

THEMISRevista

Volume 05 • Número 08 • Jan-Jun 2024

JURÍDICA



REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

THEMIS REVISTA

Jurídica

Volume 05

Número 08

Janeiro - Junho 2024

Fadac

Sociedade Educacional Ltda.

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

DOI: doi.org/10.55386/themis

Volume 05 - Número 08

Janeiro - Junho 2024

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)

MANTENEDORA

Fadac Sociedade Educacional Ltda.

Av. José Munia, nº 5535, Sala 104, Jd. Redentor

15085-340 – São José do Rio Preto – SP

CNPJ 30.921.021/0001-00

THEMISRevista
JURÍDICA

REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA



PREFÁCIO

Entregamos à comunidade mais uma edição da Revista Themis, destacando o melhor do que temos a oferecer: artigos de alta qualidade em diversas áreas do conhecimento jurídico-científico, redigidos por renomados juristas.

Este volume apresenta contribuições significativas, incluindo artigos de dois Ministros do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Um deles aborda as intersecções entre Direito e Economia, destacando uma simbiose que requer estudo contínuo. O outro analisa a questão da alegada *Hipersuficiência do Trabalhador*.

Mantemos nossa tradição de incluir artigos que exploram as relações entre Direito e Literatura, com foco especial nas recentes hostilidades na faixa de Gaza. Tais conflitos destacam a necessidade urgente de mediação jurídica e diplomática para mitigar tais crises, questionando nosso avanço rumo ao tão almejado “patamar mínimo civilizatório”.

Refletir sobre temas como *Jusnaturalismo* e *Ética* continua relevante para o aperfeiçoamento do sistema jurídico contemporâneo, como discutido por nossos articulistas, destacados neste volume.

O conhecimento científico também ilumina questões fundamentais para a humanidade, fruto do contínuo progresso em nosso planeta Terra, nossa querida mãe universal.

Boa leitura!

Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor-chefe



SUMÁRIO

A viabilidade da utilização dos métodos adequados de solução de controvérsias pela administração pública: a possível relação entre a teoria dos jogos e o interesse público <i>Fábio Gomes Paulino</i>	7
Narrativas de sobrevivência: uma análise literária do livro <i>Homens ao sol</i> de Ghassan Kanafani, e as intersecções entre o Direito e a Necropolítica na Palestina ocupada <i>Roberto Xavier</i>	31
Assédio moral organizacional: impacto, prevenção e manejo <i>Hanna Longo Madi</i> <i>Maria Cristina de Oliveira Santos Miyasaki</i>	55
Hipersuficiência do trabalhador: presunção relativa ou absoluta? Limites à prevalência do negociado pelo hipersuficiente sobre o legislado <i>Alexandre Agra Belmonte</i>	75
A análise econômica do direito ao trabalho e do Direito do Trabalho na era da Inteligência Artificial <i>Augusto César Leite de Carvalho</i>	85
A reforma tributária e as implicações na tributação dos serviços de advocacia <i>Marcelo Signorini Prado de Almeida</i>	101
Ética jurídica <i>Gentil de Faria</i>	117



Informação ao eSocial decorrente de processos trabalhistas <i>Paulo Cesar Baria de Castilho</i>	135
Conhecimento científico: uma breve reflexão <i>João Paulo Vani</i>	149
Jusnaturalismo na Teoria de Justiça de John Rawls: uma conclusão advinda da obra de Hespanha <i>Stéphanie Luíse Pagel Scharf Mette</i> <i>Feliciano Alcides Dias</i>	175
Normas para publicação na Revista Themis	191



A VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A POSSÍVEL RELAÇÃO ENTRE A TEORIA DOS JOGOS E O INTERESSE PÚBLICO

The Feasibility of Using Appropriate Dispute Resolution Methods by Public Administration: The Possible Relationship Between Game Theory and Public Interest

Fábio Gomes Paulino¹

ÁREA: Direito Público.

RESUMO: O presente artigo propõe uma reflexão acerca da utilização da teoria dos jogos como ferramenta integrante da mediação e esta como método adequado de solução dos conflitos em que possam figurar também a Administração Pública e o cidadão, tendo como referência o interesse público que passa pela responsabilidade financeira em economia do orçamento público, mas também garantidores de direitos fundamentais como celeridade processual, satisfação na pacificação dos conflitos, empoderamento do cidadão e o atingimento do interesse comum. Sua estrutura conta com capítulos em que se inicia pela conceituação e diferenciação dos métodos adequados de solução de controvérsias para além do judiciário, o que ainda figura no imaginário da maioria das pessoas como sendo único e seguro caminho para pacificação. A seguir apresentam-se as principais leis que nos últimos anos vem sendo atualizadas e aplicadas na busca do implemento do consensualismo e da mudança da cultura do litígio e da expectativa da sentença, combinando dados produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do comportamento dos maiores litigantes na atualidade. O leitor será levado a refletir acerca da posição da Administração Pública quanto ao seu

¹ Advogado. Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia (FUMEC-MG). Professor Universitário e em Escola Técnica. Bacharel em Administração com Ênfase em Comércio Exterior (Newton-MG), Especialista em Gestão de Pessoas e Liderança (Newton-MG), Direito Tributário (Faculdade Milton Campos-MG), Docência do Ensino Superior (Faculdade Arnaldo). Mediador de Conflitos Judiciais e Extrajudiciais (IMA — Instituto e Câmara de Mediação Aplicada-MG). Membro da Comissão Direito na Escola da OAB/MG. Endereço eletrônico fabiogomespaulino@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3220033142300229>.



regime jurídico e à atual consideração sobre o interesse público, sendo essa uma proposição que levará a possível utilização da teoria dos jogos para a participação dos integrantes do jogo processual, conferindo economia e o alcance das garantias constitucionais. Para sua elaboração utilizou-se o método lógico-dedutivo, combinado à pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação de conflitos. Teoria dos jogos. Interesse público. Administração Pública.

ABSTRACT: This article proposes a reflection on the use of game theory as an integral tool in mediation and its role as an appropriate method for resolving conflicts involving both public administration and citizens. It focuses on the public interest, considering financial responsibility within the public budget as well as fundamental rights guarantees such as procedural speed, satisfaction in conflict resolution, citizen empowerment, and the attainment of common interests. The structure of the article includes chapters beginning with the conceptualization and differentiation of appropriate dispute resolution methods beyond the judiciary, which many people still imagine as the only secure path to peace. Subsequently, it presents the main laws updated and applied recently to promote consensualism and change the culture of litigation and the expectation of court rulings. It combines data produced by the National Council of Justice regarding the behavior of major litigants today. The reader will be prompted to reflect on the position of public administration concerning its legal regime and the current understanding of the public interest. This proposal suggests the possible use of game theory for the participation of process players, ensuring cost-effectiveness and the achievement of constitutional guarantees. The logical-deductive method combined with bibliographic research was used for its elaboration.

KEYWORDS: Conflict mediation. Game theory. Public interest. Public administration.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os Métodos Adequados de Solução de Controvérsias: conceitos, diferenças práticas e aplicabilidades. 3. O aporte normativo e os incentivos à mudança do culto ao litígio e à imposição da sentença. 4. Um novo Regime Jurídico da Administração Pública: mais democrática, plural e menos litigante. 5. Uma nova percepção conceitual e prática acerca do Interesse Público: a ponderação dos interesses. 6. A Teoria dos jogos como ferramenta no consensualismo conjugado com o interesse público. 7. Conclusão. Referências.



1. INTRODUÇÃO

A divergência de interesses e o afastamento em decorrência da oposição segue sendo algonatural com o passar dos anos, seja o afastamento pessoal, presencial, seja o afastamento da comunicação, do processo de diálogo pelo uso da palavra, característica intrínseca humana que perfaz a principal forma de solução ou tratamento dos conflitos.

Os conflitos sociais, sejam entre pessoas ou instituições, podem ser considerados os grandes motivos para buscas de respostas e, assim, o alcance de uma suposta paz no judiciário, o que da mesma forma em que cresce o número de ações, crescem o tempo de espera e resultados insatisfatórios, tendo-se a uma caracterização mínima do vencedor e perdedor. Uma pura polarização negativa frente ao conflito.

No contexto social e jurídico brasileiro, os últimos 20 (vinte) anos foram marcados por uma proposta à sociedade para que se encontrassem outras formas legais e mais adequadas na solução das contendas, respeitando cada qual, pessoa ou instituição, a autonomia da vontade e coma escolha de ferramentas que pudessem, de fato, ajudar no alcance de uma solução.

Com a Administração Pública, por intermédio de suas empresas e instituições, figurando tanto no polo ativo quanto no polo passivo como uma das principais litigantes no judiciário, representandogrande parte do abarrotamento processual, a que se reclama há anos em consumo de tempo, dinheiro e descrédito do cidadão quanto aos direitos de ação, velocidade e satisfação pelojudiciário, surge a necessidade de reavaliar as formas de solução dos conflitos, trazendo efetividadee resgatando confiabilidade.

A modernidade normativa e a (re)visão das formas clássicas de interpretação do interesse público e do respeito as previsões constitucionais permitem, ao intérprete uma busca equilibrada entre as formas atuais de solução das necessárias divergências sem o respeito a outras garantias, encontrando na mediação de conflitos e na utilização da teoria dos jogos, meios possíveis de facilitar o diálogo entre as partes, primando pelo equilíbrio e cooperação, almejando resultados positivos e satisfatórios para ambos, permitido uma experiência de ganhos mútuos.



2. OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: CONCEITOS, DIFERENÇAS PRÁTICAS E APLICABILIDADES

A atividade jurisdicional tem como escopo principal a pacificação social e, por um longo período, a sociedade reconheceu-a como o único caminho para o alcance desse resultado, uma espécie de paradigma da aplicação das leis via a imposição da sentença pelo magistrado. A confiança era apenas na intervenção do Estado como capaz de uma resposta justa e imparcial (Leal, 2017, p. 10).

No contexto da resolução de controvérsias, o judiciário tradicionalmente se apresentava como a única via apropriada, desde que a autotutela foi superada. Com a evolução da sociedade, os métodos interpretativos e a aplicação da lei tornaram-se mais complexos. A Hermenêutica jurídica, com sua capacidade de analisar e especular sobre casos concretos, busca sistematizar os princípios jurídicos para proporcionar uma interpretação correta do Direito e, assim, garantir uma aplicação justa e concreta das leis abstratas. (Barroso, 2022, p. 291–292).

Viu-se que o poder judiciário deveria ser, de certa forma, residual, provocado tão somente quando a questão posta realmente não pudesse ser resolvida pela própria sociedade, não se tratando de desacreditar a justiça estatal, o que nas palavras de Humberto Theodoro Júnior², seria sim trazer um novo olhar sobre a forma de solução e pacificação e redução do volume de processos, bem como mitigar o excesso de litigiosidade que predomina na sociedade contemporânea, que ainda acredita na jurisdição como a única via solucionadora (Theodoro Junior, 2017, p. 88).

Ganharam enfoque nesse mundo moderno na questão interpretativa dos conflitos e suas resoluções, os meios alternativos de solução de conflitos, comumente chamados de Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MAS-Cs), como a conciliação, a arbitragem e a mediação. Esses meios alternativos sempre foram mais do que essenciais e atualmente retratam um novo tipo de cultura, centrada na tentativa de negociar harmoniosamente com respeito à dignidade da pessoa humana e à solidariedade social.

² Conforme o autor, tem-se que a provação do judiciário pelas partes obedece à conjugação do princípio dispositivo quando observado por inteiro, atribuindo-se às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso.



Os meios extrajudiciais de solução de conflitos, ou *Alternative Disputes Resolutions* (ADRs), como são conhecidos internacionalmente, acontecem quando as partes envolvidas se fundam no consenso e no firme propósito de resolver suas divergências com o mínimo de litígio possível (Ferreira Neto, 2008, p. 3).

Dentre esses chamados meios alternativos, destaca-se a mediação, conceituada como um procedimento autocompositivo, no qual uma terceira pessoa imparcial, a ser escolhida ou aceita em indicação pelas partes, atua no sentido de encorajar e viabilizar, caso seja possível, a resolução de uma divergência (Sales, 2000, p. 55–59). A autora destaca que as pessoas envolvidas nesse conflito são totalmente responsáveis pela decisão que melhor as satisfaçam, e assim conclui que a mediação representa um mecanismo de solução de conflitos onde as partes integrantes, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória.

A mediação se presta a trazer vários benefícios aos envolvidos como a celeridade, a efetividade de resultados, a preservação da autoria e autonomia da vontade, o atendimento dos interesses mútuos, a redução dos custos emocional e financeiro, o sigilo e a privacidade, extrapolando tais benefícios não só às partes envolvidas, mas também à sociedade que de modo geral não está vinculada àquele cenário, mas de alguma forma é impactada quando mais e mais situações se transformam em casos na porta do judiciário, inflamando ainda mais a conduta litigiosa e abarrotando os fóruns e varas da justiça.

A mediação e a conciliação guardam diferenças entre si no esteio que esta se estrutura com o objetivo, o foco no acordo, sendo muitas vezes utilizada como um complemento jurisdicional ou visto por alguns autores em subsidiariedade daquela (Vasconcelos, 2008, p. 77–79). Trata-se de dois métodos não vinculantes, e têm como forte característica a não delegação do controle do procedimento a um terceiro, mas a manutenção do controle sobre o resultado obtido pelas partes (Azevedo, 2016, p. 21).

Muito embora ambos os métodos sejam autocompositivos, a mediação é mais adequada para conflitos que tenham como integrantes pessoas ou partes representadas, tais como empresas ou instituições, cujas relações possuam histórico pré-existente e dos quais exista uma perspectiva de vínculos futuros, destacando-se, por exemplo, os conflitos familiares, domésticos,



empresariais e escolares. Já a conciliação, ao contrário, destina-se a relações mais curtas, pontuais, sem expectativa de maior interação futura e, muitas vezes, sem um passado que até ali possa influenciar a condução da solução ou tratativa. Daí conclui-se que a conciliação tem resultados mais rápidos e mais objetivos, entre o sim e não.

A negociação, considerada tanto um método independente quanto uma técnica utilizada na mediação e conciliação, é vista como uma forma de comunicação voltada à persuasão. Por isso, em casos específicos que se adequam à conciliação, a negociação é frequentemente empregada como uma ferramenta eficaz nesse processo. (Almeida, 2014, p. 39)

A Arbitragem também conserva o caráter da autonomia da vontade, reafirmando o protagonismo daqueles envolvidos no conflito para sua instauração, pressupondo que as partes tenham, livre e espontaneamente, celebrado um prévio acordo chamado de convenção de arbitragem e tenham a consciência de que quaisquer litígios decorrentes da relação jurídica deverão ser decididos por esse método.

