabalhadores. No ano anterior, a mesma ONG desenvolveu um teste com 33 empresas em vários países – principalmente EUA e Irlanda – com resultados similares:

O número de horas trabalhadas caiu, em média, de 40,8 para 34,8 horas semanais. E os trabalhadores ficaram bastante satisfeitos com a nova rotina: de zero a 10, atribuíram nota 9,1, em média, à nova forma de organizar o trabalho⁵⁹.

Por outro lado, dentro deste eterno pêndulo avanço/retrocesso, hoje já se fala do modo de produção *bezosista*, assim chamado porque retrata a gestão de Jeff Bezos nos galpões de entrega e distribuição de encomendas da *Amazon*.

4. O BEZOSISMO DA AMAZON COMO NOVO PARADIGMA DE TRABALHO

O método Bezos se destaca no que diz respeito à forma de controlar o trabalho de seus funcionários, que atuam na área de *e-commerce* da empresa Amazon,

⁵⁸ Trata-se do Real Decreto-Lei 32/2021, de 28 de dezembro, aprovado em 3 de fevereiro de 2022, sobre medidas urgentes de reforma trabalhista, garantia da estabilidade do emprego e transformação do mercado de trabalho. Mais conhecido como Reforma Trabalhista de 2022, este decreto-lei modificou a Lei do Estatuto dos Trabalhadores na Espanha.

⁵⁹ “Semana de 4 dias: o que experiências mostram sobre futuro do trabalho”. André Shalders. Role, De Madri para a BBC News Brasil. Matéria publicada em 27 fevereiro 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/crgz4ny3k9xo>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

considerada a 2ª maior empregadora dos EUA, seguida apenas do *Walmart*⁶⁰. Neste método se vê uma mistura de *fordismo* (grandes armazéns com linhas de montagem), *toyotismo* (produção sob medida e com metas diárias), *uberismo* (controle por algoritmo e competição entre colegas) e algumas sensíveis inovações trazidas pelo seu CEO, Jeff Bezos. A principal delas diz respeito ao acelerado ritmo de trabalho, em que o próprio trabalhador se impõe a executar, na medida em que há uma competitividade velada e insidiosa entre os colegas de trabalho.

Funciona assim: diariamente, os trabalhadores são pressionados a alcançarem, no mínimo, a “taxa de 25%” da produtividade geral daquela unidade de produção, cuja métrica se dá pela média de desempenho agregado de todos os colegas, em tempo real. Assim, o sistema informatizado colhe a performance dos funcionários, medindo o tempo em que cada um leva para identificar itens, retirá-los das prateleiras e aloca-los em caixas para o despacho. A partir do compasso frenético de cada um, estabelece-se uma média geral. Tudo por meio de rastreadores de produtos, sensores de depósito, e medidores de desempenho (GPS portátil e pistolas de *scanners*), que registram a velocidade de todos os atos praticados e alimentam o sistema de aferição de resultado útil. Nesta perspectiva de absoluto controle e vigilância, os próprios empregados se veem impelidos a suprimir suas pausas, distração ou qualquer conversa paralela, via WhatsApp ou entre colegas.

Sublinhe-se, nesta esteira, o chamado “efeito Hawthorne” relativo à mudança de comportamento verificada sempre que o indivíduo tem ciência de estar sendo observado. No trabalho, isso representa um aumento, ainda que temporário, na produtividade do funcionário vigiado⁶¹. No caso dos galpões da Amazon, o que se vê são os trabalhadores hipermonitorados por algoritmo, esmerando-se além de seus limites físicos e psicológicos, dentro de uma jornada média de 10 horas, com meia hora de almoço, dois intervalos de 15 minutos, em quatro dias por semana.

⁶⁰ A empresa Amazon de Jeff Bezos conta com aproximadamente 1,5 milhão de funcionários, conforme dados da Reuters de 2023.

⁶¹ Conforme matéria do portal italiano: living economy advisors. Guide Finanziare. *Cos'è l'effetto Hawthorne?* Fonte: <https://it.livingeconomyadvisors.com/1461-what-is-the-hawthorne-effect> . Acesso em 6 de julho de 2023. Na matéria consta que o termo “efeito Hawthorne” foi cunhado pelo pesquisador Henry A. Landsberger em 1958, quando conduzia uma análise de experimentos anteriores realizados nas décadas de 20 e 30. Ele nomeou o efeito que descobriu após a *Hawthorne Works Electric Company*, em Hawthorne, Illinois, onde o primeiro experimento ocorreu. A concessionária de energia elétrica patrocinou um estudo com seus trabalhadores para aferir a eficiência/produtividade aumentaria após a troca da iluminação. Durante o estudo, a produtividade dos funcionários aumentou, tanto quando a iluminação foi aumentada quanto quando foi diminuída. No entanto, a produtividade diminuiu ao final do estudo.

Conforme estudo sindical realizado pela *UNI Global Union*, cada trabalhador acessa o sistema por meio de um dispositivo específico, que viabiliza o monitoramento de sua produtividade, a exemplo dos leitores de código de barras que enviam dados para o software *Associate Development and Performance Tracker* (ADAPT). Este aplicativo identifica a rapidez com que as tarefas são executadas, além de rastrear os tempos de não-tarefa (*ToT* ou “*Time off Task*”), indicando o exato horário em que o trabalhador se desconecta para o almoço ou idas ao banheiro. O subalterno que ultrapassar determinado limite de *ToT* estará sujeito a multas e, se for terceirizado ou temporário, correrá o risco de não ter seu contrato renovado⁶². Aliás, decisões rápidas são marcas deste modelo automatizado.

Além de todo este aparato tecnológico de controle, duas vezes por dia aparece o gerente de depósito para uma breve reunião, em pé, relatando o último levantamento da métrica. Neste momento, os trabalhadores mais lentos são tacitamente alertados a reagir para não caírem na lista dos “caras sólidos”⁶³, assim chamados aqueles que estão dentro da “*taxa mais baixa de 25%*”, sujeitos à advertência e ameaças de desligamento. Não por coincidência que a empresa fornece gratuitamente café (como estimulante) e aspirina (como analgésico).

O editor de tecnologia do *Wall Street Journal*, Christopher Mims, foi quem batizou este modelo de bezosismo (“*bezosism*”), quando de sua obra publicada em 2021, sob o sugestivo nome: “*Arriving Today: From Factory to Front Door*”, em tradução livre “Chegando hoje: da fábrica à porta da frente”. Nela, Mims faz uma investigação reluzente sobre as novas condições e regras do *e-commerce*, transporte e gerenciamento da cadeia de suprimentos no varejo. Ao final, conclui que o bezosismo é uma “mistura de vigilância, medição, truques psicológicos, metas, incentivos, slogans”, além de uma atitude agressiva de Jeff Bezos, que faz uso de uma “variedade de tecnologias inteligentes e outras patenteadas por ele próprio”⁶⁴.

⁶² “*Amazon, o trabalho ditado pelo algoritmo: é pior do que o esperado*”. Por Bárbara Calderini, Publicado em 25 de outubro de 2021 no Portal italiano: Agenda digitale. Fonte: www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/bezosismo-il-lavoro-gestito-dallalgoritmo-limpatto-su-diritti-e-dignita-dei-lavoratori/. Acesso em 5 de julho de 2023. A aludida UNI Global Union é uma federação que agrega mais de 900 sindicatos do setor de serviços de 140 países ao redor do mundo.

⁶³ John Rossman, ex-gerente da Amazon, publicou o livro: “*The Amazon Way*”, John Rossman, explicando que este termo (“cara sólido”) se refere aos trabalhadores prestes a serem dispensados diante da baixa performance.

⁶⁴ “*The Way Amazon Uses Tech to Squeeze Performance Out of Workers Deserves Its Own Name: Bezosism*”. Por Christopher Mims. Publicado no “*The Wall Street Journal*”, em 11 de setembro de 2021. Fonte: <https://www.wsj.com/articles/the-way-amazon-uses-tech-to-squeeze-performance-out-of-workers-deserves-its-own-name-bezosism-11631332821?mod=djemalertNEWS>. Acesso: 5/7/2023.

Duas das entrevistas coletadas pelo jornalista Mims se destacam: uma com o jovem Tyler Hamilton, de 22 anos, que trabalhou no centro de atendimento da Amazon em Shakopee, Minnesota, e a outra com o senhor Austin Morreale, um arrumador de 50 anos, que trabalhou por 6 semanas na Amazon, centro de atendimento LGA9, em Edison, NJ, tendo lá ficado até desenvolver síndrome do túnel do carpo. Nestes dois depoimentos há revelações interessantes e significativas, aqui separadas:

- *“Eram 10 horas de trabalho enfadonho e entorpecente, ficando praticamente na mesma posição durante todo o turno” (Morreale)*

- *“no final do turno, eu estava encharcado de suor e com dores como não sentia desde que jogava futebol competitivo.” (Morreale)*

- *“Se há pessoas que pegam atalhos, se há pessoas que tomam toneladas de café e toneladas de bebidas energéticas para ir mais rápido, isso aumenta a taxa acumulada... Ou seja, se você quiser se manter na média, terá que economizar e tomar café e bebidas energéticas a cada intervalo.” (Hamilton)*

- *“o café sai de graça das máquinas” (Hamilton)*

Na atenta observação de Cardoso e Neffa, há, neste novo paradigma, um ritmo alucinante de trabalho, com prazos curtos, forte repetição, cadências elevadas, progressiva produtividade e eficiente controle. Com a ajuda das NTDIC (novas tecnologias digitais de comunicação e informação) e o uso cada vez maior da IA, Big Data e algoritmos, as empresas passam a ter maior controle, mesmo que à distância, sobre todo o processo produtivo. Além disso, há um rompimento sensível das fronteiras espaciais e temporais, com a possibilidade de redução de custos e aumento da precarização do trabalho. Como resultado deste cenário, crescem e se diversificam as formas de sofrimento e doenças laborais, além da continuidade das lesões (LER/DORT): fadiga generalizada, estresse, ansiedade, angústia, depressão, medo, esgotamento profissional (Síndrome do pânico e de Burnout), alcoolismo, problemas cardíacos, dentre outros, completam os sociólogos⁶⁵.