Diferem as atividades e posturas do árbitro e do mediador. O árbitro, no âmbito de uma sistemática conciliatória, tal como um juiz, tem a atribuição de proferir uma decisão que pacifica a questão, não sendo passível de discussão ou revisão, salvo fraudes, suspeição, impedimento e o alargamento de competências³. Já o mediador, no formato autocompositivo, tem como principal função a de auxiliar as partes na (re) construção do diálogo e com sorte, na redação de um termo de acordo que poderá ser submetido à homologação judicial, tendo-se assim um título executivo tal como sentença.

Tanto na arbitragem quanto na mediação, observar-se que as relações entre as partes existem previamente ao conflito e a sua existência no futuro há de ser considerada para a escolha destes métodos.

No tópico seguinte, propõe-se uma (re) visão de como a legislação vem correspondendo às dinâmicas sociais para a solução das questões, bem

³ Art. 32 da Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, A lei da arbitragem. É nula a sentença arbitral se: I — for nula a convenção de arbitragem; II — emanou de quem não podia ser árbitro; III — não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV — for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI — comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII — proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII — forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.



como estimulando reflexões paradigmáticas entre as pessoas que integram a sociedade, físicas, jurídicas e institucionais.

3. O APORTE NORMATIVO E OS INCENTIVOS À MUDANÇA DO CULTO AO LITÍGIO E À IMPOSIÇÃO DA SENTENÇA

Com o passar dos anos e o aumento das relações sociais físicas e virtuais que abarcaram desde novas composições familiares, empresariais a novas estruturas contratuais, não é de se admirar que novos conflitos surgiram e assim grandes questionamentos seriam postos à prova dos atuais juristas que, valendo-se dos métodos tradicionais em conjugação com novas e arrojadas dinâmicas, seriam levados a receber e a prover verdadeiras mudanças no comportamento.

A resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2010 foi um importante marco nesse contexto de mudança da cultura brasileira acerca da percepção sobre o conflito e sua forma de solução. O texto demarca a utilização dos métodos adequados de solução de controvérsias como política nacional de justiça, correspondendo ao implemento do chamado Sistema Multiportas no Brasil, em que o Estado dispõe à sociedade alternativas variadas para se buscar uma solução mais adequada de controvérsias, não apenas esperando, mas participando ativamente delas (Coelho, 2015, p. 101–126). Na aceção do autor há uma clara valorização dos mecanismos de pacificação e não mais a restrita oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial.

A teoria dos Sistema Multiportas refere-se a estudos realizados na década de 1970 nos Estados Unidos, o que se denominou Tribunal Multiportas pelo então professor de Harvard, Frank Sander, visto como um modelo alternativo para solução das querelas sociais que prevê a integração de diversas formas de resolução dos litígios, sendo judiciais ou extrajudiciais, que conjugariam cerca de cinco critérios para classificar os conflitos: a natureza do litígio, relação entre os oponentes, a quantidade da disputa, o custo e a velocidade (Araújo, 2024, p. 113–122).

No contexto da chamada atividade satisfativa e dentro da perspectiva de duração razoável do processo, ambos previstos no artigo 4º do Código de



Processo Civil (CPC), a resolução dos conflitos no judiciário muitas das vezes não parece alcançar o seu principal objetivo: pacificar o conflito em um prazo razoável.

O acesso à justiça, previsão constitucional⁴ a todo cidadão, carece de uma interpretação mais ampla, relacionando-se mais do que simplesmente permitir que o cidadão tenha possibilidade de submeter seus conflitos a um juiz, mas também ocupar-se de alcançar a satisfação do cidadão, usuário do aparato jurisdicional, que abarcaria o início e o resultado útil do processo (Azevedo, 2016, p. 38–39).

Em uma breve e módica crítica, a Constituição garante o acesso, mas não que a passagem pela porta do judiciário será fácil, adequada e tratará a satisfação em algum momento sonhada, nem mesmo num tempo em que possa dele utilizar, mantendo-se em todo o processo uma dicotomia contrária entre autor e réu, ganhador e perdedor.

Naturalmente subsistirá o sentimento de (in) justiça por parte do perdedor, além da dúvida quanto ao desconhecimento da realidade do caso por parte do julgador, que fica precipuamente vinculado aos ritos e atos processuais e mais distante das pessoas e seus sentimentos.

Ganha-se, com os métodos de soluções adequados, o empoderamento dos indivíduos na fala e a sensibilidade da escuta, ambos em prol de uma maior percepção sobre a situação vivida e ao que se projeta, com ou sem a manutenção daquele conflito (Tartuce, 2019, p. 13).

A reboque da Resolução n. 125, o CPC trouxe importantes inovações no âmbito prático, enquanto resguarda a autonomia da vontade e que por previsão expressa incentiva a todos os integrantes da atividade jurisdicional a superar os altos índices de demandas inadequadamente postos no judiciário, enquanto valida os métodos adequados de solução de controvérsias.

O diploma processual demonstra como o Estado, a partir dali almejaría um novo comportamento social proclamando a (co)participação de todos os envolvidos nos respectivos métodos ou porta escolhida. O artigo 3º reforça a premissa constitucional do acesso ao judiciário, seguindo-se do reconhecimento da Arbitragem e da Lei que a instituiu, merecendo destaque que a

⁴ O acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, prevê a chamada inafastabilidade do judiciário, conquanto a eventual lesão ou ameaça de lesão.



Arbitragem é anterior ao CPC, tendo sido permitida pela Lei n. 9.307, no ano de 1996 e entrando em consonância com o código processual em 2015.

Os parágrafos segundo e terceiro do artigo acima imputam uma responsabilidade ao Estado e a todos os que em algum momento com ele participam, sejam juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, todos imbuídos, sempre que possível, para uma solução consensual dos conflitos.

No mesmo ano, a Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015, a chamada Lei da Mediação coroa a sistemática autocompositiva, dispondo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e inovando sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Veja-se que a virada consensual buscada pelo Estado, alcança até mesmo a própria Administração Pública que constantemente é presente nas controvérsias que envolvem os cidadão e instituições, reconhecendo a necessidade de se ensinar pelo exemplo.

O capítulo II da Lei da Mediação, destinado especificamente aos casos em que uma pessoa jurídica de direito público for parte, prevê, no artigo 32, que os entes terão capacidade para criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, respeitando sempre o caráter volitivo dos integrantes, até mesmo no aspecto tributário.⁵

Nos últimos anos, o Brasil registrou importantes dados desde os respectivos implementos, quanto a rapidez na conclusão e diminuição dos processos ativos.

Conforme o relatório *Justiça em Números*⁶, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça, na última publicação em 2023, que apresenta dados compilados até o ano de 2022, o panorama foi 81,4 milhões de processos em tramitação.

Do relatório extrai-se que 2017 foi o primeiro ano em que se identificou menos ingresso de processos no judiciário, o que vinha a séries galopantes

⁵ De acordo como parágrafo único do artigo 42 da Lei da Mediação (Lei 13.140 de 2015), a solução consensual dos conflitos trabalhistas será regulada em lei própria.

⁶ Principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 31 mar. 2024.



desde o ano de 2009, voltando a crescer a partir de 2020, reflexos que a pandemia do Covid-19 imputou ao mundo: isolamentos, conflitos, representamentos.

Já no que tange à métrica de soluções consensuais, os dados cruzam o percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em contraponto ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas, ou seja, atuação do Estado em apenas confirmar o que as partes decidiram por meio da mediação e conciliação ou a atuação do magistrado performando sua atividade judicante, decisória.

Infere-se que do implemento do CPC em 2015, houve um aumento crescente de conciliações tanto nas fases de conhecimento e execução, quanto nas ações que estavam em sede de recurso no segundo grau.

Observa-se que nas ações de execução, aquelas em que efetivamente se buscam o cumprimento das obrigações de dar, fazer ou não fazer, a crescente conciliatória se manteve, retomando ainda mais pós-pandemia, de onde se infere que a resolução prática do conflito passa mais pelas vontades das partes no consenso que a atuação do judiciário numa segunda imposição. As partes, já cansadas do tempo em que o processo de conhecimento já consumiu, optam por de fato atenuar a espera de uma decisão judicial pela escolha mediada nos interesses comuns.

Do relatório, mais que o comportamento dos litigantes entre a opção por uma sentença homologatória e a sentença terminativa, também é possível se conhecer quem são os maiores atores do cenário litigioso brasileiro, o que nos termos da premissa do CNJ, teria o condão de promover a transparência e permitir o implemento de políticas judiciárias voltadas a essa redução e ao seu aperfeiçoamento⁷ para uma sociedade mais justa e com políticas públicas e serviços de melhor qualidade.

O painel “Grandes Litigantes” apresenta, entre os polos ativo e passivo, os casos pendentes até meados de agosto de 2023 e o que se percebe é que no acumulado dos 20 (vinte) maiores litigantes, tanto no polo passivo quanto no polo ativo, uma presença grande do Estado, seja por suas autarquias, empresas públicas ou entes federados, como o Instituto Nacional de Seguri-

⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2024.



dade Social, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Ministério da Fazenda, Fazenda Nacional, Municípios do Estado de São Paulo, dentre outros.

A reflexão e o desafio que se propõem ante a esse cenário é de viabilizar meios legais e efetivos para a Administração Pública poder se inserir e se adaptar no gerenciamento dos métodos adequados de solução das controvérsias, à luz dos princípios democráticos promovendo um diálogo construtivo com todo o ordenamento jurídico em prol do interesse da sociedade.

A seguir, discutiremos o regime da Administração Pública, o enfoque no interesse público e sua eficácia em uma sociedade dinâmica.

4. UM NOVO REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: MAIS DEMOCRÁTICA, PLURAL E MENOS LITIGANTE

A Administração Pública, como função a ser exercida na gestão do Estado, pode ser analisada sob a perspectiva da reunião de poderes jurídicos que permitem, pelos elementos materiais e a formulação de comandos, a condução dos atos a terceiros, impondo a estes, num sentido de se alcançar certa garantia de que as atitudes serão respeitadas pelos demais, nos respectivos limites, envolvendo responsabilidades cujo efetivo exercício torna-se imperativo em virtude da exigência da concretização dos direitos fundamentais da sociedade (Justen Filho, 2022, p. 132).

A função administrativa está intrinsecamente ligada à finalidade de interesse público, atuando como sua guardiã e executora no Estado Democrático de Direito. Ela busca beneficiar a sociedade como um todo, priorizando os interesses coletivos em detrimento dos individuais. Isso é especialmente relevante no combate diário à corrupção, realizado por meio de controles internos e externos, que são essenciais no atual contexto sociopolítico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, frequentemente chamada de “Constituição Cidadã”, é um marco notável na história política do Brasil. Ela é um testemunho da redemocratização do país após mais de duas décadas de regime militar, e representa um exemplo impressionante de democracia com forte ênfase na participação popular, de modo que sua promulgação demarca uma virada crucial na história política brasileira. Uma profunda mudança na



concepção do Estado, priorizando o cidadão como a referência principal do sistema democrático.

O conceito de Democracia e sua vivência popular tem sua referência histórica ligada ao aclamado texto que enfatiza, tanto em seu nome, quanto no sentimento que demarca no povo, o resgate, a (re) afirmação do poder que o cidadão, enquanto destinatário e sujeito de direitos merecem.

A vanguarda almejada com a redemocratização brasileira estava centrada na sensibilidade e influência do voto, expressa por meio das eleições diretas. Com o passar dos anos, essa expressão do interesse público se ampliou para outras formas de manifestação, como denúncias, reclamações e, cada vez mais, ações judiciais contra o Estado. Esse fenômeno reflete a essência do Estado Democrático de Direito na nova perspectiva de cidadania — Estado — cidadania.

A democracia com um sistema adotado novamente pelo Brasil, teria, a partir do novo texto constitucional, a proposta de centralidade ou referência principal na figura do cidadão, povo brasileiro que como se percebe em todo o capítulo primeiro da Constituição de 1988 ao se elencar como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a representação mediante o voto, agora direto.

Isso demonstra a intenção de privilegiar a participação do povo brasileiro como a pedra angular da democracia no país, abordagem que reflete a ideia de que a democracia não é apenas um sistema de governo, mas um modo de operar o Estado, com ênfase no diálogo constante entre o público e o privado.

Inspirado pela teoria do poder constituinte de Sieyès⁸, o Brasil de 1988 se estabeleceu como um Estado Democrático de Direito que privilegia a democracia como *modus operandi*. Nesse Estado, a igualdade e a justiça são alcançadas através de um diálogo constante e tenso entre os interesses públicos e privados, que frequentemente entram em conflito. Os principais acontecimentos da história brasileira deixaram marcas profundas no cidadão brasileiro, refletindo essa dinâmica complexa e desafiadora.

⁸ As teses fundamentais de Sieyès ficaram asseguradas na Declaração dos Direitos do Homem e dos cidadãos, de 26 de agosto de 1789, e nos textos constitucionais franceses de 1793 e 1795, que iriam influenciar todo o constitucionalismo moderno. DE MELO, Osvaldo Ferreira. Teoria do poder constituinte: atualidades de Sieyès. Sequência: estudos jurídicos e políticos, v. 6, n. 11, p. 9-12, 1985. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818156.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2024.



A ideia de que a participação popular possa ser um viés que vai ao encontro da noção de que a transparência e o controle dos atos governamentais afirmem a essência da democracia, seu exercício e sua plena experiência de um povo, o que deve alcançar todos os poderes, sobretudo o judiciário, levando a refletir acerca da possibilidade de utilização dos MASCs às inúmeras controvérsias entre Estado e cidadão e, assim, se valer das várias portas possíveis como a mediação, a conciliação e as ferramentas que disponíveis.

Nas palavras de Kazuo Watanabe, o desafio passa por mudar toda uma cultura da sentença em troca de uma cultura de paz (Watanabe, 2005, p. 684–690) numa virada de chave para a problemática social e não mais processual, o que, para a Administração Pública, passará por uma revisita acerca do seu próprio regime jurídico, da supremacia de suas prerrogativas e do verdadeiro interesse a que se destina: o interesse público que revestido do aspecto de ideologia, tenderá a se fundir com a ideia do bem comum (Di Pietro, 2010, p. 94), da pluralidade de agentes e destinatários que, cada vez mais se diferenciam entre si, suas querelas e seus querereres, tecendo assim a constitucionalização do ordenamento jurídico e o principal objetivo da satisfação dos direitos fundamentais (Oliveira, 2020, p. 58).

5. UMA NOVA PERCEPÇÃO CONCEITUAL E PRÁTICA ACERCA DO INTERESSE PÚBLICO: A PONDERAÇÃO DOS INTERESSES

A Constituição Brasileira de 1988 não oferece uma definição precisa do conceito de interesse público; em vez disso, ela faz menção genérica a esse princípio, sendo compreendido como um grande plexo normativo e axiológico, permitindo que o intérprete se valha de uma hermenêutica teleológica e sistêmica para sua compreensão e implementação e assim perfazer o seu objetivo.

No contexto do direito administrativo, é imperativo reconhecer a presença de dois princípios fundamentais que constituem seus pilares centrais: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público. Esses princípios são a base sólida sobre a qual se erguem as prerrogativas e sujeições inerentes à potestade pública, que, por sua vez, definem o âmago da atividade administrativa. É de suma importân-



cia entender que essas prerrogativas e sujeições são justificadas exclusivamente pelo interesse público.

O interesse público é um dos conceitos amplos e abertos comumente utilizados no direito, principalmente no campo administrativo. A literatura eleva o interesse público à categoria dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, sendo aqueles cujo conteúdo é impreciso e requerem interpretação por parte da autoridade que deve aplicá-los, a fim de alcançar a solução ideal pretendida pela norma.

Portanto, o aplicador da norma deve fazer uma análise comparativa entre a lei que estabeleceu o interesse público e a realidade, para “preencher” esse conceito. Marçal Justen Filho argumenta que a indeterminação desse conceito não é uma falha, mas sim uma característica destinada a possibilitar sua aplicação adequada em cada situação, o que permite que o sistema normativo se aproxime da complexidade real (Justen Filho, 2022, p. 225)

Certamente, os significados da expressão “interesse público” são diversos. Enquanto alguns a veem como algo que se opõe ao interesse individual, outros a consideram como a soma dos interesses individuais, abrangendo bens, serviços e necessidades humanas essenciais à vida privada. Além disso, a concepção contemporânea de interesse público não se limita apenas ao benefício da Administração Pública.

Nas palavras de Humberto Ávila tem-se, na verdade, uma indissociabilidade do interesse privado acerca do público e vice e versa, sendo ambos como *locus* da atividade e responsabilidade do Estado, o que não necessariamente gerará ou obrigará a uma prevalência. Diante disso, a ponderação e a razoabilidade têm sido cada vez utilizadas no processo decisório (Ávila, 2007, p. 190).

Importa destacar que a ponderação sobreleva o processo decisório a um método cuja atribuição de pesos serve de instrumento ao intérprete na avaliação e medida dos pesos, o que é reconhecidamente difícil, dada a relação principiológica e material que se tende a fazer. No que tange à razoabilidade estar-se-ia diante de uma relação normativa geral e individual e sua efetiva aplicação no mundo fenomênico (Ávila, 2007, p. 106).

Daí a consideração pela interpretação e aplicação permeada pela ponderação e razoabilidade, o que, ao contrário, optando-se apenas pelo



viés principiológico ter-se-á um embate da natureza prospectiva e ante a complementariedade basilar das normas mais puras e claras (Ramiro, 2020, p. 518).

Nos Estados Democráticos de Direito, o interesse público se manifesta por meio do respeito dos poderes públicos aos direitos e princípios consagrados na Constituição e nas leis do sistema jurídico. Essas normas jurídicas são elaboradas pelo parlamento, que representa o povo e detém o poder político soberano, como explicado por Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu (Montesquieu, 2005, p. 19). Torna-se fundamental salientar que a compreensão do interesse público está diretamente ligada à satisfação das necessidades da população, ou seja, daqueles para os quais esse interesse se destina. Nesse contexto, Jean Rivero, há muito conceitua o interesse público como um interesse abrangente cujo propósito é satisfazer tanto as necessidades da comunidade como as dos indivíduos (Rivero, 1981, p. 14-15).

Ao longo da história, os Estados desempenharam um papel fundamental na identificação e promoção do interesse público, orientados pela missão de assegurar direitos, promover justiça social e fomentar o desenvolvimento sustentável. No entanto, é importante destacar que a compreensão desse conceito não é estática, sendo influenciada pela evolução das dinâmicas sociais e econômicas.

Com o advento do neoliberalismo, que enfatiza a livre competição e a minimização da intervenção estatal como meio para o progresso, a dinâmica política e econômica passou por uma transformação significativa. A definição do interesse público passou a ser influenciada pelas forças de mercado, criando um conflito entre a busca pelo lucro individual e a promoção do bem comum.

A globalização acentuou as interconexões entre as nações, criando um cenário no qual as decisões tomadas em um país podem ter impactos significativos em outros lugares do mundo. Isso suscita preocupações sobre a capacidade dos Estados de atuarem de forma independente em prol do interesse público nacional, uma vez que as ações individuais podem ter consequências globais. A competição por vantagens em uma economia globalizada frequentemente entra em conflito com a promoção de valores coletivos.



Nesse contexto, a definição do interesse público na era contemporânea está sendo reavaliada. A concepção tradicional de que o Estado é responsável por promover o bem coletivo está sob pressão de interesses econômicos privados e demandas por flexibilidade econômica. Isso levanta a questão se é viável manter uma abordagem unificada do interesse público em uma era caracterizada pela diversidade de perspectivas e pelo crescente poder de atores não estatais.

Não há como se olvidar que o interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza os fins de promover a justiça, a segurança e o bem-estar social. Já o interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público quer seja parte em uma determinada relação jurídica, quer esteja envolvida a União, Estado-membro, Município ou das suas autarquias e assim, em ampla medida, também identificado como interesse público o interesse do erário, o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

O equilíbrio do pêndulo entre autoridade e liberdade pode ser guiado pelo princípio da razoabilidade, adequando-se meios e fins, respeitando necessidade, eficácia e proporcionalidade (Di Pietro, 2010, p. 94). Nesse balanço, o tópico seguinte apresenta como possível aplicação da mediação nos conflitos que o cidadão e a Administração Pública se inserem, tendo como ferramenta a utilização da teoria dos jogos: não importa o ganho de um sobre o outro, mas a busca para o ganho ser mútuo.

6. A TEORIA DOS JOGOS COMO FERRAMENTA NO CONSENSUALISMO CONJUGADO COM O INTERESSE PÚBLICO

O estudo acerca da teoria dos jogos embasa-se pela necessária interação das partes, permeadas pelo processo comunicacional que extrapola a sistemática apenas do uso da palavra em si como principal instrumento. Nesse formato, visando a maximização de ganhos para ambas as partes, a teoria propõe uma análise do comportamento e da comunicação dos agentes na qual as decisões tomadas ou a se tomar podem, via estratégias individuais e coletivas, promover o equilíbrio para o atingimento da melhor opção para todos e assim promover ganhos coletivos.



Nesse contexto de concepção, ainda que superficial, a teoria dos jogos se apresenta como uma possível ferramenta nos conflitos envolvendo a Administração Pública. Isso porque as estratégias adotadas tanto pela administração quanto pelos administrados devem, seguindo o princípio colaborativo, buscar benefícios mútuos e influenciar positivamente o público. Essa dinâmica também pode ser entendida como promovendo o interesse público.

Pela teoria dos jogos tem-se a abordagem de dois aspectos relevantes no comportamento das partes, ou dos jogadores, sendo eles a competição e a cooperação, e estes colocarão em contraponto os interesses pessoais, egoísticos, *versus* interesses mútuos, comuns (Vitale, 2022, p. 120).

Naturalmente em toda a situação conflituosa há uma mistura de cooperação e competição na qual os integrantes carregam em si interesses individuais, porém interdependentes, ou seja, o resultado para um dos lados dependerá de como a outra se comportará (Luz, Nogueira, De Rezende, 2022, p. 4), gerando, pelas decisões tomadas, efeitos que poderão se prolongar no tempo donde é possível se analisar a teoria dos jogos como ferramenta possível no trabalho destas posturas.

A história, aplicação e evolução da teoria dos jogos remete à aplicação da ciência matemática à economia. Émile Borel, matemático francês que, no início do século XX, desenvolveu as primeiras proposições de aplicação da sua teoria analisando as decisões tomadas em jogos nas quais se buscava delinear a condutada expectada do outro jogador, do oponente ou o outro integrante (De Souza Netto, 2020, p. 347). O cientista partiu de estudos comportamentais na observação especificamente de jogadores de pôquer e como estes podiam influenciar a conduta dos outros, seja pela comunicação por meio do uso da palavra ou com a utilização de outros signos como o gestual, a expressão facial.

As primeiras considerações foram de que um jogador baseava sua jogada no pensamento que o seu oponente teria nessa mesma jogada, porém sobre o outro, trazendo um incômodo e circular argumentativo: “penso como você pensaria que eu estivesse pensando”.

Em anos seguintes, outro cientista chamado John Von Neuman, dando continuidade aos estudos de Borel e, ainda na aplicação para a economia,



procedeu pesquisas que se expressaram na busca da maximização e minimização dos ganhos, resultando em importantes contribuições para os jogos de estratégia no mercado econômico. Neuman foi sucedido por seu também aluno John Forbes Nash que alcançou fama com o chamado “equilíbrio de nash” junto à teoria dos jogos (De Souza Netto, 2020, p. 348). Enquanto Neuman no livro *Theory of Games and Economic Behavior* (Teoria do Jogo e Comportamento Econômico em tradução livre pelo autor) apresenta uma distinção entre jogos de soma zero e soma não zero correspondendo basicamente em ganhar e perder ou ganhar e ganhar. Nash destaca a importância da comunicação entre os jogadores e como ela permitiria o alcance do equilíbrio.

Nos jogos de soma zero, um jogador ganha na medida que impõe ao outro a derrota, já nos jogos de soma não zero, ou diferente de zero, o ganho de um jogador não anula necessariamente o do outro, ao contrário, é possível que ambos tenham ganhos. Importante destacar que classificar jogos cooperativos como puramente jogos de soma não zero não seria o mais adequado; o correto seria sua associação com a perspectiva da comunicação e formação de coalizões, em que a composição estratégica passará naturalmente por um diálogo dos jogadores, ou das partes, trazendo-se o aspecto da mediação de conflitos para a análise (Luz, Nogueira, De Rezende, 2022, p. 9).

Aos jogos de soma zero têm-se estratégias de domínio, imposição e a identificação de fraquezas do outro, possivelmente visualizada em conflitos desproporcionais entre pessoas ou instituições como o cidadão e o Estado.

A cooperação precede a comunicação, sendo essa uma expressão de certa confiança obtida enquanto os participantes, partes interessadas, se apresentam e conferem, reciprocamente, uma medida de transparência dos interesses individuais e coletivos.

Importa à Administração Pública o coletivo enquanto está representando não só o interesse daquele que litiga, mas também daquele que é afetado indiretamente pela dinâmica lenta dos processos judiciais que, por mais informatizados e atualizados, ainda seguem toda uma liturgia e formalismo procedimental das ações.

A marcha processual encontra identidade na caracterização de Nash quanto a jogos possivelmente sequenciais, dinâmicos ou extensivos. As decisões dos jogadores representam situações sucedidas por etapas e assim a



análise de estratégias futuras, tendo possibilidades para propostas sustentáveis ante o conflito.

Em um aspecto comparativo o processo judicial contencioso, puro e simples, se apresenta como um jogo de não cooperação e de soma zero, contudo, enquanto se adapta, se moderniza e confere incentivos a todos os participantes utilizando-se dos MASCs, torna-se cooperativo e se aproxima de um equilíbrio de cooperação tendente a resultar em ganhos mútuos, que vão desde o aspecto financeiro ao principiológico, dos direitos fundamentais de uma razoável duração e uma real satisfação.

Ao processo também pode associar-se a um jogo de informação perfeita, ou seja, a informação, a transparência, a publicidade e liberdade restam dadas aos participantes sendo eles conhecedores, na medida dos seus representantes como os advogados, membros do ministério público, promotores, das regras do jogo que se reputa no CPC (De Almeida, 2003, p. 189–190).

A proposta de se ter a teoria dos jogos utilizada nos litígios, processuais ou não, judiciais ou extrajudiciais em que figura como parte ou polo a Administração Pública, passa pela ideia da utilidade que a teoria alcançou, conseguindo promover aos integrantes o alcance de mais opções e assim melhores resultados, claramente uma ideia mínima de racionalidade, em que pese a situação seja composta por pessoas e o conflito, seja pessoal ou institucional, algo natural.

7. CONCLUSÃO

Conflitos são naturais, quase inevitáveis enquanto se esteja vivo e assim sendo necessárias as relações. No entanto, não necessariamente a solução de qualquer desacerto obrigatoriamente precisa passar pela porta do judiciário, podendo os interessados se valerem de métodos adequados atualmente legitimados pela lei.

Nessa perspectiva, pode-se concluir que mesmo a Administração Pública, sempre vinculada ao seu regime jurídico de interesse público e obrigada ao cumprimento da lei, pode optar pelo uso de métodos como mediação e conciliação para tratar e resolver conflitos. Isso representa uma viabilidade para a utilização de ferramentas que incentivem os participantes a promo-



ver a comunicação e construir alternativas que melhor atendam a todos os envolvidos.

A teoria dos jogos se mostra adequada à mediação quando escolhida tanto pela Administração Pública quanto pelo cidadão, pois se baseia em estratégias de equilíbrio e cooperação para alcançar ganhos mútuos. Além de permitir maior participação das partes envolvidas e economia de tempo e recursos para o Estado, a mediação também traz um impacto positivo à sociedade. Hoje, o interesse público é analisado considerando o benefício que melhor atenda à coletividade, mesmo que não seja parte direta do litígio ou afetada diretamente. Isso reflete o cuidado da Administração Pública com aspectos fundamentais como o uso responsável do dinheiro público e a garantia dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos.* / Tania Almeida. Apresentações de André Gomma de Azevedo, Fátima Nancy Andrighi, Ada Pellegrine Grinover, Juan Carlos Vezzulla, Samantha Pelajo, Joyce Rososchansky Markovits, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiarì. — São Paulo: Dash, 2014.

ARAÚJO, Adriana Pereira de. *Tribunal Multiportas: Mediação na demanda familiar no pós-pandemia.* Epitaya E-books, [S. l.], v. 1, n. 56, p. 113–122, 2024. DOI: 10.47879/ed.ep.2024977p113. Disponível em: <https://portal.epitaya.com.br/index.php/ebooks/article/view/928>. Acesso em: 31 mar. 2024.

ÁVILA, Humberto. *In: Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio? da supremacia do interesse público.* SARMENTO, Daniel (organizador). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial.* 6. ed. Brasília-DF: CNJ, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. — 10. ed. — São Paulo: SaraivaJur, 2022.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 que instituiu o Código de Processo Civil, revogado pela Lei 13.105 de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Resolução n.125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 31 mar. 2024.

COELHO, Eleonora. *Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil*. In. ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (Ed.). Arbitragem e mediação — A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2024.