Jeff Bezos, já preocupado com as críticas que vêm recebendo, antecipou-se a rebatê-las em carta aos acionistas. Nela sustenta que a Amazon faz uso de algoritmos sofisticados para rotacionar funcionários a fim de “reduzir movimentos repetitivos e ajudá-los na proteção dos riscos de distúrbios músculo-esqueléticos”. De modo mais direto, Bezos completa sua réplica: “Lendo algumas no-

⁶⁵ CARDOSO, Ana Claudia Moreira. NEFFA, Júlio César. *Mudanças nos tempos de trabalho como determinantes do processo saúde-doença*. In: ROSSO, S. D.; CARDOSO, A.C.M.; CALVETE, C.S., KREIN, J. D. (Org.). O futuro é a redução da jornada de trabalho. Porto Alegre: CirKula, 2022. p. 376.

tícias, você pode pensar que nossos funcionários são almas desesperadas, às vezes tratados como robôs, (mas) estas não são análises precisas, (pois) nossos funcionários são pessoas sofisticadas e atenciosas, que podem escolher onde trabalhar”. Aliás, “quando pesquisamos nossos funcionários, 94% dizem que recomendariam a Amazon a um amigo como um lugar para trabalhar”. Sim, “eles podem fazer pausas informais durante seus turnos, pegar água, usar o banheiro ou falar com um gerente, tudo sem afetar seu desempenho”, completa o CEO da Amazon⁶⁶. De nossa parte, lamenta-se ver Bezos esquecendo de esclarecer um detalhe: a forte pressão por produtividade que exsurge do sistema algorítmico como um todo.

Por tal motivo, neste modelo fatigante há intensa rotatividade de mão de obra, o que não chega a ser um problema para a Amazon, que quase nada investe em treinamento, além de instalar seus armazéns, estrategicamente, próximos de regiões carentes em que sobram desempregados prontos para suprir suas renovadas vagas de emprego. Em matéria publicada na revista Exame, consta que a sede da Amazon, em Seattle, determinou a um recrutador colocar panfletos de “procurar-se trabalhador” em escolas secundárias, bancos de alimentos e abrigos para moradores de rua. O agenciador achou a ordem desesperada, mas estava ciente da dificuldade de achar pessoas dispostas a trabalhar para a Amazon, a exemplo de um candidato que, ao saber que a remuneração inicial era de US\$ 18,25 por hora, disse que com tal valor sequer conseguiria pagar o aluguel⁶⁷.

A Amazon vem investindo pesado em sua frota de unidades robóticas, em que robôs móveis autônomos transportam mercadorias nos centros de atendimento da empresa. Com nomes heroicos, como *Hércules* (que combina força e velocidade), *Pegasus* (classifica as encomendas por código postal ou via de entrega) e *Xanthus* (classifica e realiza outras tarefas mais delicadas). Além destes há também o famoso braço amarelo, *Sparrow*, o primeiro robô da Amazon capaz de detectar, selecionar e manipular produtos de maneira individual nos armazéns da empresa, deixando-os em caixas na frente dos humanos. Com o uso de inteligência artificial e visão computacional, o novo robô consegue lidar

⁶⁶ “Amazon, o trabalho ditado pelo algoritmo: é pior do que o esperado”. Por Bárbara Calderini, Publicado em 25 de outubro de 2021 no Portal italiano: Agenda digitale. Fonte: www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/bezosismo-il-lavoro-gestito-dallalgoritmo-limpatto-su-diritti-e-dignita-dei-lavoratori/. Acesso em 5 de julho de 2023.

⁶⁷ “A estratégia da Amazon para contornar a falta de gente disposta a trabalhar nos galpões da empresa. Num cenário de escassez generalizada de mão de obra nos Estados Unidos, a varejista global aposta em tecnologia para continuar crescendo apesar da falta de braços”. Revista Exame. Por Matt Day, da Bloomberg Businessweek, publicado em 23 de dezembro de 2022. Fonte: <https://exame.com/negocios/a-estrategia-da-amazon-para-contornar-a-falta-de-gente-disposta-a-trabalhar-nos-galpoes-da-empresa/>. Acesso em 31 de julho de 2023.

com 65% dos itens guardados no depósito (livros, garrafas etc.). Além destes, há também o *Robin* e o *Cardinal*, que classificam pacotes juntos com o *Proteus* que levanta e move carrinhos com até 360 quilos, de modo autônomo. Tudo para reduzir as taxas de lesões e rotatividade em seus armazéns, diz Tye Brady, tecnólogo-chefe da *Amazon Global Robotic*, ocultando que tal automação vem reduzindo o número de empregos⁶⁸.

Em suma, as máquinas operam ao lado de trabalhadores hipervigiados e em ritmo alucinado. O fato de seus contratos não serem duradouros e de competirem entre si traz outra vantagem para o empregador, qual seja o esvaziamento de qualquer espírito coletivo ou de organização sindical. Vale dizer: a comparação e a competição entre trabalhadores compõem uma estratégia que promove a individualização, desfavorece a união e mina qualquer relação de pertencimento⁶⁹.

Como bem observa Cássio Casagrande, a pregação de que a revolução tecnológica veio para libertar o trabalhador é, pois, uma falácia ideológica. Assim, o velho e bom Direito do Trabalho, com sua proteção contra o despotismo fabril e a nova tirania algorítmica, “nunca foi tão necessário e urgente”⁷⁰. Pena que a legislação trabalhista é sempre estigmatizada como um diploma legal anacrônico e obstrutor de empregos; uma algazarra falsa e persuasivo da classe dominante, conforme veremos a seguir.

5. ERA UMA VEZ UM PATINHO FEIO CHAMADO LEI TRABALHISTA

Mitos e falácias foram criados pela mídia e por boa parcela dos economistas em relação à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) de 1943, em vigor até hoje. O primeiro deles é que ela foi inspirada na *Carta Del Lavoro* do regime fascista italiano. Não é verdade, pois apenas um único artigo da nossa legislação foi

⁶⁸ “Conheça o novo robô da Amazon, capaz de realizar algo inédito nos armazéns. O anúncio do Sparrow, novo robô da Amazon equipado com inteligência artificial, foi ofuscado pelas demissões que ocorreram em novembro”. Por Laysa Ventura, editado por Nick Ellis em 03/12/2022. Olhar Digital. Fonte: <https://olhardigital.com.br/2022/12/03/reviews/conheca-o-novo-robo-da-amazon-capaz-de-realizar-algo-inedito-nos-armazens/>. Acesso em 31 de julho de 2023.

⁶⁹ VIANA, Márcio Túlio. *O direito, a química e a realidade sindical*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, p. 49-51, jan/jun. 1999, pág. 50. LEME, Ana Carolina R. P. *De vidas e vínculos: as lutas dos motoristas plataformizados por reconhecimento, redistribuição e representação no Brasil*. SP: LTr, 2023, pág. 193. DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005, pág. 42.

⁷⁰ CASAGRANDE, Cássio. “Bezosismo = taylorismo + fordismo + toyotismo. Amazon, símbolo da revolução tecnológica, desenvolveu sistema de controle total dos empregados”. Portal do Jota, Coluna: “O mundo fora dos autos”, publicado em 01/11/2021. Fonte: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/bezosismo-amazon-taylorismo-fordismo-toyotismo-01112021>. Acesso em 5 de julho de 2023.

copiado da referida Carta de Mussolini, qual seja a que autorizava o nascimento de entidades representativas através de Registro Sindical, emitido conforme a conveniência do governo. Este dispositivo solitário já restou revogado na década de 1980, assim como mais da metade de seus 921 enunciados. Aliás, do total de dispositivos somente 625 se referiam aos direitos trabalhistas propriamente ditos (os demais regulam o processo do trabalho), sendo que deste número apenas 255 não sofreram alteração ou revogação⁷¹.

Também não se pode dizer que a CLT foi um “presente” do governo populista de Getúlio Vargas, pois, na verdade, o Brasil foi um dos últimos países democráticos a ter legislação social, nomeadamente após o fenômeno da *constitucionalização dos direitos trabalhistas*, iniciado pela Constituição do México, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, em 1919, além da própria criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nesse mesmo ano. Ademais, importa lembrar que na época da edição da CLT tivemos inúmeros movimentos paredistas e de pressão por parte dos operários, que clamavam por uma regulamentação do trabalho. E aqui reside outro mito, qual seja o de que “a lei trabalhista só protege o trabalhador”. Mais uma inverdade.

É sabido que quando o empregador cumpre a legislação social, ela se volta a favor dele próprio, sobretudo porque regula e apazigua o modo capitalista e a legitimação do lucro. Imagine se não houvesse a segurança jurídica da norma trabalhista? Seria o caos para a classe patronal, pois teríamos greves permanentes e reivindicações constantes na busca de um rol de direitos regulados. Com efeito, a CLT só se torna inimiga de quem a descumpra (assertiva, aliás, que também vale para as demais legislações)⁷². Nesta mesma toada, cabe refutar outro sofisma, qual seja a de que a legislação trabalhista brasileira é completamente diferente da dos demais países. Observa-se que a ala capitalista insiste em declarar que somos uma espécie de “patinho feio”, sendo o Brasil o único

⁷¹ Mais sobre o tema, consultar: CASAGRANDE, Cássio. “Associar a CLT ao fascismo é uma mistificação da História. Afirmativa revela ignorância sobre origens do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo”. Publicado no Portal Jota, em 6 de agosto de 2018. Fonte: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/associar-a-clt-ao-fascismo-e-uma-mistificacao-da-historia-06082018>. “Acha a CLT ultrapassada? Veja quantas mudanças já foram feitas em 74 anos”. Por Marcus Lopes. Portal do UOL, Economia, publicado em 28 de maio de 2017. Fonte: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/05/28/acha-a-clt-ultrapassada-veja-quantas-alteracoes-ela-ja-sofreu-em-74-anos.htm>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

⁷² Cabe sublinhar, ainda, outra falácia repetida a pretexto da aprovação da Reforma Trabalhista. Os desavisados congressistas diziam que a nossa CLT se encontrava defasada, por se tratar de um diploma legal surgido em 1943. Ocorre que dos 921 artigos originais, apenas 188 mantinham-se em vigor. Todos o restante já tinha sido modificado por sucessivas alterações legislativas. Agora, com a Reforma Trabalhista de 2017, este número se alargou, pois mais de uma centena deles foi alterado no sentido de esvaziar a proteção do trabalhador.

país com legislação trabalhista protetiva. Isto também não é verdade, pois a CLT é muito parecida com as demais legislações sociais de Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, Argentina, Uruguai, dentre outras.