DE ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*. Estudos em arbitragem, mediação e negociação, p. 175, 2003. Disponível em <https://arcos.org.br/content/files/2022/07/Estudos-em-Arbitragem--Media--o-e-Negocia--o-2.pdf#page=175>. Acesso em: 31 mar. 2024.



DE MELO, Osvaldo Ferreira. *Teoria do poder constituinte: atualidades de Sieyès. Sequência: estudos jurídicos e políticos*, v. 6, n. 11, p. 9-12, 1985. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818156.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2024.

DE SOUZA NETTO, José Laurindo; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. *Solução promissora à resolução de conflitos: utilização das técnicas de Harvard e da teoria dos Jogos na mediação*. *Percurso*, v. 5, n. 36, p. 327–355, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho*. — 14. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2022. 984 p.; 24 cm.

Justiça em Números 2023. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2024.

LEAL, Victor Nunes. *Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard / Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal. — Brasília: EAGU, 2017.

LUZ, Reinaldo Diogo; NOGUEIRA, Elton Pupo; DE REZENDE LARA, Fabiano Teodoro. *Teoria dos jogos e resolução de conflitos*. 2022.

MESSIAS, João Carlos Caselli; CURY, Vera Engler. *Psicoterapia centrada na pessoa e o impacto do conceito de experiência*. *Psicologia: Reflexão e crítica*, v. 19, p. 355–361, 2006. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0102-79722006000300003>. Acesso em: 31 mar. 2024.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, 3ª ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo* — 8. ed. — Rio de Janeiro: Método, 2020.

RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. *Ponderação, proporcionalidade e razoabilidade: postulados, não princípios*. *Revista Argumenta*, n. 33, 2020.



RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhart Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Caio Cesar Vieira, SALOMÃO, Luís Felipe. *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira* / Caio Cesar Vieira Rocha, Luís Felipe Salomão (coordenação). — 2. ed. rev. e atual. — São Paulo: Atlas, 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. *A família e os conflitos familiares — a mediação como alternativa*. Revista Pensar, Fortaleza, v. 8, n.º. fev. 2000.

TARTUCE, Flávia. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil — Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* — vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 58. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VITALE, Carla Maria Franco Lameira; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Fundamentos comunicacionais para maximização de ganhos a partir da mediação e conflitos com base na teoria dos jogos*. Humanidades & Inovação, v. 9, n. 18, p. 119–131, 2022.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YAR-SHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

Submissão: 15.fevereiro.24

Aprovação: 06.abril.24



NARRATIVAS DE SOBREVIVÊNCIA: UMA ANÁLISE LITERÁRIA DO LIVRO *HOMENSAO SOL* DE GHASSAN KANAFANI E AS INTERSECÇÕES ENTRE O DIREITO E A NECROPOLÍTICA NA PALESTINA OCUPADA

Survival Narratives: A Literary Analysis of Ghassan Kanafani's Men in the Sun and the Intersections Between Law and Necropolitics in Occupied Palestine

Roberto Xavier¹

ÁREA: Direito e Literatura

RESUMO: A Palestina testemunhou séculos de ocupação por impérios como os romanos, bizantinos, árabes e otomanos. No entanto, foi a criação do estado de Israel em 1948 que desencadeou uma série de violações dos direitos dos palestinos, relacionadas à consolidação do movimento sionista. A Declaração Balfour de 1917 expressou apoio à ideia de uma pátria judaica na Palestina. Após a queda do Império Otomano, a Grã-Bretanha recebeu um mandato da Liga das Nações para administrar a Palestina, provocando tensões entre a comunidade judaica e os palestinos. A instauração do Estado de Israel resultou em confrontos e uma operação de limpeza étnica conhecida como Nakba, que deslocou centenas de milhares de palestinos. Este artigo examina as violações dos direitos humanos na Palestina, utilizando a teoria da necropolítica para entender o controle sobre os corpos palestinos e suas implicações. Também destaca o papel da literatura, exemplificado pela obra de Ghassan Kanafani, como ferramenta de conscientização. Em última análise, enfatiza a necessidade de respeito aos direitos humanos e justiça para todas as partes envolvidas no conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Palestina, Israel, violações, sionista, Nakba, direitos humanos, necropolítica, literatura.

¹ Advogado. Sócio-proprietário do escritório Roberto Xavier Sociedade Unipessoal de Advocacia. Mestrando em Literatura Comparada pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP/IBILCE, São José do Rio Preto.



ABSTRACT: Palestine has witnessed centuries of occupation by empires such as the Romans, Byzantines, Arabs, and Ottomans. However, it was the establishment of the state of Israel in 1948 that triggered a series of violations of Palestinian rights, tied to the consolidation of the Zionist movement. The Balfour Declaration of 1917 expressed support for the idea of a Jewish homeland in Palestine. Following the collapse of the Ottoman Empire, Britain received a mandate from the League of Nations to administer Palestine, leading to tensions between the Jewish community and Palestinians. The establishment of the State of Israel resulted in conflicts and an ethnic cleansing operation known as the Nakba, displacing hundreds of thousands of Palestinians. This article examines human rights violations in Palestine, employing the theory of necropolitics to understand control over Palestinian bodies and its implications. It also highlights the role of literature, exemplified by the works of Ghassan Kanafani, as a tool for awareness. Ultimately, it underscores the need for respect for human rights and justice for all parties involved in the conflict.

KEYWORDS: Palestine, Israel, violations, Zionist, Nakba, human rights, necropolitics, literature.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve análise do conflito palestino e sua relevância global: Necropolítica e os fundamentos dos Direitos Humanos. 2. A Necropolítica e a Palestina: um olhar crítico. 3. *Homens ao Sol*: literatura como testemunha da resistência. 4. Panorama dos Direitos Humanos e sua relevância no conflito palestino. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A região da Palestina tem sido palco de ocupação e colonização por diversos impérios e civilizações ao longo dos séculos, incluindo os romanos, bizantinos, árabes e otomanos. No entanto, foi a partir de 14 de maio de 1948, com a criação do estado de Israel no pós-guerra, que os palestinos passaram a enfrentar uma série contínua de violações de seus direitos. Esses abusos estão diretamente relacionados à consolidação do movimento sionista, um movimento político e nacional que emergiu no final do século XIX com o propósito de estabelecer um estado judeu na Palestina, então parte do Império Otomano. A Declaração Balfour (1917), emitida pelo governo britânico durante a Primeira Guerra Mundial, expressou apoio à criação de um lar nacional para o povo judeu na Palestina, consolidando assim a perspectiva de que a Palestina deveria ser a pátria do povo judeu.



Após a queda do Império Otomano (1922), a Liga das Nações concedeu à Grã-Bretanha um mandato² para administrar a Palestina, resultando em crescentes tensões entre a comunidade judaica e a população árabe Palestina devido à significativa imigração judaica.

A instituição do Estado de Israel, em 1948, se deu após a “decisão britânica, em fevereiro de 1947, de terminar seu mandato no país e entregar o problema às Nações Unidas” (PAPPÉ, 2001, p.4). Segundo Ilan Pappé (2001), foi o que marcou o início “dos confrontos com as milícias palestinas locais” (PAPPÉ, 2001, p.4) que acabou por culminar numa operação de limpeza étnica contra a população palestina, que se verá adiante, resultando no deslocamento de centenas de milhares de palestinos e na destruição de suas terras e propriedades, em um evento conhecido como Nakba, ou “catástrofe”. Esse período teve um profundo impacto na história e na consciência palestina, moldando o conflito entre palestinos e sionistas até os dias atuais.

Este artigo explora, portanto, a violação direta dos direitos humanos internacionais no conflito na Palestina, considerando a perspectiva histórica e política que levou à situação atual. Além disso, discute-se a teoria da necropolítica, cunhada por Achille Mbembe, como um quadro conceitual para compreender o exercício de poder sobre os corpos palestinos e as implicações para a vida e a morte nesse contexto. Ao relacionar o conflito na Palestina com a necropolítica, busca-se entender as dinâmicas de dominação e resistência que moldam o conflito e suas ramificações políticas, sociais e humanitárias. Ao mesmo tempo, explora-se o papel da literatura, exemplificado pela obra de Ghassan Kanafani, *Homens ao sol*, como uma ferramenta para conscientização e reflexão sobre as experiências e lutas dos palestinos em meio ao conflito e à injustiça. Por fim, o artigo destaca a necessidade de respeito aos direitos humanos, prestação de contas por violações e promoção de uma cultura de dignidade e justiça para todas as pessoas envolvidas no conflito na Palestina.

² Há 100 anos começava mandato britânico sobre a Palestina e o início da catástrofe do povo palestino. Disponível em: <<https://fepal.com.br/ha-100-anos-comecava-mandato-britanico-sobre-a-palestina-e-o-inicio-da-catastrofe-do-povo-palestino/>>. Acesso em 07 de março 2024.



1. BREVE ANÁLISE DO CONFLITO PALESTINO E SUA RELEVÂNCIA GLOBAL: NECROPOLÍTICA E OS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS

Como já demonstrado, durante séculos, a região da Palestina foi palco de sucessivas ocupações e colonizações por diversos impérios e civilizações. Contudo, foi com a fundação do Estado de Israel, que os palestinos começaram a enfrentar uma série de violações de seus direitos, na maioria relacionadas à consolidação do movimento sionista.

O sionismo começou, portanto, visando estabelecer um estado judeu na Palestina através da “expulsão” quase que imperceptível do povo nativo que ali vivia. Segundo Edward Said (1992), “no princípio, a ideia era expressa com uma boa dose de cautela, e de modo a se adaptar à concepção de um colonialismo de reconstrução tão crucial para o alto imperialismo europeu” (SAID, 2021, p. 51).

Assim, o propósito era o de manter o império europeu forte e ativo pela exploração daquela região em prol dos sionistas europeus. No entanto, Said relata que houve um “predomínio crescente da noção de que Israel deveria se erguer sobre as ruínas dessa Palestina Árabe” (SAID, 2021, p. 51) até que, no ano de 1895, antes do memorando, datado de 18 de julho de 1917, que trata do “princípio de que a Palestina deve ser reconstituída como a pátria do povo judeu” (SAID, 2021, p. 51), Theodor Herzl tece a seguinte observação em seu diário a respeito ao povo palestino:

Teremos de estimular a população pobre a cruzar as fronteiras em busca de emprego nos países de trânsito, enquanto lhe negamos o emprego em nosso próprio país. O processo tanto de expropriação quanto de remoção dos pobres deve ser conduzido com discrição e circunspeção (HERZL, 1895, p. 88).

O que leva à Declaração de Balfour, de 1917, emitida pelo governo britânico durante a Primeira Guerra Mundial, que expressa apoio à criação de um lar nacional para o povo judeu na Palestina, consolidando assim a perspectiva de que a Palestina deveria ser a pátria do povo judeu.

Pode-se afirmar, portanto, que com a proclamação do Estado de Israel em 1948, se iniciou uma “operação de limpeza étnica” (PAPPÉ, 2001) contra a população palestina. Sendo que os conflitos com a população local e notada-



mente “depois da resolução de partição por parte da ONU em novembro de 1947, forneceram o contexto perfeito e o pretexto para implementar a visão ideológica de uma Palestina etnicamente limpa” (PAPPÉ, 2001, p.4). Estimava-se que “mais de metade da população nativa da Palestina, mais de 750.000 pessoas, tinha sido desenraizada” (PAPPE, 2001, p. 4-5) de suas terras. Sendo que em seis meses “531 aldeias haviam sido destruídas, e 11 bairros urbanos esvaziados de seus habitantes” (PAPPÉ, 2001, p. 5).

O “conflito” descrito por Pappé ficou conhecido como Nakba, que significa “catástrofe” em árabe e pode ser descrito, segundo Ilan Pappé (2001) como uma operação de verdadeira “limpeza étnica” promovida pelo Estado de Israel contra os palestinos.

Assim, o departamento de Estado dos EUA define limpeza étnica “como o afastamento sistemático e forçado dos membros de um grupo étnico das comunidades, a fim de alterar a composição étnica de uma dada região” (PAPPÉ, 2001, p. 6). Quando Theodor Herzl menciona a necessidade de uma “expropriação ou remoção dos pobres” ele se refere aos palestinos, cuja ideia foi aplicada à população daquela região. Isso se deu não apenas por meio da restrição de direitos, conforme concebido por ele, mas também pelo uso da força e pela destruição das cidades e aldeias do povo nativo palestino (PAPPÉ, 2001).

A Nakba de 1948 teve, portanto, um impacto profundo na história e na consciência palestina, ao resultar no deslocamento de centenas de milhares de palestinos e na perda de suas terras e propriedades, sendo uma das referências históricas usadas por Ghassan Kanafani (1936–1972), no livro *Homens ao sol*, para demonstrar as marcas deixadas por esse evento nas personagens descritas por ele.

Em uma das passagens do livro utilizado para a intersecção da literatura com a realidade, o autor informa que a personagem Abu Quais “precisou de dez longos anos de fome para se convencer de que tinha perdido suas oliveiras, sua casa, sua juventude e toda a sua aldeia” (KANAFANI, 1963, p. 17) na “catástrofe” de 1948.

Nessa perspectiva, esses eventos históricos e suas consequências delinearam a dinâmica do conflito que influenciaram os acontecimentos daquela região ao longo do tempo, com implicações políticas, sociais e humanitárias



profundas e duradouras, sendo que a questão da violação dos direitos dos palestinos é um dos principais pontos a serem abordados pelo direito e pela comunidade internacional.

No entanto, Pappé (2001) reconhece que o conceito de limpeza étnica tornou-se efetivamente abordado pela comunidade internacional quando “foi criado um tribunal internacional especial em Haia para processar os acusados de limpeza étnica na ex-Jugoslávia” (PAPPÉ, 2001, p. 6), no continente europeu. Nessa perspectiva, o documento já citado, onde os EUA fornecem a definição de limpeza étnica, conceitua que:

Os dois principais elementos da limpeza étnica são, em primeiro lugar, ‘o uso deliberado de artilharia e atiradores contra as populações civis das grandes cidades’ e, em segundo lugar, ‘o movimento forçado de populações civis [implicando] a destruição sistemática de casas, o saque de bens pessoais, espancamentos, assassinatos seletivos e aleatórios, e massacres” (PAPPÉ, 2001, p. 6).

Ainda, Pappé (2001) informa que Drazen Petrovic, no estudo *Ethnic cleansing. An attempt at methodology* (p. 342–360), publicado no ano de 1994, descreve a limpeza étnica “como uma política bem definida de um determinado grupo de pessoas para eliminar sistematicamente outro grupo de um determinado território, com base na origem religiosa, étnica ou nacional. Uma tal política envolve violência e está muitas vezes ligada a operações militares” (PAPPÉ, 2001, p. 7), evidenciando, como se verá que se a catástrofe ou a Nakba de 1948 tivesse acontecido em solo europeu, o conceito aplicado à Kosovo, seria facilmente aplicado à situação palestina.