A verdade é que virou mania falar mal da Lei e da Justiça do Trabalho pátrias. Quando do evento *Brazil Forum*, realizado em Londres em 2017, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou: “Temos que trabalhar com fatos e não com escolhas ideológicas prévias. O Brasil, sozinho, tem 98% das ações trabalhistas do mundo”. Desculpe ministro, mas a sua declaração constitui um factóide. Diante de sua alargada cultura e história acadêmica, reputo que essa equivocada afirmação fora induzida por *fake news*.

A propósito, quem melhor a desmascarou foi o professor de Direito Comparado, Doutor pelo IUPERJ, Cássio Casagrande, em sugestivo artigo: “*Brasil, campeão de ações trabalhistas. Como se constrói uma falácia*”, publicado no portal Jota. Com proficiência e erudição, este Procurador do Ministério Público do Trabalho bem rechaça a equivocada afirmação do ministro de que nos EUA só há 75 mil ações trabalhistas. O erro teve início em uma publicação um tanto tendenciosa do sociólogo neoliberal, José Pastore, que apurou tão somente dados da Justiça Federal norte-americana, “esquecendo” que naquele país as reclamações trabalhistas são julgadas de forma concorrente pela Justiça Estadual de cada região. Considerando esta real competência acumulada, o número de ações trabalhistas nos EUA passa de 1,7 milhão (e não dos parcos 75 mil declarados por José Pastore e repetido pelo ministro Barroso). Ademais, cabe sublinhar, que nos EUA é forte e abrangente o uso da Ação Coletiva (*Class Actions*). Só no famoso Caso *Boeing (versus JF Illinois)* tivemos 190 mil litigantes⁷³. Estas falácias deferidas contra a legislação e a justiça trabalhista me fazem lembrar da célebre frase de Joseph Goebbels: “uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade”. Detalhe: Goebbels era o ministro da propaganda do governo nazista de Adolf Hitler.

No Brasil já faz tempo que existe sim alta taxa de disputas judiciais, mas não na proporção declarada pela mídia. Enquanto na Alemanha os litigantes representam 1,4% da População Economicamente Ativa (PEA), no Brasil alcança 3,4% da PEA. Contudo, esta litigiosidade não é só da área trabalhista, mas também no campo do direito do consumidor, na esfera tributária, criminal e de família. Credito este alto grau de judicialização à cultura da “falta de diálogo” das partes interessadas, sobretudo entre patrão e empregado. Muitas vezes, ao

⁷³ Fonte: <https://www.jota.info/artigos/brasil-campeao-de-aco-es-trabalhistas-25062017>. Artigo publicado em 25 de junho de 2017.

questionar o cabimento de algum direito que entende desprezado, o trabalhador ouve do próprio empregador: “*Não está satisfeito? Então vá procurar seus direitos na Justiça do Trabalho*”. E ele vai.

Nunca é demais realçar que as formas mais flexíveis de contratação, a exemplo da terceirização, teletrabalho, contratos intermitentes, estágios e autônomos podem até reduzir o contingente de desempregados, contudo criam número absurdo de ocupações precarizadas, com salários aviltantes e contratos de curtíssima duração. Veja-se, por exemplo, a cilada do *trabalho intermitente*, trazido pela Reforma Trabalhista de 2017, que se dá pela contratação de um trabalhador para prestar serviços esporádicos ou sazonais, em que se alternam períodos de atividade e inatividade. Ocorre que, apesar de registrado em Carteira de Trabalho (CTPS), inclusive para efeitos estatísticos de governo (Caged)⁷⁴, este trabalhador pode ser que nunca seja convocado e por consequência nenhum salário receba. Logo, a vantagem maior é do empregador que passa a ter um banco de empregados à sua disposição para poder convocar apenas quando de suas necessidades pontuais, a exemplo do serviço de garçom em uma casa de eventos. Assim, uma vez aceita a oferta, a parte que descumprir deverá pagar à outra multa de 50% da remuneração que seria devida pela convocação⁷⁵. Ou seja, além de formalizar o “bico do *free lancer*”, a lei criou um mecanismo que penaliza eventuais desistências de última hora por parte do trabalhador.

Lamentamos dizer que, geralmente, o empresário não é um sujeito que prioriza empregabilidade, pois o seu foco não é a função social, mas o lucro do empreendimento. Por sua vez, a marca do capitalismo nunca foi a solidariedade, mas a *acumulação* e a *competitividade*; um jogo em que sempre prevalecem os interesses dos mais fortes economicamente. Nesta esteira cabe lembrar do comentário de Leonardo Boff:

A lógica interna desse sistema, entretanto, é ser acumulador de bens e serviços, e por isso criador de grandes desigualdades e injustiças, explorador

⁷⁴ Segundo dados do Cadastro Nacional de Empregados e Desempregados, o conhecido CAGED, em 2021 foram realizadas mais de 22 mil contratações nesta modalidade intermitente e aproximadamente 15,3 mil desligamentos, implicando um saldo de quase 7 mil empregos. Na verdade, esse número é apenas uma “bolha estatística”, vez que não se trata de atividades plena e necessariamente remunerada.

⁷⁵ Assim prevê o art. 452-A, § 4º, da CLT: “Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo”.

ou dispensador da força de trabalho e predador da natureza. *Ele é apenas competitivo e nada cooperativo*⁷⁶.

A título de ilustração, veja que nos últimos anos nunca se viu tanto lucro das instituições financeiras e das *big techs* (Apple, Amazon, Alphabet, Microsoft e Meta), mas, ainda assim, tais corporações insistem em sucessivas despedidas em massa. Tudo em nome de uma reengenharia ou reestruturação produtiva, sobretudo pela alegação do incremento da máquina em substituição ao trabalho humano. Certa vez, a maior empresa americana de produtos de limpeza e cosméticos, a *Procter & Gamble*, anunciou que 13 mil funcionários no mundo seriam despedidos e 30 fábricas fechadas, como *medida preventiva*. Indignado, o sociólogo Domênico de Masi observou em tom irônico: a solução somente se dará quando esta empresa se der conta de que “não sobrarão mais ninguém com dinheiro suficiente para comprar as fraldas e os cotonetes que elas produzem”⁷⁷.

Outra notícia emblemática se deu em relação ao empresário espanhol, Amâncio Ortega, detentor de uma das maiores fortunas do mundo, proprietário de uma rede com milhares de lojas em quase uma centena de países. Diz a manchete da Revista Exame⁷⁸: “Zara pagará R\$ 5 mi por descumprir acordo sobre trabalho escravo”. Ora, como pode uma corporação tão rentável negligenciar direitos sociais tão mezinhas, e explorar de forma tão injusta trabalhadores da sua linha de produção? Em outubro de 2021, uma outra investigação da Polícia Civil do Ceará concluiu que uma de suas lojas cometia atos ilícitos de discriminação, ao acionar um alerta cada vez que um cliente negro e com padrão de roupa simples adentrava no estabelecimento⁷⁹.

⁷⁶ BOFF, Leonardo. *Fundamentalismo: a globalização e o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, pág. 38.

⁷⁷ DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho. Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. 2ª. ed. Brasília: UnB, 1999, págs. 73 e 74. Registre-se que a aludida matéria da despedida em massa foi veiculada na *Newsweek*, em encarte especial sobre Desemprego, editada por Vittorio Zucconi, em 1/08/1993.

⁷⁸ Matéria publicada em 01/06/2017. Por Tatiana Vaz. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/zara-pagara-r-5-mi-por-descumprir-acordo-sobre-trabalho-escravo/> Da matéria constatou que em 2011, depois de trabalhadores que produziam roupas para a marca terem sido resgatados de condições consideradas degradantes, a Zara firmou com o Ministério Público do Trabalho de São Paulo um TAC (Termo de Ajuste de Conduta) e descumpriu, o que gerou a penalização.

⁷⁹ “Zara criou código para ‘alertar’ entrada de negros em loja, diz polícia”. Carlos Madeiro. Colaboração para o UOL, em Maceió. Publicado em 20/10/2021. Disponível em: noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/10/20/ce-zara-criou-codigo-para-alertar-entrada-de-negros-em-loja-diz-policia.htm?cmpid=copiaecola&cmpid=copiaecola. Acesso em 22 de fevereiro de 2023.

Infelizmente, tenho percebido, dentro da minha área de atuação profissional, que muitas vezes a sanha lucrativa do empresário ignora até mesmo a dignidade da pessoa humana, sendo recorrente no ambiente do trabalho os casos de assédio sexual e moral; humilhações; deboches; dispensas injuriosas; ameaças pelo descumprimento de metas; patrulhamento ideológico e tantos outros abusos no exercício da direção do empreendimento ou mesmo fora dele.

Não se pode impulsionar a concentração de renda nas mãos de uma minoria, conforme vem acontecendo neste global modelo de mercado total. Ao contrário, é preciso compreender que todos que contribuem para o resultado devem participar dos lucros e resultados, conforme sinalizou a Constituição Federal⁸⁰. Dito de outro jeito: é preciso conscientizarmos que não resolveremos nossos problemas sem também resolvermos o problema dos outros.

Aqui peço licença para compartilhar uma história pessoal. No nosso escritório de advocacia, de tempos em tempos, temos meses de alta arrecadação, o que gera uma alegria a todos os advogados registrados e envolvidos na partilha dos lucros. Certa vez, percebi que a nossa alegria contrastava com a indiferença da Dona Lucia, a humilde funcionária que, com tanto esmero, servia-nos cafezinho há quase duas décadas. Os sócios concluíram, então, que não era justo deixá-la de fora na divisão dos bons resultados. Foi então que decidimos estender o programa de participação nos lucros a todos os empregados, sem distinção. Confesso que ver a alegria da Dona Lucia no compartilhamento do resultado positivo criou, no ambiente de trabalho, uma atmosfera fraterna, justa e solidária. Este, pois, deve ser nosso anseio: que *todos* compartilhem do êxito do empreendimento.

Em direção oposta, lastima-se que quase todas medidas que flexibilizam as formas de contratação e remuneração acabam por agravar o quadro de exploração do capital sobre o trabalho. Se de um lado é preciso reduzir os tributos sobre a folha de pagamento, de outro, urge manter a legislação que assegura dignidade e pleno emprego. Não se ignore que uma Economia saudável requer prosperidade para todos e não apenas para uma parcela ínfima de privilegiados. Desempregar a massa de trabalhadores ou empobrecê-la (com condições precárias e proventos reduzidos) afeta a Economia como um todo. Em igual toada, o festejado jurista uruguaio, Américo Plá Rodriguez, foi certeiro ao observar que o princípio de proteção não constitui obstáculo às mudanças exigidas pe-

⁸⁰ Neste sentido o art. 7º, XI, da Constituição Federal de 1988.

los tempos, pois a “sua própria maleabilidade lhe permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude”⁸¹.

Nesta esteira, estou convencido de que o melhor modelo é aquele que traduz o tripé da sustentabilidade, conjugando desenvolvimento social, ambiental e econômico, a exemplo do que seguem as empresas oriundas de países como a Suécia e a Noruega. Por outro lado, conforme observa Sachs, o desenvolvimento sustentável é incompatível com o jogo irrestrito das forças neoliberais de mercado. Sim, pois elas são “por demais míopes para transcender os curtos prazos e cegos para quaisquer considerações que não sejam lucros e a eficiência Smithiana de alocação de recursos”⁸².

5.1. O PAPEL DA OIT

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem papel importante para fincar padrões mínimos e direitos universais de proteção ao trabalho decente, visando, sobretudo, o combate à exploração e ao *dumping* social. Não se ignore, pois, que as declarações e as resoluções das Organizações Internacionais exercem grande influência na conformação das normas jurídicas, especialmente pela interação com o costume internacional e, também, com os princípios gerais do direito, observa Gunther⁸³.

Não por coincidência, em sua 95ª Conferência Mundial de 2006, a OIT publicou a Recomendação n. 198 para que os Estados-membros adotassem uma política nacional destinada a adaptar a legislação, com a finalidade de garantir proteção efetiva aos trabalhadores. Em junho de 2015, a Conferência Internacional do Trabalho (CIT), aprovou outra Recomendação, a de n. 204, relativa à transição da economia informal para formal. Em 2017, a Recomendação sobre

⁸¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução: Wagner Giglio. 3. ed. 2000, 2. tir. 2002. p. 82. Registre-se que a 1. ed. foi escrita em 1978, pág. 82

⁸² SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Organização de Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 55. Sublinhe-se que os termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, embora distintos, direcionam-se para um único significado, eis que complementares entre si. Assim, observa Carvalho, pode-se afirmar que “a sustentabilidade se relaciona com o fim, enquanto o desenvolvimento sustentável liga-se com o meio”. CARVALHO, Sonia Aparecida de. *Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2015. Fonte: https://www.academia.edu/101815390/Direitos_Humanos_Developolvimento_Sustentavel_e_Sustentabilidade. Acesso em 17 de julho de 2023.

⁸³ GUNTHER, Luiz Eduardo. *Resoluções e Declarações da OIT: natureza e efeitos*. Tese de Doutorado em Direito. Curitiba: Biblioteca da Universidade Federal do Paraná, 2002, pág. 332. Fonte: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/75664/D%20-%20T%20-%20LUIZ%20EDUARDO%20GUNTHER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 2 de julho de 2023.

Emprego e Trabalho Decente para a Paz e a Resiliência, n. 215, apelou para a aplicação de uma perspectiva de gênero em todas as atividades de elaboração, execução, monitoramento e avaliação da resposta à crise. Em 2019, a Declaração do Centenário do Futuro do Trabalho reafirmou que o estabelecimento e a promoção das Normas Internacionais do Trabalho são de fundamental importância para a OIT, inclusive para mitigar os impactos da vivenciada crise sanitária oriunda da pandemia de COVID-19.

A regulação do trabalho em plataformas digitais é tema de atenção de diversos países, a exemplo da Califórnia, que aprovou em novembro de 2020, a “*App-Based Drivers as Contractors and Labor Policies Initiative*”, conhecida como Proposition 22, regulando a relação entre motoristas, entregadores de aplicativos e plataformas. Na Espanha, em maio de 2021, foi aprovado o Real Decreto-ley 9/2021, conhecido como Ley Rider, que estabeleceu requisitos para a presunção de vínculo empregatício e direito à informação do gerenciamento por algoritmo. Em Portugal, no final de 2022, a Comissão do Trabalho, Segurança Social e Inclusão aprovou proposta que resultou na criação do art. 12-A do Código do Trabalho com presunção de laboralidade a relação que contiver alguns indícios concretos. No Brasil, este assunto é objeto de mais de uma centena de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional⁸⁴. Já passou da hora de regular estas novas modalidades de trabalho.

Recentemente, após a divulgação do relatório Perspectivas Sociais e de Emprego no Mundo - Tendências 2023, o diretor do escritório da OIT para o Brasil, Vinícius Pinheiro, declarou: “Um dos maiores desafios do mercado de trabalho brasileiro continua sendo a formalização das 39 milhões de pessoas – 39,1% da população ocupada – que estão na economia informal, sem direitos trabalhistas”⁸⁵.

⁸⁴ Sobre o tema consultar: *Debates conceituais e regulatórios sobre o futuro do trabalho em plataformas digitais* [recurso digital] / Organização: Ana Paula Camelo et al. São Paulo: FGV Direito SP, 2022. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/32018/ebook2_gig-economy_cepi-fgv.pdf?sequence=1. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

⁸⁵ In: “*Perspectivas sociais e do emprego no mundo: Tendências 2023. O Relatório WESO Trends da OIT e o comportamento recente do mercado de trabalho no Brasil*. Notícias. Publicado em 16 de janeiro de 2023. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_865530/lang-pt/index.htm. Ver também: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_745248.pdf. Acesso em 18/2/2023. O nome original do aludido relatório é World Employment and Social Outlook: Trends 2023 (Weso Trends)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as Reformas legislativas, as mudanças estratégicas no modo de produção e o fortalecimento da ideologia neoliberal que incute desejos e valores impróprios da realidade da classe trabalhadora, o que se vê é uma captura de sua subjetividade para acreditar que é bom estar fora da proteção da CLT. Nesta esteira, a própria Justiça do Trabalho se vê em um processo de desconstrução, a qual passa a representar uma faceta menos relevante e com papel secundário, sobretudo, observa Marques Filho, por movimentos paulatinos, porém contínuos, por partes dos Poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, que concorre para a redução de sua importância. Nas lentes de Cavalcanti, isso ocorre porque os seus integrantes estão imersos na ideologia dominante: como ser social, a magistratura não vive isolada dos dogmas, das crenças, “mas são aparelhos ideológicos do Estado que serve à estabilização do *status quo*”⁸⁶.

Há pouco fizemos uma provocação de que a legislação trabalhista é **estigmatizada, sendo** tratada como uma espécie de “patinho feio”, sobretudo pela ideologia neoliberal, boa parcela da mídia e de ministros do Supremo Tribunal Federal. Todos eles insistem no intento de esvaziar o poder da Justiça do Trabalho⁸⁷. E assim o fazem ao enaltecer a *livre iniciativa*, como fundamento da nossa Carta Republicana. Desprezam, contudo, que ao lado deste valor econômico, o inciso IV do primeiro artigo da Constituição fala justamente dos “valores sociais do trabalho”. Assim, no atento e correto comentário do meu xará, José Afonso da Silva, a iniciativa privada é um princípio básico do capitalismo, mas, “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”⁸⁸. Logo, esta clivagem não se justifica, sendo correto o equilíbrio entre o capital e o trabalho humano, conforme se propõe o Direito do Trabalho mundo afora.

No célebre conto do dinamarquês, Hans Christian Andersen, escrito em 1843, um certo patinho feio sempre foi estigmatizado por sua diferente apa-

⁸⁶ MARQUES FILHO, Lourival Barão. *Litigantes em fuga: o ocaso da Justiça do Trabalho? Como as novas tecnologias e a reforma trabalhista impactam a litigiosidade trabalhista*. São Paulo: Dialética, 2022, pág. 247. CAVALCANTI, Tiago Muniz. *Sub-humanos: o capitalismo e a metamorfose da escravidão*. São Paulo: Boitempo, 2021, pág. 226.

⁸⁷ Na nossa opinião, a maioria da atual composição do STF é refratária à essência tutelar do Direito do Trabalho, conforme depreende de inúmeros julgados, a exemplo da ADC 58 que pôs fim aos juros moratórios e apequenou o crédito trabalhista, e de tantas Reclamações que afastaram a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar relações de trabalho, em flagrante violação ao art. 114 da Constituição e ao Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, próprio do microsistema trabalhista.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. SP: Saraiva, 2015, pág. 720.

rência em relação aos seus irmãos de criação. Somente mais tarde, ao descobrir que sua verdadeira identidade não era a de um pato, mas de um lindo cisne, igual àqueles que avistava em um lago, o velho palmípedes renasce ao perceber que era tão ou mais belo do que os demais. Que assim seja o destino do Direito laboral e da Justiça do Trabalho, quando perceberem que é justamente a sua peculiaridade que lhe faz distinta e proeminente. Que os operadores do Direito, os trabalhadores e a sociedade como um todo possam despertar desta letargia, que renega e abjura a importância dos Direitos Sociais, neles incluídos os trabalhistas. A propósito, Sêneca, em uma de suas Cartas a Lucílio, nos alerta:

“Quem tem o sono leve, mesmo quando descansa tem a visão das coisas e a consciência de estar dormindo; um sono muito profundo, porém, entorpece tão profundamente o espírito que o faz perder o conhecimento de si próprio.”