Neste sentido, o autor israelense afirma categoricamente que “estas descrições espelham quase exatamente o que aconteceu na Palestina em 1948” (PAPPÉ, 2001, p. 8), mas “quando se trata da expropriação por Israel dos palestinos em 1948, existe um abismo entre a realidade e a representação” (PAPPÉ, 2001, p. 8).

A interseção entre os conceitos abordados e a necropolítica oferece uma lente adicional para entender o conflito na Palestina e suas implicações para os direitos humanos. A necropolítica, conforme explorada no próximo tópico, oferece um quadro conceitual para analisar o exercício de poder sobre os corpos palestinos e as implicações para a vida e a morte nesse contexto.



Ao relacionar a limpeza étnica promovida por Israel com a necropolítica, podemos compreender melhor as dinâmicas de dominação e resistência que moldam o conflito, bem como suas consequências políticas, sociais e humanitárias. Assim, essa análise crítica não apenas lança luz sobre as injustiças enfrentadas pelos palestinos, mas também destaca a urgência de respeitar os direitos humanos, responsabilizar os perpetradores de violações e promover uma cultura de dignidade e justiça para todas as pessoas envolvidas no conflito na Palestina.

2. A NECROPOLÍTICA E A PALESTINA: UM OLHAR CRÍTICO

O conceito de necropolítica, desenvolvido por Achille Mbembe, descreve como o poder político e o controle estatal se manifestam na capacidade de ditar quem vive e quem perece. Em outras palavras, trata-se do exercício do poder político não apenas para governar vidas, mas também para decidir sobre a morte de certos grupos ou populações, “nesse caso, a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é “descartável” e quem não é” (MBEMBE, 2018, p. 41). E, relacionar o conceito de necropolítica ao conflito na Palestina envolve entender como o poder é exercido sobre os corpos palestinos e como a vida e a morte ali são inteiramente politizadas.

A ocupação israelense da Palestina e o estabelecimento de assentamentos ilegais podem ser vistos como formas de biopolítica, onde o Estado exerce controle sobre a vida e a população palestina, determinando onde eles podem viver, trabalhar e se movimentar. Ao mesmo tempo, a necropolítica se manifesta, também, nos bloqueios, nas restrições de movimento e nos ataques militares resultantes em mortes e sofrimento para os palestinos. A política israelense em relação à Gaza, por exemplo, pode ser vista como a vida palestina é deliberadamente colocada em risco.

Um traço persiste evidente: no pensamento filosófico moderno assim como na prática e no imaginário político europeu, a colônia representa o lugar em que a soberania consiste fundamentalmente no exercício de um poder à margem da lei (*ab legibus solutus*) e no qual a “paz” tende a assumir o rosto de uma “guerra sem fim” (MBEMBE, 2018, p. 32–33).



Mbembe argumenta que a necropolítica opera em estados de exceção, onde as leis e normas são suspensas em nome da segurança nacional. Assim, a Palestina seria vista — por Israel e pela comunidade internacional — como colônia, lugar a ser ocupado, o que justificaria as práticas de punição coletiva contra os palestinos, como a demolição de casas, detenções arbitrárias e uso desproporcional da força pelo exército israelense e, ao mesmo tempo, a cegueira deliberada do resto do mundo, pois segundo Pappé (2001), é “difícil compreender como os acontecimentos perpetrados nos tempos modernos e testemunhados por repórteres e observadores da ONU puderam ser sistematicamente negados, nem sequer reconhecidos como facto histórico” (PAPPÉ, 2001, p. 8).

Na transversalidade do conflito, o Estado de Israel reclama a terra para si através da construção contínua de assentamentos ilegais na Cisjordânia e em Jerusalém Oriental — uma manifestação da necropolítica. Esses assentamentos são projetados, portanto, para consolidar o controle israelense sobre terras palestinas e deslocar comunidades palestinas, resultando na perda de suas terras, dos seus recursos e dos meios de subsistência.

A área territorial habitada pelos palestinos ganha novas linhas e o cenário físico ganha grades. O espaço onde agora vivem é restrito, vigiado e invisibilizado, pois “história, geografia, cartografia e arqueologia supostamente apoiam” (MBEMBE, 2018, p. 42) as reivindicações territoriais do Estado israelense.

Assim, o Estado Palestino é, portanto, uma colônia. Para Mbembe,

No mesmo contexto, as colônias são semelhantes às fronteiras. Elas são habitadas por “selvagens”. As colônias não são organizadas de forma estatal e não criaram um mundo humano. Seus exércitos não formam uma entidade distinta, e suas guerras não são guerras entre estados regulares. Não implicam a mobilização de sujeitos soberanos (cidadãos) que se respeitam mutuamente, mesmo que inimigos (MBEMBE, 2018, p. 34–35).

Portanto, a militarização do espaço palestino, incluindo o uso de *checkpoints*, muros e cercas, cria uma paisagem de controle pela qual a vida palestina é constantemente monitorada e sujeita a intervenções violentas, justamente porque o estado colonizador a enxerga como algo “selvagem”, a ser colonizado. E assim o faz.



O autor revela que “a forma mais bem-sucedida de necropoder é a ocupação colonial contemporânea da Palestina” (MBEMBE, 2018, p. 41). E refere-se à “ocupação colonial” como uma forma de “apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico” (MBEMBE, 2018, p. 38) de uma determinada região, com a inscrição sobre aquela terra de “um novo conjunto de relações sociais e espaciais” (MBEMBE, 2018, p. 38), sendo que, “o espaço era, portanto, a matéria-prima da soberania e da violência que ela carregava consigo” (MBEMBE, 2018, p. 39).

Assim, ele define soberania como “ocupação, e ocupação significa relegar o colonizado a uma terceira zona, entre o estatuto e o objeto” (MBEMBE, 2018, p. 39). Na mesma esteira, Frantz Fanon, na obra *Os condenados da terra* (2022), descreve que:

A cidade do colonizado [...] é um lugar mal-afamado povoado de homens mal afamados. As pessoas ali nascem em qualquer lugar, de qualquer jeito. E as pessoas ali morrem em qualquer lugar, de qualquer coisa. É um mundo sem intervalos, os homens se apertam uns contra os outros. A cidade do colonizado é uma cidade faminta, faminta de pão, de carne, de calçados, de carvão, de luz. A cidade do colonizado é uma cidade acorçada, uma cidade ajoelhada, uma cidade estendida no chão (FANON, 2022, p. 35-36).

A aplicação da necropolítica está evidenciada nas diversas práticas adotadas por Israel em relação aos palestinos, como nas políticas de ocupação e de controle territorial, determinando o que pode ou não entrar na Palestina, quando e se aquela população terá alimento, água ou energia elétrica.

O autor explica que a leitura espacial da ocupação colonial proposta por Fanon na faixa de Gaza “apresenta três características principais ligadas ao funcionamento da formação específica do terror” (MBEMBE, 2018, p. 43), que ele chama de “necropoder”. Sendo “a dinâmica da fragmentação territorial, o acesso proibido a certas zonas e a expansão dos assentamentos” (MBEMBE, 2018, p. 43) e explica que a finalidade da adoção desses procedimentos é “duplo”, ao visar, “impossibilitar qualquer movimento e implementar a segregação à moda do Estado do apartheid” (MBEMBE, 2018, p. 43). Logo, “os territórios ocupados são divididos em uma rede complexa de fronteiras internas e várias células isoladas” (MBEMBE, 2018, p. 43), impossibilitando a formação de uma identificação, impedindo a autodeterminação daquele povo.



A ocupação colonial contemporânea da Palestina envolve uma combinação de poderes exercidos pelo colonizador para manter controle sobre o território ocupado e sua população, possibilitando “a dominação absoluta sobre os habitantes do território habitado” (MBEMBE, 2018, p. 48). E, esses poderes incluem elementos disciplinares, biopolíticos e necropolíticos.

Nesta perspectiva, o componente “disciplina” refere-se ao controle exercido sobre as pessoas e as comunidades por meio de práticas regulatórias, como a imposição de leis, restrições de movimento e punições, conforme demonstrado acima. Já a biopolítica diz respeito ao controle e à gestão da vida da população em termos políticos e sociais, como políticas de saúde, educação e reprodução, visando o aprimoramento (ou degradação) da população conforme os interesses do colonizador. E a necropolítica envolve o exercício de poder sobre a morte e a vida das pessoas, como já demonstrado. Nesse contexto, as vidas das pessoas colonizadas são frequentemente consideradas descartáveis ou sacrificáveis.

Está posto o que o autor chama de “estado de sítio”, pois, o território ocupado está sob controle militar, com restrições severas à liberdade de movimento e atividades civis, permitindo a prática de crimes contra a população local sem distinção entre “inimigos internos” e “externos”, levando a execuções sumárias, cercos a vilas e cidades, isolamento da população e destruição de suas instituições civis e meios de subsistência.

O “estado de sítio” em si é uma instituição militar. Ele permite uma modalidade de crime que não faz distinção entre o inimigo interno e o externo. Populações inteiras são o alvo soberano. As vilas e cidades sitiadas são cercadas e isoladas do mundo. A vida cotidiana é militarizada. É outorgada liberdade aos comandantes militares locais para usar seus próprios critérios sobre quando e em quem atirar (MBEMBE, 2018, p. 43).

O trecho destaca, portanto, como a ocupação colonial contemporânea emprega uma gama de poderes para exercer controle absoluto sobre a população ocupada, resultando em uma militarização do cotidiano e na privação sistemática dos direitos básicos das pessoas afetadas.

E, apesar do sistema colonial imposto por Israel contra a população civil da Palestina, ela continua a resistir e lutar por sua sobrevivência e dignidade. A resistência palestina, seja por meio de protestos pacíficos, resistência



cultural ou ações de solidariedade internacional, desafia a lógica da necropolítica e reivindica a humanidade dos palestinos, como faz Ghassan Kanafani. Com sua literatura de resistência ele reclama a condição de humanos ao povo da Palestina, dando voz, história e visibilidade para um povo que sofre com o apagamento da sua identidade e a negação dos seus direitos fundamentais.

3. HOMENS AO SOL: A LITERATURA COMO TESTEMUNHA DA RESISTÊNCIA

“Abu Qais repousou o peito no solo orvalhado e a terra começou a pulsar debaixo dele, com batimentos de um coração cansado que faziam tremer cada grão de areia e penetravam as células de seu corpo” (KANAFANI, 2023, p. 9) e “agora, o céu não poderia fazer chover nada além de calor escaldante e poeira! Você se esqueceu de onde está? Esqueceu?” (KANAFANI, 2023, p. 10). Os fragmentos iniciais do texto permitem demonstrar a humanidade, o amor à terra e a saudade das personagens de *Homens ao sol*, e revelar, através da narrativa, os impactos devastadores do colonialismo e a luta contínua pela autodeterminação e pela justiça, bem como o processo de colonização da Palestina por parte de Israel e o subsequente deslocamento dos palestinos de suas terras ancestrais.

Kanafani (2023) é reconhecido como um dos principais escritores da literatura árabe contemporânea e sua prosa é caracterizada por sua simplicidade e profundidade, capaz de transmitir emoções complexas e questões sociais profundas. Sua capacidade de retratar a humanidade em meio ao conflito e ao sofrimento é uma marca de sua maestria como escritor.

A obra apresentada aqui oferece uma visão única das vidas dos refugiados palestinos e das dificuldades que enfrentam. Ao dar voz aos marginalizados e oprimidos, Kanafani (2023) destaca a injustiça do conflito Israel-Palestina e os impactos devastadores da ocupação e do deslocamento. Publicado no ano de 1963, quinze anos após a Nakba de 1948, o livro narra a história de três palestinos, que buscam desesperadamente uma vida melhor para eles e para as suas famílias fora dos campos de refugiados, por volta de 1958.



A narrativa revela uma visão profundamente humana e comovente das vidas dos palestinos e das complexidades do conflito na região. Nela, podem-se identificar várias camadas de significados e reflexões sobre questões fundamentais relacionadas à justiça e aos direitos humanos. Também são explorados temas como o amor à terra e a nostalgia por ela, elementos que acrescentam profundidade emocional à experiência vivida pelos palestinos em meio ao conflito. Assim, o narrador expressa a melancolia de uma das personagens em relação ao local onde se encontra, informando que quando “ele se levantou, bateu a terra de suas roupas e ficou olhando para o rio” constatando que “mais que nunca, sentiu-se estrangeiro e insignificante” (KANAFANI, 2023, p. 16).

O livro é estruturado em uma narrativa fragmentada, com várias partes que se entrelaçam para formar a história completa. Cada parte apresenta um ponto de vista diferente das personagens principais, permitindo que o leitor tenha uma visão mais abrangente das experiências e perspectivas dos refugiados palestinos e se desenrola linearmente, acompanhando as personagens desde o início de sua jornada até seu destino, criando um senso de progressão e desenvolvimento ao longo do tempo.

Assim, a obra segue as trajetórias individuais das personagens Abu Qais — um homem já de idade avançada —, de Assad, e de Marwan — o mais jovem dos três — e de outras personagens secundárias, como Varapau, introduzidas ao longo do caminho, adicionando profundidade e complexidade à história. Elas se unem, então, em uma travessia perigosa e clandestina em direção ao Kuwait no Golfo Pérsico, onde esperam encontrar trabalho e uma vida mais digna.

Durante a viagem, realizada ora dentro, ora fora do tanque do caminhão pipa da personagem Varapau, elas enfrentam uma série de desafios físicos, emocionais e morais, como demonstra o narrador ao descrever a condição das personagens ao sair do interior do tanque do caminhão, após a travessia do primeiro posto de fiscalização:

Seu rosto estava vermelho e úmido. Suas calças, encharcadas de suor, e o peito, que tinha marcas deixadas pela ferrugem, parecia respingado de sangue. Marwan levantou-se e desceu a escada de ferro, exausto. Seus olhos estavam avermelhados, e o peito tingido de ferrugem. Quando chegou ao chão, descansou a cabeça na coxa de Abu Qais, esticando lenta-



mente seu corpo ao lado da roda. Asaad o seguiu um momento depois, e então Varapau. Sentaram-se, descansando a cabeça sobre os joelhos, com as pernas dobradas. Um tempo depois Varapau perguntou: — Foi terrível? (KANAFANI, 2023, p. 78).

Assim, além de lutarem contra a opressão, a exploração e a desumanização que sofrem tanto dos contrabandistas quanto das autoridades devido à violação dos seus direitos e a perda de suas terras, as personagens enfrentam situações de risco à vida, justamente porque foram marginalizadas pelo conflito Israel-Palestina.