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 7a. ed., SP: Cortez, 2000.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

AOKI, Masahiko. *Information, incentives, and bargaining in the Japanese economy*. Cambridge: University Press, 1988.

BARIA, Paulo. *Uber e relação de emprego em tempos de pós-verdade*. Suplemento Trabalhista LTr, 074/17. São Paulo: 2017, ano 53, pág. 389.

BOFF, Leonardo. *Fundamentalismo: a globalização e o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

CARDOSO, Ana Claudia Moreira. NEFFA, Júlio César. *Mudanças nos tempos de trabalho como determinantes do processo saúde-doença*. In: ROSSO, S. D.; CARDOSO, A.C.M.; CALVETE, C.S., KREIN, J. D. (Org.). *O futuro é a redução da jornada de trabalho*. Porto Alegre: CirKula, 2022.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX*. In: Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. Coord: Ana Carolina Reis Paes Leme, Bruno Alves Rodrigues, José Eduardo de Resende Chaves Junior. São Paulo: LTr, 2017, pág. 141.

CARVALHO, Sonia Aparecida de. *Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSMI, 2015. Fonte: https://www.academia.edu/101815390/Direitos_Humanos_Developolvimento_Sustent%C3%A1vel_e_Sustentabilidade. Acesso em 17 de julho de 2023.

CASAGRANDE, Cássio. *“Associar a CLT ao fascismo é uma mistificação da História. Afirmativa revela ignorância sobre origens do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo”*. Publicado no Portal Jota, em 6 de agosto de 2018. Fonte: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/associar-a-clt-ao-fascismo-e-uma-mistificacao-da-historia-06082018>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

CASAGRANDE, Cássio. *“Bezosismo = taylorismo + fordismo + toyotismo. Amazon, símbolo da revolução tecnológica, desenvolveu sistema de controle total dos empregados”*. Portal do Jota, Coluna: “O mundo fora dos autos”, publicado em 01/11/2021. Fonte: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/bezosismo-amazon-taylorismo-fordismo-toyotismo-01112021>. Acesso em 5 de julho de 2023.

CASAGRANDE, Cássio. *A lição de Henry Ford: empregado não é colaborador, é empregado. Uma reflexão para quem quer negar o inafastável conflito de classe no Direito do Trabalho*. Publicado em 12/11/2018 no Portal JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/a-licao-de-henry-ford-empregado-nao-e-colaborador-e-empregado-12112018. Acesso em 20 de abril de 2023.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. *Sub-humanos: o capitalismo e a metamorfose da escravidão*. São Paulo: Boitempo, 2021.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6ª. Ed.; São Paulo: Editora LTr, 2017.

DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho. Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. 2ª. ed. Brasília: UnB, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

DUTRA, Lincoln Zub. *O necessário resgate da nossa capacidade de indignação frente ao capitalismo*. In: DUTRA, Lincoln Zub. (Coord.) *Direito fundamental ao trabalho: o valor social do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2017.

FONSECA, Maíra Silva Marques da. *Teoria crítica do Direito do Trabalho: reflexões sobre os tempos de trabalho*. BH: Editora Dialética, 2021.

GEHRINGER, Max. *Plano de carreira não existe mais. A meritocracia está prevalecendo*. Publicado em 5 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.reachr.com.br/blog/max-gehringer-plano-de-carreira-nao-existe-mais-meritocracia-prevalece/>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

GRAMSCI, Antonio. *Selections of prison's notebooks*. New York: International Publishers, 1971.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *Resoluções e Declarações da OIT: natureza e efeitos*. Tese de Doutorado em Direito. Curitiba: Biblioteca da Universidade Federal do Paraná, 2002, pág. 332. Fonte: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/75664/D%20-%20T%20-%20LUIZ%20EDUARDO%20GUNTHER.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em 2 de julho de 2023.

LEME, Ana Carolina R. P. *De vidas e vínculos: as lutas dos motoristas platformizados por reconhecimento, redistribuição e representação no Brasil*. SP: LTr, 2023.

MARQUES FILHO, Lourival Barão. *Litigantes em fuga: o ocaso da Justiça do Trabalho? Como as novas tecnologias e a reforma trabalhista impactam a litigiosidade trabalhista*. São Paulo: Dialética, 2022.

MELHADO, Reginaldo. *Judiciário mínimo e relações de trabalho*. Revista Gênese de Direito do Trabalho. n. 78, Junho/99. p. 880.

MELLO, Prudente José Silveira. *Globalização e reestruturação produtiva do fordismo ao toyotismo*. In: Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho. Curitiba, Edibej, 1998.

MIGUEL, Renata. *As reflexões de Robert Castel sobre os conceitos de “risco” e “vulnerabilidade social”*. Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís: UFM, 2015. Disponível em: . Acessado em: 26/05/2017.

PALOMEQUE Lopez, Manuel Carlos. *“Derecho del trabajo e ideologia: mé-dio siglo de formacionideológica del Derecho español del trabajo*. 4ª. Ed. Madri: Editorial Tecnos, 1989.

REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução: Wagner Giglio. 3. ed. 2000, 2. tir. 2002.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Organização de Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTOS, Catarina Gomes. *A Uber e seus motoristas: mind the gap!; A Sentença do Employment Tribunal de Londres*. In: Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. Coord: Ana Carolina Reis Paes Leme; Bruno Alves Rodrigues; José Eduardo de Resende Chaves Júnior, São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 14^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. SP: Saraiva, 2015.

SUPIOT, Alain. *La ouvernance par les nombres*. Paris: Fayard, 2015.

VERÍSSIMO, Luiz Fernando. *Os braços de Mike Tyson*. Jornal do Brasil. Coluna Opinião, setembro, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. *O direito, a química e a realidade sindical*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região, Belo Horizonte, MG, p. 49-51, jan/jun. 1999, pág. 50.

Submissão: 04.outubro.2023

Aprovação: 06.outubro.2023

LEGAL OPERATIONS COMO ELO ENTRE O PRESENTE E UM FUTURO ESTRUTURADO NA SAÚDE MENTAL PARA O JURÍDICO: COMO A ÁREA PODE AJUDAR NA TRANSFORMAÇÃO JURÍDICA QUE QUEREMOS PARA O ECOSISTEMA

Legal Operations as a link between the present and a future structured on mental health for Legal: How the area can help in the legal transformation we want for the ecosystem

Guilherme Tocci¹

Paulo Samico²

ÁREA: Direito e Tecnologia.

RESUMO: O presente artigo aborda a crescente relevância da saúde mental no ecossistema jurídico, com base no relatório “Justiça em Números 2023” e com uma perspectiva para uma transformação crescente de diferentes inovações na área, sejam elas tecnológicas ou não. A análise destaca as preocupações contemporâneas relacionadas ao bem-estar mental dos profissionais do setor jurídico e propõe a adoção de Legal Operations como uma área e mentalidade estratégica para abordar essas questões – ou seja, impacto em cultura. Ao discutir diferentes pilares de Legal Operations, como “Treinamento e Desenvolvimento”, “Gestão do Conhecimento”, “Governança da Informação”, “Operações Práticas”, “Tecnologia” e “Planejamento Estratégico”, o artigo sugere que uma abordagem holística,

¹ Guilherme Tocci. Candidato ao MBA pela FGV (Fundação Getúlio Vargas) e formado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Gerente Sênior Global de Legal Operations na Gympass. E-mail: tocci.salcedo@gmail.com.

² Paulo Samico. Pós-graduado em Processo Civil e em Direito Regulatório pela UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) e formado em Direito pela UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro). Legal Manager - Business Support & Open Innovation na Mondelēz Brasil. E-mail: paulo.samico@gmail.com.

focada na gestão de pessoas, processos e tecnologia, pode contribuir significativamente para a promoção da saúde mental. Além disso, destaca-se que organizações exponenciais estão reconhecendo e investindo em Legal Operations para maximizar seu impacto e eficácia. A conclusão reitera a necessidade de uma integração harmoniosa entre os avanços tecnológicos e o bem-estar humano no setor jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde mental. Criatividade. Inovação. Legal Operations. Gestão.

ABSTRACT: This article addresses the rising importance of mental health in the legal ecosystem, drawing from the “Justice in Numbers 2023” report and looking towards a growing transformation of various innovations in the field, whether technological or not. The analysis underscores contemporary concerns about the mental wellbeing of legal professionals and advocates for the adoption of Legal Operations as both a strategic domain and mindset to address these challenges – in other words, impact on culture. Delving into various pillars of Legal Operations, such as “Training and Development,” “Knowledge Management,” “Information Governance,” “Practice Operations,” “Technology,” and “Strategic Planning,” the article suggests that a holistic approach, centered on the management of people, processes, and technology, can significantly advance mental health promotion. Moreover, it emphasizes that exponential organizations are recognizing and investing in Legal Operations to maximize their impact and effectiveness. The conclusion underscores the need for a harmonious integration between technological advancements and human well-being in the legal sector.

KEYWORDS: Mental health. Creativity. Innovation. Legal Operations. Business Management.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O relatório Justiça em Números 2023 e alguns dados da Justiça do Trabalho. 3. A saúde mental em jogo 4. Legal Operations como ferramenta pela busca da saúde mental. 4.1. Gestão de pessoas – Pilar “Treinamento e Desenvolvimento”. 4.2. Gestão de projetos – Pilares “Gestão do Conhecimento” e “Governança da Informação”.

4.3. Gestão de tecnologia – Pilares “Operações Práticas”, “Tecnologia” e “Planejamento Estratégico”. 5. Organizações Exponenciais investem em Legal Operations. 6. Conclusão. 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

Legal Operations – *Legal Ops* ou operações legais – é a área considerada³ porta de entrada para inovação, eficiência e a rota para sintonizar o mundo jurídico com as melhores práticas criativas e inspiradoras. Equipes que tem por objetivo construir um time jurídico mais assertivo e com êxito em suas metas, possuem alguém de olho em Legal Ops porque⁴ “garante que os processos sejam iniciados e concluídos com sucesso, por meio de mapeamento de *workflows*, melhoria de processos, garantia de eficiência e eficácia.

Iniciamos o artigo para esta renomada revista com essa curta definição para que possamos explorar ao máximo como Legal Ops pode de fato ser uma ligação forte e resistente para conectar o nosso presente – ansioso, altamente litigioso e complexo – com uma realidade onde a saúde mental não seja mais o privilégio de poucos profissionais jurídicos.

Primeiramente, é necessário fazermos uma leitura da sociedade atual, a de 2023. Segundo o Datafolha⁵, cerca de um terço dos brasileiros dizem ter problemas de ansiedade, sono e alimentação. Ou seja, independentemente da profissão, histórico de vida ou ocupação, de cada dez cidadãos, três estão precisando de ajuda. A pior faixa etária é a entre 16 e 24 anos. Afunilando para a advocacia, os dados não melhoram. Em uma pesquisa realizada pela consultoria mental Bee Touch, 31% dos advogados participantes⁶ apontaram a utilização de antidepressivos e ansiolíticos.

Infelizmente não conseguimos encontrar dados consistentes de uma pesquisa mais abrangente do setor jurídico. Sabemos que algo assim seria valioso

³ TOCCI, Guilherme et al. *Legal Operations: como começar. Legal Ops: do surgimento da área ao conceito de “porta de entrada para a inovação”*. Paulo Samico. Editora Saraivajur. 2023. Edição 1. São Paulo. Pág. 8.

⁴ TOCCI, Guilherme et al. *Legal Operations: como começar. Ops: novidade apenas para Legal*. Guilherme Tocci. Editora Saraivajur. 2023. Edição 1. São Paulo. Pág. 10.

⁵ Datafolha: um terço dos brasileiros diz ter ansiedade, problemas com sono e alimentação. Disponível em <https://g1.globo.com/saude/noticia/2023/08/19/datafolha-um-terco-dos-brasileiros-diz-ter-ansiedade-problemas-com-sono-e-alimentacao.ghtml?utm_source=thenewscc&utm_medium=email&utm_campaign=referral#>. Acesso em 02/09/2023.

⁶ A prevalência do estresse e da angústia na advocacia. Disponível em <<https://analise.com/dna/artigos/12047>>. Acesso em 02/09/2023.

justamente porque o setor não é feito somente de advogados: os detentores da carteira da Ordem dos Advogados do Brasil são um pilar importante do sistema jurídico nacional, mas não estão sozinhos – eles são acompanhados por administradores, contadores, engenheiros de dados, designers, juízes, serventuários e outros inúmeros profissionais que de alguma forma ajudam a prestação jurisdicional acontecer.

Pela falta da leitura de dados de um estudo mais completo, podemos partir do pressuposto que o estresse psicológico, a depressão, a angústia, a desvalorização e toda a sorte de fatores que levam ao *burnout*, síndrome do esgotamento profissional recentemente reconhecida⁷ como doença do trabalho pela Organização Mundial da Saúde (OMS), também estão presentes na rotina dos “profissionais satélite” da advocacia. E é justamente com o apoio deles que o jogo pode virar, como comentaremos em alguns parágrafos mais adiante.

2. O RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS 2023 E ALGUNS DADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O relatório Justiça em Números⁸, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, apresenta dados impactantes. Com um número de ações que corresponde a um aumento de 10% da base do ano anterior, hoje o cenário jurídico nacional ostenta (sem qualquer orgulho) a alarmante quantidade de 63 milhões de ações judiciais. De acordo com os autores do estudo, o recorde, após a entrada de 31,5 milhões de novas demandas, é efeito da retomada dos níveis de ações judiciais observadas no período pré-Covid-19, bem como do aumento do acesso à Justiça. Somado ao fato de a cultura litigante brasileira ser um fator relevante para esse resultado, chegamos a um recorde inédito de contendas judiciais sem solução definitiva.

Para pagar a conta, a justiça do trabalho contabiliza a despesa total de mais de R\$ 20,3 bilhões de reais. Desse montante, 96,8% é para arcar com verbas de magistrados, servidores e demais atores da justiça trabalhista. São 3.614 juízes, que com o apoio de 38.358 servidores tocam mais de 5,2 milhões de ações (o total de ações em curso no país é de 81,4 milhões de casos). A justiça do trabalho é a 2^a seara mais custosa aos cofres públicos e marca o total de 18,6% da despesa

⁷ Síndrome de Burnout já é classificada como doença ocupacional. Disponível em <<https://j.pucsp.br/noticia/sindrome-de-burnout-ja-e-classificada-como-doenca-ocupacional>>. Acesso em 02/09/2023.

⁸ Acesse o relatório na íntegra diretamente do site do CNJ. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 02/09/2023.

total por segmento de justiça. Para fins de curiosidade, o gasto efetivo para o funcionamento do Poder Judiciário é de R\$ 94,4 bilhões, sendo que a despesa por habitante é de R\$ 439,28 e representa 1% do PIB.

Nós trouxemos esses dados para provocar a reflexão sobre como estamos caminhando enquanto sistema. Somente na justiça trabalhista, com 10% do total de processos ingressados, há uma concentração no assunto “rescisão do contrato de trabalho” – o maior quantitativo de casos novos do Poder Judiciário. Os outros assuntos que aparecem com frequência⁹ são: duração do trabalho, verbas remuneratórias, indenizatórias e benefícios, contrato individual de trabalho e responsabilidade civil do empregador.

Finalmente os dados judiciais passam a ser congregados em um *dashboard*. A partir de 2023, o Relatório Justiça em Números, a partir de 2023, passa a estar integralmente disponibilizado na versão web, com painel interativo. Disponível no link <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/>, a consulta dinâmica das informações é permitida de forma customizada e livre, com acesso à base de dados e em integral consonância com a política de dados abertos do CNJ:



E é aqui que passamos a conectar uma justiça sedenta por mudança com a necessidade de uma análise atenta dos dados e um apelo pela busca prioritária à saúde mental nesse contexto de transformação digital.

⁹ Aparecem tanto nos dados gerais quanto por instância.

3. A SAÚDE MENTAL EM JOGO

Em janeiro deste ano, o Observatório de Segurança e Saúde do Trabalho¹⁰, plataforma que utiliza diversas bases de dados públicos do país, divulgou que mais de 13 mil brasileiros tiveram como motivos para a concessão de benefícios previdenciários acidentários causas mentais e comportamentais, bem como nervosas. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹¹, em 2019, defendeu que 10,2% das pessoas com 18 anos ou mais receberam o diagnóstico de depressão. Os dados ficam piores quando checamos que o sistema de informação de óbitos aponta que o crescimento do suicídio anda lado a lado aos casos de adoecimento no trabalho: neste mesmo ano foram notificados 13 mil suicídios no país, sendo quase 12 mil casos em população de 14 a 65 anos. Destes, 10 mil casos ocorreram em pessoas em atividade de trabalho.

Estes indicadores lamentáveis podem estar conectados e se ajudando, de forma sistematizada, a piorar ainda mais a realidade do país. Desde aqueles relacionados ao Poder Judiciário, passando pela forma como podemos automatizar nossas atividades e tornar as tarefas ainda mais intelectuais, bem como a consequência dessa Justiça lenta, custosa e que poderia ser feita de forma mais assertiva... Precisamos dar um basta neste regresso.

Ainda que a utilização excessiva de novas tecnologias e redes sociais sejam diretamente associadas¹² a um aumento no caso de doenças mentais como depressão, ansiedade e estresse, é possível encontrar um antídoto no próprio veneno. E esse elixir, em times jurídicos, se chama Legal Ops.

4. LEGAL OPERATIONS COMO FERRAMENTA PELA BUSCA DA SAÚDE MENTAL

A área de Legal Ops combate o excesso de informação – a chamada “infodemia” –, e até mesmo ajuda a converter os dados em conhecimento, combinando mecanismos efetivos de controle de qualidade e acesso às tecnologias, preser-

¹⁰ Disponível em <<https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/transtornos-mentais-sao-a-terceira-maior-cao-de-afastamento-do-trabalho-no-brasil>>. Acesso em 02/09/2023.

¹¹ Disponível em <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/3001-sofrimento-psi-quico-no-ambiente-de-trabalho-pesquisadoras-apontam-situacao-epidematica-na-saude-mental-no-brasil>>. Acesso em 02/09/2023.

¹² Disponível em <<http://portal.sbpnet.org.br/noticias/saude=-mental-na-era-digital/#:~:text=Nos%20%C3%BAltimos%20anos%2C%20o%20uso,como%20depress%C3%A3o%2C%20ansiedade%20e%20estresse.>>. Acesso em 03/09/2023.

vando a saúde mental dos times jurídicos. Sim, essa é uma afirmação. Quando há uma pessoa ou um time dedicado à implantação de projetos, utilização de recursos tecnológicos e focado em questões que orbitam a atividade jurídica em si, é natural que o advogado e aqueles que exercem a atividade jurídica de fato tenham mais foco, concentração e tempo, tanto para lapidar melhor suas entregas quanto para investir em si.

Abaixo, compartilhamos algumas ideias de como isso é possível, com a ótica da mandala¹³ de 12 competências do CLOC (Corporate Legal Operations Consortium):

4.1. GESTÃO DE PESSOAS – PILAR “TREINAMENTO E DESENVOLVIMENTO”

- **Mindfulness:** o estado da consciência plena nos leva a ter foco e disciplina para o momento presente, combatendo fortemente a ansiedade e o constante temor “por aquilo que ainda não aconteceu” ou “por aquilo que pode ou não acontecer”. Legal Ops, em seu pilar “Treinamento e Desenvolvimento” pode ajudar a organizar um treinamento nesse sentido para o time.
- **Papéis e Responsabilidades:** elencar, dentro de um escritório ou em um Departamento Jurídico, todos os papéis e responsabilidades de cada cadeira é um trunfo de impacto para a saúde mental. As pessoas precisam saber o que é esperado delas, como podem ser proativas, como elas podem se aproveitar da habilidade de exceder expectativas, bem como devem ter a clareza sobre até onde elas podem ir. Um artigo publicado na *Frontiers in Psychology*¹⁴ destacou algumas características-chave de personalidade associadas à síndrome do impostor, uma enfermidade que leva uma pessoa a se sentir inferior e não tão competente enquanto de fato é. Mais uma vez, Legal Ops pode ajudar aqui, gerando impacto na promoção da saúde mental.
- **Gaps individuais e coletivos:** quando Legal Ops faz um bom mapeamento dos fluxos e consequentemente gestão das pessoas, observando suas fortalezas e áreas de oportunidade com base no desdobramento

¹³ Disponível em <https://cloc.org/wp-content/uploads/2018/12/CLOC_CCRM_2018.pdf>. Acesso em 04/10/2023.