Em poucas linhas, portanto, o autor consegue retratar vividamente as angústias e as esperanças, bem como as complexidades e dilemas enfrentados pelos refugiados palestinos em busca de uma vida melhor. E através da incorporação de *flashbacks* e reflexões das personagens, o autor oferece percepções sobre seus pensamentos, sentimentos e experiências passadas, como um elemento de reflexão-tensão, adicionando profundidade psicológica a eles, enriquecendo a compreensão do leitor sobre suas motivações e contextos de vida.

O *leitmotiv* é, portanto, a travessia pela qual as personagens se orientam para encontrarem a dignidade humana que o conflito instalado na região tirou delas. Assim,

O enorme caminhão carregava seus sonhos, suas famílias, suas esperanças e ambições, seu desespero e miséria, sua força e fraqueza, seu passado e futuro... como se empurrasse um imenso portão de um novo e desconhecido destino. Todos os olhos estavam fixos na superfície do portão como estivessem amarrados a ele por fios invisíveis (KANAFANI, 2023, p. 81).

Em outra dimensão da análise literária, o autor insere o leitor, ainda, na ambientação e na atmosfera da paisagem árida e desolada do Oriente Médio — “o caminhão segue sobre a pista em chamas, o motor ruge como a boca de um gigante devorando a estrada” (KANAFANI, 2023, p. 84) — criando uma sensação de tensão e desespero que permeia toda a narrativa. A descrição detalhada do ambiente físico contribui para a imersão do leitor na experiência das personagens.



Enquanto o caminhão acelerava como uma flecha, deixando um rastro de poeira atrás de si, Varapau sangrava suor pela testa, que escorria pelos sulcos do rosto até o queixo. O sol brilhava e o vento quente carregava um pó fino como farinha. Nunca na minha vida eu vi um clima tão terrível! (KANAFANI, 2023, p. 76).

Ao longo da narrativa, o autor continua a enfatizar a difícil realidade enfrentada pelos palestinos diante do conflito em sua terra natal e as consequências devastadoras do deslocamento forçado. A história das personagens é marcada, portanto, pelo colonialismo, podendo aplicar a ela o conceito de necropolítica desenvolvido por Achille Mbembe (2001).

Uma análise decolonial da obra serve, ainda, para explorar as vozes marginalizadas e subalternas representadas no livro, uma vez que são frequentemente privados de direitos devido à sua condição de refugiados palestinos.

A narrativa confere, portanto, voz às experiências destas pessoas e desafia as narrativas dominantes que perpetuam a opressão e a invisibilidade dos palestinos, desafiando as representações estereotipadas deles como vítimas passivas, destacando sua humanidade, o amor pela terra e a resistência de um povo em face da adversidade, buscando desestabilizar as hierarquias de poder e subverter as narrativas de dominação e controle.

O autor convida os leitores a refletirem sobre as realidades do colonialismo e do deslocamento, e a se posicionarem do lado da justiça e da solidariedade com os oprimidos, oferecendo uma reflexão profunda sobre as experiências e as lutas dos refugiados palestinos, ao mesmo tempo, em que lança luz sobre as questões mais amplas sobre justiça social e dignidade humana em meio ao conflito, destacando, ainda, a resiliência daquele povo. O horizonte era um conjunto de linhas retas, cor de laranja, mas ele havia decidido seguir em frente, com firmeza e obstinação (KANAFANI, 2023, p. 27).

Homens ao Sol é, portanto, uma obra literária que transcende as fronteiras da literatura para se tornar uma poderosa ferramenta de conscientização e sua importância reside não apenas em sua qualidade estética, mas também em sua capacidade de provocar reflexão e promover a mudança social em um contexto de conflito e injustiça.

O autor utiliza, portanto, as questões abordadas na obra, como a perda de terras e a restrição da liberdade de movimento das personagens devido às



fronteiras e barreiras impostas pela ocupação israelense na Palestina, para dar voz às dores vivenciadas pelos palestinos. Esse cerceamento, não apenas limitam suas oportunidades de vida e trabalho, mas também representam um abuso dos direitos fundamentais do povo palestino, forçando-os a deixar suas terras e comunidades de origem. Ao dar voz aos marginalizados e subalternizados, o autor convida o leitor a refletir sobre as sistemáticas violações dos direitos humanos enfrentadas pelos palestinos no conflito com Israel, vista a seguir.

4. PANORAMA DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RELEVÂNCIA NO CONFLITO PALESTINO

Os direitos humanos internacionais são um conjunto de princípios e normas que buscam proteger e promover os direitos fundamentais de todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, etnia, religião, sexo, orientação sexual, condição social ou qualquer outra condição. Eles são estabelecidos em tratados, convenções, declarações e costumes internacionais, e formam a base do direito internacional dos direitos humanos.

O principal documento que determina os direitos fundamentais de qualquer cidadão é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948). Esta declaração estabelece as diretrizes que os países devem seguir para garantir o respeito aos direitos fundamentais de todos os indivíduos:

ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição (DUDH, 1948).

A aplicação dos direitos humanos internacionais ao conflito na Palestina envolve considerar, portanto, uma série de instrumentos, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (CPPCG, 1948) a qual estabelece, no artigo II, que o genocídio se dá através da “intenção de destruir no



todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDP, 1996), todos sob vigilância direta do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI, 1998), que visa punir Estados e governantes que cometeram crimes de guerra, conforme estabelecido no corpo do Estatuto.

Neste sentido, a CPPCG (1948) estabelece que a caracterização do crime de genocídio se dá quando um Estado, com a intenção de destruir um povo — no todo ou em parte —, pratica o extermínio através do assassinato de membros daquela população ou por meio de “lesão grave à integridade física ou mental” dos membros do grupo que ele deseja exterminar, “submetendo intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial”.

Assim, a literatura de Kanafani traz o relato da personagem Chafiq que “havia perdido a perna direita durante o bombardeio de Yafa” (KANAFANI, 2023, p. 42) e de Varapau do qual “tiraram sua masculinidade” (KANAFANI, 2023, p. 65) após ser capturado pelo exército sionista, testemunhando pela transversalidade da literatura com a realidade, como o Estado de Israel age para alcançar a limpeza étnica no território palestino, conforme demonstrado por Ilan Pappé (2001), na obra *A limpeza étnica na Palestina em 1948*.

Nessa perspectiva, deve-se ressaltar outros direitos que devem ser analisados no caso do conflito na Palestina, violados pelo Estado de Israel, como o da autodeterminação, que concede aos povos, o direito de determinar livremente seu estatuto político, econômico, social e cultural, sem interferência externa. Assim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1996), estabelece no Artigo 1º, que “todos os povos têm direito à autodeterminação” e através desse direito, devem determinar livremente o “seu estatuto político” para que seu “desenvolvimento econômico-social e cultural” seja plenamente assegurado (PIDCP, 1996).

Em conformidade, portanto, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a segunda parte do artigo 1º da Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, determina que para um Estado conquiste os seus objetivos, ele deve:

Dispor livremente de se suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional.

Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência (PIDCP, 1996).



O que não acontece no contexto palestino, pois, como já demonstrado, através da abordagem da necropolítica — ou pela colonização moderna, o Estado de Israel controla deliberadamente quando e como os palestinos poderão usar os recursos naturais, tais como água e energia elétrica, em clara violação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1996).

Ainda, nos termos da terceira parte do artigo 1º (PIDCP, 1996), os países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), “deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitá-lo, conforme as disposições da Carta das Nações Unidas”. No entanto, os palestinos sofrem sistematicamente com a regulação dos seus recursos naturais por parte do Estado israelense, privando-os da livre escolha do próprio destino.

Já a terceira parte do artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1996) determina que:

Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (PIDCP, 1996).

No entanto, como demonstrado neste artigo, deve-se ressaltar que a relação entre a Nakba ou a “destruição” de 1948 (PAPPÉ 2001), com a situação atual (2024) do conflito, configuram grave violação dos direitos humanos supracitados, uma vez que as políticas adotadas pelo Estado israelense em face da Palestina (MBEMBE, 2018; SAID, 2021; KANAFANI, 2023) poderiam ser configuradas como crime de genocídio.

Há de ressaltar que a violação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1996) impede que os palestinos exerçam plenamente os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que lhe são assegurados e estão previstos no artigo 22º da Declaração Universal dos Direitos dos Homens (DUDH, 1948), pois:



Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade (DUDH, 1948).

No rol dos descumprimentos dos direitos do povo palestino que poderiam ser atribuídos ao Estado de Israel, deve-se incluir à violação do direito ao trabalho (artigo 23º da Declaração Universal dos Direitos Humanos — 1948)³, por ser certo, que a destruição das cidades, das escolas e dos hospitais por bombardeios, impede os palestinos de exercer tal garantia plenamente.

O conflito Israel-Palestina merece atenção especial, inclusive, para possibilidade de se enquadrar a recente campanha israelense como “crime de guerra”, isso porque o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998), no artigo 8º, entende “por ‘crimes de guerra’: as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber qualquer um dos seguintes atos” (ETPI, 1998), conforme previstos nos incisos IV da alínea ‘a’, I, II, III, IV, V, IX, XXIV e XXV da alínea ‘b’ e I, II, III, IV, VIII e XII da alínea ‘e’:

IV) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;

I) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

II) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares;

III) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;

IV) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;

³ Artigo 23. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.



V) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares;

IX) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

XXIV) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

XXV) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;

Assim, a violação das regras internacionais através da prática de crimes de guerra previstos no art. 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998, por parte de um Estado contra outro, incluindo a destruição de cidades, hospitais, residências e outros edifícios essenciais para a vida em sociedade, como escolas e universidades, além da provocação deliberada da “inanição da população civil como método de guerra”, (ETPI, 1998) privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência e impedindo o envio de ajuda humanitária, constitui uma grave violação dos direitos fundamentais. Isso afeta diretamente os direitos à educação, moradia, saúde, alimentação e participação na vida cultural da comunidade, além do direito fundamental à vida.

É inegável que os direitos fundamentais dos palestinos estão sendo violados devido às restrições impostas pela ocupação israelense. Isso inclui bloqueios, demolições e acesso limitado a serviços básicos, impedindo o povo palestino de exercer plenamente seus direitos. Além disso, a destruição quase completa de suas cidades, com bombardeios a edifícios civis, escolas e hospitais, viola seus direitos à vida, segurança e habitação. Muitos são forçados a deixar suas terras, tornando-se refugiados em busca de uma vida segura e digna.

Por último, é importante destacar a violação contínua do Direito Internacional Humanitário (DIH) por parte de Israel contra os palestinos. O DIH regula a conduta de todas as partes em conflitos armados, visando proteger



civis e os combatentes feridos ou capturados. No conflito na Palestina, o DIH desempenha um papel crucial na proteção dos civis e na garantia do acesso humanitário às áreas afetadas pelo conflito. Infelizmente, o Estado de Israel tem violado sistematicamente essas normas ao longo do tempo, sendo que a mais recente está evidenciada pela ofensiva, que resultou na morte de mais de 27 mil palestinos entre o final do ano de 2023 e início de 2024⁴. Alarmantemente, cerca de 60% das vítimas são mulheres e crianças⁵.

Em suma, a análise dos direitos humanos internacionais e sua aplicabilidade ao conflito na Palestina revela uma série de violações sistemáticas perpetradas pelo Estado de Israel contra o povo palestino. Desde a negação do direito à autodeterminação até as flagrantes violações do Direito Internacional Humanitário, as ações de Israel resultam em uma grave privação dos direitos fundamentais dos palestinos, incluindo o direito à vida, à segurança, à habitação, à educação e à saúde. A aplicação desses instrumentos internacionais exige o cumprimento das obrigações legais por todas as partes envolvidas, incluindo Israel, os palestinos e a comunidade internacional. Isso requer um compromisso firme com o respeito ao direito internacional humanitário, o fim da ocupação militar, a garantia dos direitos dos refugiados palestinos e o respeito aos direitos humanos de todos os indivíduos na região, independentemente de sua origem étnica ou religiosa. Além disso, é crucial um monitoramento independente, prestação de contas por violações e a promoção de uma cultura de respeito aos direitos e à dignidade humana em todas as esferas da sociedade para que a paz e a justiça possam ser alcançadas na região.

CONCLUSÃO

A análise do conflito na Palestina, sua história e suas implicações contemporâneas, revela um panorama marcado por violações de direitos humanos

⁴ Número de palestinos mortos por ataques de Israel em Gaza ultrapassa 27 mil, diz Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/numero-de-palestinos-mortos-por-ataques-de-israel-em-gaza-ultrapassa-27-mil-diz-ministerio-da-saude/>>. Acesso em 18 de março de 2024.

⁵ Mulheres e crianças são maioria dos mortos palestinos, dizem autoridades. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/mundo/mulheres-e-criancas-sao-maioria-dos-mortos-palestinos-dizem-autoridades-1.3253153>>. Acesso em 18 de março de 2024.



e pela aplicação da necropolítica. Desde a fundação do Estado de Israel em 1948, os palestinos enfrentam uma série de abusos, incluindo a limpeza étnica e a ocupação colonial, que resultaram no deslocamento de centenas de milhares de pessoas e na perda de suas terras e propriedades. A interseção entre a necropolítica, que define quem vive e quem perece, e o conflito na Palestina mostra como o exercício de poder sobre os corpos palestinos está profundamente enraizado na ocupação e na dominação territorial.

A necropolítica se manifesta na militarização do espaço palestino, na imposição de restrições de movimento, nos ataques militares e nas políticas de punição coletiva adotadas por Israel. Essas práticas não apenas desumanizam os palestinos, mas também os tratam como descartáveis ou sacrificáveis, perpetuando um estado de exceção onde as leis e normas são suspensas em nome da segurança nacional.

No entanto, a resistência palestina mostra que a luta pela sobrevivência e dignidade continua. Seja por meio de protestos pacíficos, resistência cultural ou solidariedade internacional, os palestinos desafiam a lógica da necropolítica e reivindicam sua humanidade. A obra de Ghassan Kanafani exemplifica essa resistência, dando voz e visibilidade a um povo que sofre com a negação de seus direitos fundamentais.

A análise crítica do conflito na Palestina destaca a urgência de respeitar os direitos humanos, responsabilizar os perpetradores de violações e promover uma cultura de dignidade e justiça para todas as pessoas envolvidas. No entanto, como se dá o papel da comunidade internacional na resolução do conflito na Palestina, considerando as violações de direitos humanos descritas? Pois, a busca por uma solução justa e duradoura para o conflito requer um compromisso com a igualdade, a liberdade e o respeito mútuo entre todas as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

HERZL, Theodor. *The complete diaries of Theodor Herzl*, v. 1, p. 88. 1895.