¹⁴ Disponível em <<https://forbes.com.br/forbessaude/2023/08/10-sinais-de-que-voce-tem-sindrome-do-impostor/#:~:text=Pessoas%20com%20s%C3%ADndrome%20do%20impostor%20duvidam%20exageradamente%20de%20si%2C%20a,n%C3%A3o%20conseguir%20crescer%20com%20eles.>>. Acesso em 03/09/2023.

das atividades cotidianas, há o surgimento de uma importante fonte de informações para o desenvolvimento da organização. Legal Ops é capaz de ajudar sugerindo às lideranças que realizem treinamentos necessários para aperfeiçoamento de alguma habilidade e/ou competência que requer aprimoramento e melhoria.

Entendendo a abrangência dos pontos citados, a relação entre o diretor jurídico e o Legal Ops emerge como uma parceria estratégica inestimável. A capacidade do Legal Ops de proporcionar treinamentos focados, elucidar papéis e responsabilidades e identificar lacunas individuais e coletivas reforça uma operação jurídica mais orientada e eficaz. Quando o diretor jurídico se alinha com essas iniciativas, o resultado é um ambiente onde a clareza, a consciência situacional e o desenvolvimento contínuo prevalecem.

4.2. GESTÃO DE PROJETOS – PILARES “GESTÃO DO CONHECIMENTO” E “GOVERNANÇA DA INFORMAÇÃO”

- **Organização:** o estado da arte talvez não seja possível, mas chegar próximo disso é. No relatório “The social economy: unlocking value and productivity through social Technologies”, a McKinsey aponta¹⁵ que as pessoas gastam 1,8 hora todos os dias, ou seja, 9,3 horas por semana, em média, pesquisando e coletando informações. Imagina o impacto de produtividade – e por consequência, liberação de tempo para investimento em saúde mental – que uma área pode ter se todos utilizarem o mesmo método coletivo de organização, de modo a facilitar a busca pelo conhecimento?
- **Compartilhamento:** Legal Ops ajuda na promoção da cultura do compartilhamento. Guardar informações para si em uma era altamente colaborativa é o mesmo que prejudicar a organização. Utilizar um canal único geralmente ajuda, pois quando as informações estão espalhadas por grupos de chats corporativos, e-mail, WhatsApp e outros meios, os documentos, planilhas e slides ficam rapidamente obsoletos e desconectados de uma atualização contínua. Fomentar a cultura do compar-

¹⁵ Disponível em < https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/industries/technology%20media%20and%20telecommunications/high%20tech/our%20insights/the%20social%20economy/mgi_the_social_economy_full_report.pdf>. Acesso em 03/09/2023.

tilhamento em uma base única, com uma lógica de organização, diminui as chances de isso acontecer.

- **Governança da Informação:** a pesquisa¹⁶ “A Comunicação da Governança nas Organizações no Brasil”, promovida pela ABERJE, revela que um dos maiores riscos de governança corporativa para as empresas entrevistadas está na falta de comunicação (59%) e de clareza (50%) na comunicação com seus públicos de interesse (*stakeholders*). Legal Ops pode suportar o desenvolvimento de uma estratégia de comunicação e um plano de implementação para garantir que todos os profissionais do escritório ou do Jurídico estejam cientes dos procedimentos e políticas, bem como pode também monitorar o acesso a todas as informações restritas, sensíveis e confidenciais. Isso diminui o estresse e ainda digitaliza o processo, já que é facilmente possível estabelecer as premissas de quem tem acesso a determinados arquivos no gerenciamento das informações.

Aplicações práticas para os exemplos compartilhados acima podem ser observadas em diversas áreas do Direito e em seus procedimentos cotidianos.

Um primeiro exemplo pode ser visto na implementação de *intranets* para o Jurídico usar entre a própria equipe e/ou compartilhar com seus clientes internos. As *intranets*, redes privadas dentro de uma organização, têm sido amplamente utilizadas por escritórios de advocacia e Departamentos Jurídicos de empresas. Elas permitem que informações sensíveis, como arquivos de frequente acesso, minutas de documentos e notas internas, sejam compartilhadas de maneira segura e restrita aos membros da equipe – ao mesmo tempo em que promovem uma colaboração mais eficiente entre os profissionais envolvidos.

Outra aplicação prática é o uso de “*shared drives*” ou *drives*/pastas compartilhadas. Estes são espaços de armazenamento virtual onde múltiplos usuários podem armazenar, acessar e editar documentos ao mesmo tempo. Para um advogado, por exemplo, isso pode ser extremamente útil ao trabalhar em casos colaborativos ou ao necessitar de revisões em documentos por colegas de equipe. Tais ferramentas também otimizam a gestão documental, evitando a multiplicação desnecessária de versões de um mesmo arquivo e promovendo a atualização em tempo real.

¹⁶ Disponível em < <https://www.aberje.com.br/pesquisa-revela-que-59-das-empresas-acreditam-que-maior-risco-de-comunicacao-e-na-falta-de-transparencia/>>. Acesso em 03/09/2023.

Por que essas aplicações são tão relevantes? No contexto de Legal Ops, a eficiência e otimização dos processos são cruciais. *Intranets* e *drives* compartilhados são aliados que se conectam diretamente à essa abordagem operacional. Nesse sentido, a adoção dessas tecnologias reforça o compromisso de Legal Ops em promover uma gestão jurídica mais ágil, integrada e alinhada às demandas do cenário jurídico em transformação.

4.3. GESTÃO DE TECNOLOGIA – PILARES “OPERAÇÕES PRÁTICAS”, “TECNOLOGIA” E “PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO”

- **Especializações:** de acordo com o futurista Ian Beacraft¹⁷, consultor e fundador da agência de estratégia Signal and Cipher, graças às tecnologias de inteligência artificial e automação, capazes de executar tarefas com mais eficiência que o ser humano, o futuro do mercado de trabalho pertence a quem tem habilidades variadas. Nunca um profissional generalista foi tão valorizado. Isso naturalmente estressa quem é especialista em um tema, com medos e anseios sobre o futuro de sua ocupação. Aqui, Legal Ops entra como o enaltecimento desses profissionais, pois generalistas dependem de especialistas altamente técnicos para aumentar a acurácia das entregas. Um bom projeto de Legal Design idealmente seria entregue por quem tem alguma formação técnica em design, por exemplo.
- **Entendimento do cenário macro:** entender o famoso “big picture”, assimilar como as metas individuais devem estar intercruzadas com as prioridades corporativas, assegurar como o planejamento estratégico do time jurídico está alinhado com os clientes e incorporar os valores institucionais nisso tudo... É possível sim. Legal Ops dá as cartas da vez e, de quebra, afasta o estresse psicológico de quem acha que “está sempre perdido no meio de tantas metas a cumprir”, sem um norte por onde começar.
- **Automatizar processos manuais repetitivos:** tudo que é repetitivo, consome tempo e pode ser facilmente feito por uma automação (simples ou robusta) ou qualquer outra ação que requer o ‘apertar de um botão’, precisa ser implementado por Legal Ops. Isso irá assegu-

¹⁷ Disponível em <<https://valor.globo.com/publicacoes/especiais/tecnologia-bancaria/noticia/2023/07/05/para-beacraft-generalistas-criativos-terao-mais-oportunidades.ghtml>>. Acesso em 03/09/2023.

rar que o colaborador tenha mais tempo para investir em atividades intelectuais estratégicas e prevenir ocorrências de lesões por esforço repetitivo ou distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho. O famoso “copia e cola” tem um custo altíssimo e essas duas doenças são as que mais acometem trabalhadores brasileiros, de acordo com o Ministério da Saúde¹⁸. O papel das automações aqui não será de eliminar o trabalho dos advogados, mas sim de expandir a capacidade de atuação.

- **Tecnologia em prol da eficiência e da felicidade:** incorporar novas tecnologias para facilitar o dia a dia do time e, de quebra, pavimentar o caminho rumo à contínua excelência operacional é um dos papéis centrais de Legal Ops. Em muitos times essa missão é descentralizada, mas recomenda-se que ao menos o *roadmap* de criação e implementação das tecnologias seja feito em parceria com Ops, justamente por ser uma área que tem a visibilidade “do todo”. Equipes mais tecnológicas são mais felizes. A Universidade da Califórnia promoveu¹⁹ um estudo para demonstrar que um trabalhador feliz é, em média, 31% mais produtivo, três vezes mais criativo e vende 37% a mais em comparação com outros.

Legal Ops ajuda a cultivar um ambiente mais saudável, do ponto de vista de saúde mental? É possível ser feliz no trabalho, em um ambiente cada vez mais tecnológico e robotizado? Como ser protagonista na agenda de transformação no judiciário brasileiro, de modo a combater os números expressivos (e tristes) que observamos neste artigo? Dependendo da perspectiva de análise, pode-se perceber que a tecnologia pode contribuir para tornar a experiência do indivíduo no trabalho positiva, se utilizada como meio e não como fim em si mesma.

E a definição e mensuração de felicidade não é algo fácil de se definir, fica um trecho que ajuda a ter uma percepção escrita sobre: “Em resumo, a felicidade é o produto da soma da química com a circunstância e com a atitude e tem maior relação com o contentamento com o que temos, do que com o que nos falta.”²⁰ Esse entendimento ressalta que valorizar o que temos agora e

¹⁸ Disponível em <<https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/52793>>. Acesso em 03/09/2023.

¹⁹ Disponível em <<https://mittechreview.com.br/a-convergencia-possivel-entre-felicidade-e-tecnologia-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em 03/09/2023.

²⁰ Disponível em <<https://www.revistahsm.com.br/post/felicidade-trabalho-e-productividade>>. Acesso em 04/10/2023.

nossa atitude em relação às circunstâncias são componentes-chave para sentir a genuína felicidade.

Nessa mesma linha, é notável como algumas culturas têm abordagens distintas para avaliar o bem-estar e a felicidade de sua população. Por exemplo, ao invés de se concentrar unicamente no Produto Interno Bruto (PIB) como medida de sucesso, países como China, Nepal e Tibete adotaram o conceito de Felicidade Interna Bruta (FIB). O FIB avalia o bem-estar abrangente da população, considerando fatores como saúde mental, conservação ambiental, cultura e governança, em vez de se concentrar apenas no crescimento econômico.

Relacionando com o ambiente de trabalho e a era tecnológica em que vivemos, talvez a chave para cultivar a felicidade reside justamente nesse equilíbrio. Na realidade, até mesmo quando conversamos sobre toda a diferença entre criatividade e inovação, percebemos que a tecnologia é mais um acessório, um apoio e um viabilizador potente para atingirmos soluções mais eficientes com o objetivo que esperamos alcançar do que necessariamente o ponto central de qualquer tipo de meta. Equipes jurídicas maduras a enxergam desta forma.

Pinçando brevemente o pensamento de Austin Kleon, autor de livros ilustrados sobre criatividade na era digital, torna-se ainda mais evidente que a tecnologia por si só não é o motor propulsor das grandes mudanças. Para Kleon, possuir as ferramentas mais avançadas é apenas parte da equação; a verdadeira magia ocorre quando uma mente saudável e criativa emprega essas ferramentas para trazer ideias inovadoras à vida.

Nessa direção, é essencial entender que Legal Ops, bem como outras iniciativas tecnológicas, são maximizadas quando alavancadas pelo poder do pensamento humano. O valor intrínseco de um indivíduo não está apenas em sua capacidade de utilizar a tecnologia, mas na habilidade de interpretar, adaptar e criar a partir dela. Portanto, em qualquer discussão sobre avanço tecnológico, é vital que a ênfase permaneça na sinergia entre o ser humano e a máquina, garantindo que a tecnologia sirva como uma extensão das nossas capacidades e não como um substituto delas.

Para colher todos os benefícios que Legal Ops pode oferecer em prol da saúde mental – e todas as tecnologias, os ensinamentos e o conhecimento proporcionado pela área – as organizações devem transformar as suas estruturas, processos e culturas. Todas as dicas que compartilhamos aqui somente irão funcionar se as organizações abraçarem a causa (e o compromisso) de se prepararem desde já para o futuro do trabalho. As organizações precisam ser exponenciais.

5. ORGANIZAÇÕES EXPONENCIAIS INVESTEM EM LEGAL OPERATIONS

Não iremos nos aprofundar em como tornar uma organização exponencial com o apoio do Jurídico. Esse é um assunto mais complexo, que existe mais espaço para discussão, uma vez que organizações exponenciais²¹ são aquelas com o crescimento muito superior à média de mercado, em curto espaço de tempo. Essas empresas acumulam ganhos de forma crescente e acelerada, tal como na função exponencial. Seus dois principais diferenciais de uma empresa como essa são tanto sua capacidade de inovação (fazer diferente) quanto de escala (atender muitos clientes a custo baixo).

Organizações exponenciais têm o foco em eficiência, assim como Legal Operations. Convidamos²² o leitor a investigar sobre os Departamentos Jurídicos e os Escritórios de Advocacia do Brasil e do mundo estão lidando com essa nova área de apoio à gestão. com equipes mais abertas, que estruturam tomadas de decisão por meio da colaboração de modo a serem configuradas como não hierárquicas e, principalmente, sejam passíveis de criar uma cultura de confiança. Todo esse desenho não é uma utopia. Ele existe quando cultivamos a saúde mental nas nossas atividades.

6. CONCLUSÃO

Ao concluir este breve artigo, esperamos que o leitor, em última análise, também entenda que o poder das tecnologias depende da participação plena e entusiástica dos colaboradores, que são incentivados a pensar de forma diversa (atingindo a capacidade plena da diversidade de opinião e pensamento), que é atingida quando há o direcionamento de contratar grupos minoritários (etnia, orientação sexual, cultura, entre outros). Essas pessoas não podem ter medo de partilhar os seus pensamentos ao confiar que as suas contribuições serão respeitadas e seus pontos de vista serão contemplados.

²¹ Disponível em <<https://fia.com.br/blog/organizacoes-exponenciais/>>. Acesso em 03/09/2023.

²² Veja rankings nacionais e internacionais de confiança. Aqui no Brasil, recomendamos algumas listas como as publicadas pela Análise Editorial por meio do prêmio “Análise DNA+Fenalaw”, os Departamentos Jurídicos e Escritórios certificados pela Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L) e os ganhadores do Future Law Awards, respectivamente disponíveis em <<https://analise.com/noticias/escritorios-correm-para-se-inscrever-no-premio-analise-dna-fenalaw>>, <<https://ab2l.org.br/noticias/a-ab2l-certifica-os-departamentos-juridicos-mais-inovadores-do-brasil-com-o-selo-4-0/>> e <<https://www.futurelaw.com.br/flawards>>. Também é válido consultar os ganhadores dos melhores Departamentos Jurídicos determinadas categorias reconhecidas pela Law.com. Disponível em <<https://www.law.com/corpocounsel/2022/11/18/2022-best-legal-departments-find-out-who-won-which-awards/>>. Acesso em 03/09/2023.

Criar estas condições será muito mais desafiador do que implementar as próprias tecnologias, não tenham dúvidas. Mas quem foi que disse que seria fácil? A construção de uma sociedade mais justa, saudável mentalmente e de um mundo corporativo menos voraz depende de atrevimento e ousadia. E não poderíamos encerrar esse artigo de outra forma, que não utilizar as palavras de Guimarães Rosa para concordar com essa tese: “O que a vida quer da gente é coragem”.

7. REFERÊNCIAS

TOCCI, Guilherme et al. Legal Operations: como começar. Legal Ops: do surgimento da área ao conceito de “porta de entrada para a inovação”. Paulo Samico. Editora Saraivajur. 2023. Edição 1. São Paulo. Pág. 8.

TOCCI, Guilherme et al. Legal Operations: como começar. Ops: novidade apenas para Legal. Guilherme Tocci. Editora Saraivajur. 2023. Edição 1. São Paulo. Pág. 10.

Detafolha: um terço dos brasileiros diz ter ansiedade, problemas com sono e alimentação. Disponível em <https://g1.globo.com/saude/noticia/2023/08/19/datafolha-um-terco-dos-brasileiros-diz-ter-ansiedade-problemas-com-sono-e-alimentacao.ghtml?utm_source=the-newssc&utm_medium=email&utm_campaign=referral#>. Acesso em 02/09/2023.

A prevalência do estresse e da angústia na advocacia. Disponível em <<https://analise.com/dna/artigos/12047>>. Acesso em 02/09/2023.

Síndrome de Burnout já é classificada como doença ocupacional. Disponível em <<https://j.pucsp.br/noticia/sindrome-de-burnout-ja-e-classificada-como-doenca-ocupacional>>. Acesso em 02/09/2023.

Acesse o relatório na íntegra diretamente do site do CNJ. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 02/09/2023.

Disponível em <<https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/transtornos-mentais-sao-a-terceira-maior-causa-de-afastamento-do-trabalho-no-brasil>>. Acesso em 02/09/2023.

Disponível em <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/3001-sofrimento-psiquico-no-ambiente-de-trabalho-pesquisadoras-apontam-situacao-epidematica-na-saude-mental-no-brasil>>. Acesso em 02/09/2023.

Disponível em <<http://portal.sbpcnet.org.br/noticias/saude-mental-na-era-digital/#:~:text=Nos%20%C3%BAltimos%20anos%2C%20o%20uso,como%20depress%C3%A3o%2C%20ansiedade%20e%20estresse.>>. Acesso em 03/09/2023.

Disponível em <<https://forbes.com.br/forbessaude/2023/08/10-sinais-de-que-voce-tem-sindrome-do-impostor/#:~:text=Pessoas%20com%20s%C3%ADndrome%20do%20impostor%20duvidam%20exageradamente%20de%20si%2C%20a,n%C3%A3o%20conseguir%20crescer%20com%20eles.>>. Acesso em 03/09/2023.

Disponível em <https://cloc.org/wp-content/uploads/2018/12/CLOC_CCRM_2018.pdf>. Acesso em 04/10/2023.

Disponível em <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/technology%20media%20and%20telecommunications/high%20tech/our%20insights/the%20social%20economy/mgi_the_social_economy_full_report.pdf>. Acesso em 03/09/2023.

Disponível em <<https://www.aberje.com.br/pesquisa-revela-que-59-das-empresas-acreditam-que-maior-risco-de-comunicacao-e-na-falta-de-transparencia/>>. Acesso em 03/09/2023.

Disponível em <<https://valor.globo.com/publicacoes/especiais/tecnologia-bancaria/noticia/2023/07/05/para-beacraft-generalistas-criativos-terao-mais-oportunidades.ghtml>>. Acesso em 03/09/2023.

Disponível em <<https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/52793>>. Acesso em 03/09/2023.

Disponível em <<https://mittechreview.com.br/a-convergencia-possivel-entre-felicidade-e-tecnologia-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em 03/09/2023.

Disponível em <<https://www.revistahsm.com.br/post/felicidade-trabalho-e-produtividade>>. Acesso em 04/10/2023.

Disponível em <<https://fia.com.br/blog/organizacoes-exponenciais/>>. Acesso em 03/09/2023.

Submissão: 04. outubro.2023

Aprovação: 06. outubro.2023

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.

Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho
Editor-Chefe