KANAFANI, Ghassan. *Homens ao sol*. Rio de Janeiro: Tabla, 2023.



LEHMAI — *Laboratório de Estudos sobre a História do Mundo Árabe Islâmico. O que é Nakba?* Disponível em: <<https://sites.unipampa.edu.br/lehmai/o-que-e-nakba/>>. Acesso em: 10 de março de 2024.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MPF. *Tratados em Direitos Humanos: Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos*. Vol. 1. Coleção MPF Internacional, 2015.

MPF. *Tratados em Direitos Humanos: Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos*. Vol. 2. Coleção MPF Internacional, 2015.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Situation in occupied Palestine and Israel: History*. Disponível em: <<https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel/history>>. Acesso em 16 de março de 2024.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Origins and Evolution of the Palestine Problem: Part I (1917-1947)*. United Nations, [s.d.]. Disponível em: <https://www.un.org/unispal/history2/origins-and-evolution-of-the-palestine-problem/part-i-1917-1947/#Origins_and_Evolution_of_the_Palestine_Problem_1917-1947_Part_I>. Acesso em 16 de março de 2024.

ONU, Organização das Nações Unidas. *The question of Palestine*. United Nations, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-177943/>>. Acesso em 16 de março de 2024.

PAPPÉ, Ilan. *A limpeza étnica da Palestina*. Lisboa: KKYM + P.OR.K, 2021.

PETROVIC, D. *Ethnic cleansing. An attempt at methodology*. *European Journal of International Law*, v. 5, n. 3, p. 342-360. 1994.

SAID, Edward W. *A questão da Palestina*. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

S. PAULO, Folha. *Israel invade novamente maior hospital de Gaza em operação com mortos*. Folha de S. Paulo. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2024/03/israel-invade-novamente-maior-hospital-de-gaza-em-operacao-com-mortos.shtml>>. Acesso em 20 de março de 2024.

TRAUMANN, Andrew Patrick. *A terra prometida em uma bandeja colonial*. *Topoi - Revista de História*, vol. 21, no. 41, 2021, pp. 335-358. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/topoi/a/Lh6kVfcFGKTJFGtXr6KGkvb/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 10 de março de 2024.



ZAHREDDINE, Danny. *Os cem anos do fim do Império Otomano*. Disponível em: <<https://revista.pucminas.br/revista/materia/os-cem-anos-do-fim-do-imperio-otomano/#:~:text=O%20fim%20do%20Imp%C3%A9rio%20otomano,criadas%20pelo%20tratado%20de%20S%C3%A8vres>>. Acesso em 07 de março 2024.

Submissão: 21.março.24

Aprovação: 25.abril.24



ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: IMPACTO, PREVENÇÃO E MANEJO

Organizational Workplace Bullying: Impact, Prevention, and Management

Hanna Longo Madi¹

Maria Cristina de Oliveira Santos Miyasaki²

ÁREA: Direito do Trabalho.

RESUMO: O assédio moral, que envolve relações interpessoais abusivas no trabalho, é um problema prevalente — mais de 52.000 casos ajuizados na Justiça do Trabalho em 2021 — e está associado a importantes custos pessoais, organizacionais e sociais. Ocorre tipicamente na relação empregado-empregador, propiciado por duas características inerentes ao mundo do trabalho: subordinação e hipossuficiência do trabalhador. O assédio moral organizacional pode incluir, por exemplo, práticas abusivas para atingir altas metas de produção e estratégias de gestão baseadas no estresse. Embora eventualmente tenha origem discriminatória, como gênero e orientação sexual da vítima, essa não é a regra. Estudos indicam que as vítimas são principalmente as mulheres, e o impacto do assédio moral envolve sofrimento, sintomas e transtornos mentais, como ansiedade e depressão. A consequência jurídica desse tipo de abuso, visto como uma ofensa aos direitos da personalidade do trabalhador, sua honra e dignidade, visa reparar os danos causados e prevalece na jurisprudência que pertence ao empregado o ônus da prova. Organizações que possuem CIPA — hoje denominada Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e de Assédio — devem adotar regras de conduta em relação a diferentes formas de violência, inclusive o assédio moral, que devem ser amplamente divulgadas na instituição.

¹ Advogado. Especialista em Direito e Processo do trabalho e em Direito Civil e Processual Civil. Endereço eletrônico: < hannamadi@gmail.com >. Lattes: < <https://lattes.cnpq.br/4992231366119932> >.

² Psicóloga. Mestre em Psicologia pela PUCAMP. Doutora em Psicologia Clínica pela USP. Pós-doutorado pelo King's College de Londres. Livre-docência pela FAMERP, onde é professora dos cursos de graduação e pós-graduação. Endereço eletrônico: < cmiyazaki@famerp.br >. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/9924379303292356> >.



PALAVRAS-CHAVE: Trabalho. Violência no trabalho. Assédio Moral. Saúde do Trabalhador. Saúde Mental.

ABSTRACT: Workplace bullying, characterized by abusive interpersonal relationships, is a prevalent issue—more than 52,000 cases were litigated in Labor Courts in 2021—and is associated with significant personal, organizational, and societal costs. It typically occurs within the employer-employee relationship, facilitated by the inherent dynamics of workplace subordination and employee vulnerability. Organizational workplace bullying may manifest through abusive practices aimed at achieving high production targets and stress-based management strategies. While occasionally rooted in discriminatory motives such as gender or sexual orientation, this is not the norm. Studies indicate that women are predominantly affected, and the impact of workplace bullying includes suffering and mental health disorders such as anxiety and depression. Legally, this type of abuse is considered an infringement upon the worker's personality rights, honor, and dignity, necessitating compensation for damages, with the burden of proof typically falling on the employee. Organizations with committees like the Internal Committee for Accident Prevention and Bullying Prevention are required to enforce conduct rules addressing various forms of violence, including workplace bullying, which must be widely disseminated within the institution.

KEYWORDS: Work. Workplace violence. Workplace bullying. Worker health. Mental health.

SUMÁRIO: Introdução. Assédio Moral - Definição. Assédio Moral Organizacional. A reparação dos danos na Justiça do Trabalho. Formas de enfrentamento do fenômeno. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Assédio moral não é um fenômeno recente. Embora tão antigo quanto o trabalho e as relações interpessoais no contexto laboral, os estudos de Leymann na década de 1980, considerados pioneiros nessa área, utilizaram o termo *mobbing* para designar o que hoje é denominado assédio moral.³

O presente estudo tem por objetivo explorar as principais características do assédio moral organizacional, como causas, impacto, prevenção e manejo, bem como o ordenamento jurídico pátrio, em especial o direito do trabalho.

³ Leymann, H. The content and development of mobbing at work. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5(2), 165-184. 1996. DOI:10.1080/13594329608414853



ASSÉDIO MORAL - DEFINIÇÃO

Embora Leymann (1966) tenha utilizado o termo *mobbing* para referir-se a assédio moral, diferentes países e autores empregam diferentes terminologias, como *bullying* (Reino Unido), *harassment* (Estados Unidos), *harcèlement moral* (França) e *ijime* (Japão) para referir-se ao mesmo fenômeno.

Assédio moral pode ser definido como:

... Uma forma de comunicação hostil e antiética, realizada de forma sistemática por uma ou mais pessoas, principalmente contra um indivíduo. Existem casos em que essa forma de comunicação é mútua, até o momento em que um dos participantes se torna o provável perdedor. Essas ações ocorrem frequentemente (quase todos os dias) e por um longo período (pelo menos seis meses). Em função dessa frequência e duração, resultam em considerável sofrimento psicológico, psicossomático e social.⁴

O assédio moral se dá por comportamentos e atitudes reiteradas de forma sutil e sistemática, visando a destruição da integridade psíquica do indivíduo. Seu início é aparentemente inofensivo, mas se propaga insidiosamente. Sua repetição no tempo é o que o torna destruidor, ultrapassando o limite do “mero estresse ou dissabor”. Nos ensinamentos de Marie-France Hirigoyen⁵: “*Por meio de palavras aparentemente inofensivas, alusões, sugestões ou não-ditos, é efetivamente possível desequilibrar uma pessoa, ou até destruí-la (...)*”

Embora este estudo tenha como foco principal abordar o assédio moral organizacional, é importante destacar que esse problema não se limita ao ambiente corporativo. É na relação típica entre empregado e empregador que o assédio muitas vezes encontra um campo fértil, especialmente devido à presença de duas características fundamentais em qualquer relação de trabalho: a subordinação do trabalhador e sua condição de hipossuficiência.

⁴ Leymann, Heinz. *Mobbing and psychological terror at workplaces. Violence and Victims*, 5, 119–126. 1990.

⁵ Hirigoyen, Marie-France. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*, p. 11.



Para Marie-France Hirigoyen⁶

Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física, ou psíquê de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

No Brasil, merece destaque o conceito da doutrina trabalhista exarado pelo Min. Maurício Godinho Delgado⁷:

(...) conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de desequilíbrio e tensão emocionais graves.

Hirigoyen classificou o assédio moral em três categorias: vertical, horizontal e misto. O primeiro, como a própria nomenclatura indica, se dá em relações hierárquicas e se subdivide em descendente e ascendente. A descendente, forma mais comum de assédio moral, ocorre quando a agressão é oriunda de um superior hierárquico que persegue sistematicamente um subordinado imediato ou alguém hierarquicamente inferior. Será ascendente, por sua vez, quando o subordinado passa a assediar moralmente o seu superior. Um exemplo comum desse tipo de assédio é aquele praticado por funcionários que passam a assediar o novo chefe que, antes de assumir o cargo de chefia, era colega de trabalho do grupo dos assediadores. O assédio moral horizontal se dá entre colegas de trabalho do mesmo grau hierárquico e, por último, a autora indica a existência do assédio moral misto, quando as agressões são generalizadas e partem de todos os lados. O assediador, inicialmente, é superior hierárquico, mas o assédio passa a sofrer “efeito cascata”, ocasionando o efeito de “seguir o líder”. Com este efeito, os demais trabalhadores passam também a atacar a vítima.

Para Hirigoyen (2001), a existência do assédio moral pode ser identificada por pequenos, mas significativos comportamentos, tais como:

⁶ Hirigoyen, Marie-France, op. cit., p. 65.

⁷ Delgado. Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 1247.



- a) *Deterioração proposital das condições de trabalho* — Ex.: Retirada de autonomia da vítima, críticas injustas e exageradas, privá-la de instrumentos necessários às suas funções.
- b) *Isolamento do trabalhador assediado e a recusa de comunicação* — Ex.: Interrupções constantes, recusa de contato, ignorar sua presença.
- c) *Atentado contra a dignidade* — Ex.: Gestos de desprezo diante da vítima, desacreditá-la diante de colegas, fazer críticas à sua vida privada, zombar de suas origens e nacionalidade.
- d) *Violência verbal, física ou sexual* — Ex.: Ameaças de violência física, gritos, invasão de sua vida privada (ex. telefonemas), desconsiderar seus problemas de saúde.

Embora inúmeras atitudes do assediador indiquem a presença de assédio moral, pesquisa recente na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região observou um certo padrão de condutas hostis, tais como: recusar a comunicação direta, deformação da linguagem, mentir, usar de sarcasmo e desprezo, usar paradoxos, desqualificar a vítima, entre outros.

Exatamente devido à ampla variedade de comportamentos que podem ser interpretados como assédio moral, é crucial primeiro entender quais comportamentos não se enquadram nessa categoria. Exemplos de comportamentos que não caracterizam assédio moral incluem: a) exigências profissionais (ex. exigir que o trabalho seja cumprido com eficiência); b) agressões, injúrias e outros conflitos pontuais, inerentes à relação de trabalho; c) aumento do volume de trabalho, desde que nos limites da legislação; d) uso de mecanismos tecnológicos de controle (ex. ponto eletrônico); e) más condições de trabalho (ex. ambiente pequeno e pouco iluminado, desde que estas condições não sejam “impostas” ao trabalhador com objetivo de desmerecê-lo).⁸

Outro aspecto importante é distinguir o assédio moral da importunação sexual e do assédio sexual, pois nestes dois últimos casos o foco

⁸ Hirigoyen, Marie-France. Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano. 2005. p. 11.



está essencialmente no aspecto sexual. Segundo o artigo 215-A do Código Penal, a importunação sexual ocorre quando há a intenção de praticar ato libidinoso para satisfazer a própria lascívia ou a de terceiros. Já o assédio sexual, conforme o artigo 216-A do Código Penal, envolve constranger a vítima com o objetivo de obter vantagem ou favorecimento sexual, muitas vezes usando a posição hierárquica como meio. Em ambos os casos, inicialmente não há necessariamente a intenção de desequilibrar, controlar ou aniquilar a pessoa assediada. No entanto, uma tentativa frustrada pode eventualmente evoluir para assédio moral ou ser usada como um instrumento para reduzir e humilhar a vítima.

As causas do assédio moral estão ligadas a inúmeros fatores, como abuso do poder diretivo, busca incessante do cumprimento de metas, cultura autoritária, despreparo do chefe para gerenciar pessoas, rivalidade no ambiente de trabalho, inveja, entre outros. Embora algumas das causas possam ter origem discriminatória — em razão do gênero, da orientação sexual da vítima, motivos raciais e/ou religiosos — essa não é a regra. Há situações, ainda, que a conduta do empregado no ambiente de trabalho servirá de gatilho aos assediadores, como trabalhadores que denunciam problemas internos da empresa ao setor de *compliance*, ao sindicato ou aos superiores hierárquicos.⁹

Dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹⁰ indicam que, “*somente em 2021, foram ajuizados, na Justiça do Trabalho, mais de 52 mil casos relacionados a assédio moral e mais de três mil relativos a assédio sexual em todo o país*”. Pode-se pensar que esses dados oficiais subestimam a quantidade real de casos, uma vez que, como em outros tipos de violência, nem todas as vítimas fazem uma denúncia formal do problema.

Estudo realizado por Marie-France Hirigoyen¹¹ identificou que, em sua maioria, as vítimas eram pessoas com idade entre 40 e 50 anos, ma-

⁹ Tribunal Superior do Trabalho. Cartilha sobre assédio moral. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>> Acesso em 10 de março de 2024.

¹⁰ Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB). Em 2021, Justiça do Trabalho registrou mais de 52 mil casos de assédio moral no Brasil. 05/05/2022. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/em-2021-justica-do-trabalho-registrou-mais-de-52-mil-casos-de-assedio-moral-no-brasil>

¹¹ HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho. Redefinindo o assédio moral, p. 95 –



oritariamente do sexo feminino (cerca de 70%). Como apontam Cintia Medeiros e Victor Silva ¹², a vítima não necessariamente possui alguma patologia ou é “frágil”, embora possam existir vítimas com essas características. Habitualmente, as vítimas de assédio moral são pessoas dedicadas ao trabalho e que possuem capacidade de resistência, mas a falta de denúncia do problema dificulta uma delimitação mais precisa do perfil das vítimas mais comuns. Segundo Medeiros e Silva, empregados mais jovens, com menos experiência, homossexuais, negros e pessoas com deficiência são frequentemente alvos de assédio moral.

Estudo italiano avaliou 35 sentenças proferidas em casos de assédio moral naquele país, cujas indenizações variaram entre 20.000 e 70.000 euros.¹³ A duração média do assédio foi um ano e meio e, geralmente, este ocorria diariamente e no contexto de empresas privadas. Mais da metade das vítimas era do sexo feminino, com média de idade de 44,54 anos e estas eram classificadas pelos abusadores como “dominadas”, bodes expiatórios, ambiciosas, passivas e hipocondríacas. As consequências mais frequentes da vitimização foram: ansiedade, transtornos mentais e sintomas físicos. Os abusadores eram principalmente do sexo masculino, com média de idade de 53,20 anos, e seu comportamento foi classificado como casual, sádico, instigador e colérico. Na maior parte dos casos, o início do assédio ocorreu em função de dificuldades de relacionamento. Interessante notar que foram também analisadas as testemunhas do assédio, a maioria delas avaliadas como ativas, embora o tipo de assédio tenha sido vertical.

Dentre os fatores que favorecem a ocorrência do assédio moral está a desumanização do empregado, muitas vezes decorrente da própria organização do trabalho. Ambientes estressantes, má comunicação entre trabalhadores ou entre a chefia e trabalhadores, padronização de procedimentos e falta de reconhecimento pessoal podem culminar nessa forma de violência psíquica.

106.

¹² MEDEIROS, Cíntia Rodrigues de Oliveira; SILVA, Victor Vieira. Revista Ciências do Trabalho n. 12. Violência e indiferença: experiências de assédio moral no trabalho. p. 17-35.

¹³ MARAN, Daniela Acquadro et.al. Mobbing (bullying at work) in Italy: characteristics of successful court cases. 2008. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5801609/>



Consequências do assédio moral ocorrem para o empregado, para o empregador e para a sociedade. Para o trabalhador, uma das mais graves é o impacto negativo sobre a sua saúde mental. Para o empregador, prejuízos incluem queda de produtividade e doenças relacionadas ao trabalho, que geram reiterados afastamentos por problemas de saúde. O ônus social, por sua vez, inclui o uso recorrente do sistema de saúde e previdenciário, bem como o prejuízo para a qualidade de vida das famílias onde um dos membros sofre assédio moral.

ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

O assédio moral organizacional ou gestão por estresse é tema extremamente debatido atualmente. Nos ensinamentos do Min. Claudio Mascarenhas Brandão¹⁴, em acórdão proferido pelo TST, o assédio moral organizacional compreende:

Um conjunto sistemático de práticas reiteradas, provindas dos métodos de gestão empresarial, que tem por finalidade atingir determinados objetivos empresariais relativos ao aumento de produtividade e à diminuição do custo do trabalho, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos aos trabalhadores na empresa.

Na mesma decisão, o ilustre Ministro explica que o assédio moral organizacional:

Caracteriza-se pela conduta abusiva e reiterada do agressor como método de gestão, não sendo requisito a intenção de prejudicar ou inferiorizar determinada pessoa. Tem por essência a utilização de práticas abusivas para aumentar a produtividade e/ou reduzir custos, como cobranças excessivas de metas, rigor disciplinar excessivo, métodos de gestão por estresse.

Esse tipo de assédio surge da utilização abusiva do poder diretivo do empregador, conforme previsto no artigo 2º da CLT, infringindo o princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF/88) e os direitos da personali-

¹⁴ TST — AIRR: 15120820175090661, relator ministro Claudio Mascarenhas Brandão, 7ª turma, data de publicação: 24/5/2021



dade do trabalhador. O assédio moral muitas vezes se configura como um método de gestão baseado em pressões e humilhações, com o objetivo de fazer com que os empregados atinjam metas predeterminadas ou alcancem um desempenho superior considerado praticamente inatingível, tudo isso às custas de sua dignidade. Isso representa um claro abuso do poder diretivo do empregador.

Nesse contexto, o objetivo do assédio moral não é apenas prejudicar a psique e os direitos da personalidade de um indivíduo, mas sim estabelecer uma política de gestão empresarial baseada no medo e nas humilhações, visando aumentar a produção. Exemplos dessas práticas incluem: a) ameaças constantes de demissão; b) emissão de ordens por meio de gritos; c) restrições injustificadas ao uso do banheiro; d) “castigos” públicos como danças, apelidos depreciativos ou outras formas de humilhação para os trabalhadores que não atingem as metas estabelecidas. Esses ataques não são velados, mas explícitos, de modo que todos os trabalhadores tenham conhecimento da política abusiva da empresa e sintam a pressão para “produzir cada vez mais” de maneira mais eficiente.¹⁵

O assédio desse tipo, ao contrário do que se pretende, tem um efeito destrutivo e não contribui para melhorar o desempenho dos empregados. Ao longo do contrato de trabalho, não se observa o alcance de metas nem um aumento na eficiência do trabalho. As consequências dessa prática incluem danos à saúde dos trabalhadores, redução da produtividade e lucratividade, aumento das faltas ao trabalho e das licenças médicas, o que inevitavelmente leva à rotatividade de mão-de-obra.

Outra utilização desse método de gestão se dá quando há necessidade de redução do número de trabalhadores empregados. O assédio moral organizacional pode ser direcionado a um setor ou a um grupo específico de trabalhadores com o intuito de forçar a rescisão contratual por iniciativa do empregado, poupando a empresa de custos rescisórios como, por exemplo, o pagamento de aviso prévio e a multa do FGTS prevista no art. 18, §1º da Lei n. 8036/90.

¹⁵ Tribunal Superior do Trabalho. Cartilha sobre assédio moral. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>> Acesso em 10 de março de 2024.



Esta rotatividade de trabalhadores, por si só, implica em perda de *know-how* e aumento de gastos com o treinamento de novos empregados, resultando na perda da eficiência. Além dos gastos com treinamentos para novos empregados, aumentam as despesas com a contratação de advogados para apresentação de defesas em Reclamações Trabalhistas porventura ajuizadas ou em procedimentos administrativos juntos ao Ministério Público do Trabalho, além do pagamento de indenizações decorrentes de eventuais danos aos direitos da personalidade dos empregados.

Estudos sobre assédio moral em contextos de saúde, como grandes hospitais, são frequentes, e as altas taxas de transtornos mentais, incluindo casos de suicídio, entre esses profissionais estão amplamente documentadas na literatura científica nacional e internacional. De acordo com dados dos CDC (*Centers for Disease Control and Prevention, 2023*)¹⁶, o número de profissionais da saúde que relataram ter sofrido assédio moral em 2022 mais que dobrou em relação a 2018. Aproximadamente metade (46%) dos profissionais relataram *burnout* em 2022 (comparado com 32% em 2018) e 44% tinham intenção de procurar outro emprego (comparado com 33% em 2018). A Tabela 1 apresenta a comparação entre aqueles que sofreram e os que assédio moral em relação a sintomas e transtornos mentais.

TABELA 1. Comparação de sintomas e presença de transtornos mentais entre profissionais da saúde que sofreram e que não sofreram assédio moral.

Profissionais da saúde que sofreram assédio moral	Profissionais da saúde que não sofreram assédio moral
Ansiedade 85%	Ansiedade 53%
Depressão 60%	Depressão 31%
Burnout 81%	Burnout 42%

Fonte: CDC, 2023

¹⁶ Centers for Disease Control and Prevention — CDC. Health Workers Face a Mental Health Crisis Workers Report Harassment, Burnout, and Poor Mental Health; Supportive Workplaces Can Help. 2023. Disponível em: <https://www.cdc.gov/vitalsigns/health-worker-mental-health/index.html#print>



Outras consequências relatadas em estudo sobre assédio moral em enfermeiras portuguesas foram ansiedade (71%), insônia (69,37%), irritabilidade (67,96%), sentimentos de frustração, fracasso e impotência (67,96%), sentimentos de insegurança (63,73%) e dificuldade de concentração (52,46%).¹⁷

O custo do sofrimento psíquico e de um transtorno mental entre os profissionais é alto para a instituição (ex. aumenta a probabilidade de erros), para o profissional e para os seus familiares e para todo o sistema de saúde, que necessita atender essa demanda. Diversas estratégias são propostas para reduzir o assédio moral e, conseqüentemente, o sofrimento e os custos decorrentes do problema: 1) incentivar horários de descanso; 2) incluir os funcionários nas tomadas de decisão institucionais; 3) designar um líder sênior para promover o bem-estar dos profissionais; 4) treinar o supervisor direto para fornecer apoio ao funcionário; 5) garantir a contratação de profissionais adequados para o trabalho; 6) valorizar a segurança e a saúde do trabalhador (CDC, 2023).

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) elaborou uma *Cartilha de prevenção do assédio moral: pare e repare*, que esclarece o que é assédio moral, uma forma de violência incompatível com a Constituição e com diversas leis. Fornece classificação e tipologia do assédio moral e exemplifica atitudes que caracterizam o que é e o que não é assédio. Apresenta causas (ex. abuso do poder diretivo, despreparo da chefia para gerenciar pessoas, cultura autoritária), consequências para a vítima (ex. sofrimento psicológico, físico, problemas nas relações familiares), para a empresa (ex. redução da produtividade, rotatividade de pessoas, licenças médicas) e para o Estado (ex. custos com tratamentos, despesas com benefícios sociais).

A referida Cartilha está disponível online¹⁸ e contém ainda orientações para a prevenção (ex. instituir e divulgar um código de ética profissional, fornecer exemplos de comportamentos adequados, evitando se omitir em casos de assédio moral), bem como orientações para a vítima (ex. reunir

¹⁷ JOÃO, Ana Lúcia da Silva; PORTELADA, Antônio Fernando Saldanha. Mobbing and its impact on interpersonal relationships at the workplace, *Journal of Interpersonal Violence*, 34(13):2797-2812. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1177/0886260516662850>

¹⁸ Cartilha de prevenção ao assédio moral. Pare e repare. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>



provas do assédio, buscar ajuda dos colegas, buscar orientação psicológica) e para os colegas (ex. oferecer apoio à vítima, disponibilizar-se como testemunha).

Existe atualmente ampla literatura e orientações para o manejo e para a prevenção do assédio moral. Entretanto, como indicam dados recentes, esse é ainda um problema prevalente, de alto custo pessoal, institucional e para o Estado, que precisa ser abordado com urgência.

A REPARAÇÃO DOS DANOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O art. 225 da Constituição Federal de 1988, ao determinar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclui, também, o meio ambiente do trabalho. Logo, é dever do empregador garantir um ambiente de trabalho sadio.

O assédio moral organizacional apresenta como consequência jurídica a ofensa aos direitos da personalidade dos trabalhadores, como a honra, a dignidade, a imagem e a integridade física. Todos esses direitos são inerentes ao ser humano, intransmissíveis, irrenunciáveis e de impossível de mensuração econômica, nos termos dos art. 11 ao 21 do Código Civil. Sendo vários desses direitos assegurados expressamente na Carta Magna de 1988, como, por exemplo, nos art. 1º, III, e art. 5º, V e X.

O assédio moral organizacional vem se tornando tema frequente no âmbito da Justiça do Trabalho, em especial no que tange à reparação de danos causados. É inegável a responsabilidade do empregador, nos termos dos artigos 186, 187, 927 do Código Civil, mesmo quando se tratar de ato de seus prepostos (art. 932, III, do Código Civil). Para a jurisprudência predominante, a responsabilidade do empregador é subjetiva, ou seja, somente há dever de indenizar quando aquele incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII, CF/88).

Insta salientar, ainda, que prevalece na jurisprudência que pertence ao empregado o ônus da prova de demonstrar a existência da conduta assediadora (art. 818 da CLT). A dificuldade reside, contudo, na obtenção das provas das ofensas perpetradas.



Esta dificuldade de comprovação reflete nas decisões judiciais. Em jurisprudências analisadas no site do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (trinta acórdãos em Recurso Ordinário julgados entre janeiro de 2022 a outubro de 2023), verificou-se que dois terços dos pleitos indenizatórios foram julgados improcedentes, principalmente em razão da falta de produção de prova adequada pelo Reclamante.

Outra questão que gera debates é a reparação dos danos. O dano material/patrimonial, por ter mensuração econômica, se torna menos complicado de se apurar. Este dano material pode ser: dano emergente, lucros cessantes e perda de uma chance, e poderá ser aferido no caso concreto.

Em relação aos danos morais, a fixação não é tão simples. Este tipo de indenização decorre da ofensa aos já mencionados direitos da personalidade. Apresenta natureza compensatória para a vítima e punitiva e pedagógica ao agressor.

Com o advento da polêmica reforma trabalhista, o acréscimo do art. 223-G da CLT demonstrou tentativa do legislador em tabelar o valor do dano moral. Este dispositivo, contudo, foi mitigado pelas ADIs 6050, 6069, 6082, confiando-se ao prudente arbítrio do magistrado a fixação do quantum elementar indenizatório considerado justo.

Por fim, em relação ao valor da indenização, foram encontrados, na mencionada pesquisa junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, grande variedade de valores que giram, em sua maior parte, entre R\$ 3.000,00 e R\$ 20.000,00. Eventuais valores vultuosos concedidos em primeira instância, salvo exceções, vem sendo sistematicamente reduzidos em segunda instância, gerando grande frustração para as vítimas.

FORMAS DE ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO

Na área do Direito do Trabalho, não existe uma lei específica que trate exclusivamente da prevenção e repressão ao assédio moral. Porém, o operador do direito pode se valer do ordenamento jurídico vigente para punir o assediador ou o gestor omissivo, fazendo uso, por exemplo, da resolução do contrato de trabalho por justa causa com fulcro no art. 482, “b”, “h”, “j” e “k” da CLT, a depender do caso concreto. Poderá se valer, ainda, de ação de



regresso em face do assediador, em razão de condenação em indenização por danos morais e materiais oriundos da conduta do agente.

Contudo, no âmbito administrativo, entraram em vigor as alterações das NRs 1 e 5 oriundas da Portaria MTP n. 4.219, de 20 de dezembro de 2022. Estas alterações modificaram a nomenclatura da CIPA, que hoje é denominada “*Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e de Assédio*”. Entre as atribuições desta Comissão está a de “*incluir temas referentes à prevenção e ao combate ao assédio sexual e a outras formas de violência no trabalho nas suas atividades e práticas*”.

A nova regulamentação determina que as organizações obrigadas a constituir CIPA devem adotar medidas de inclusão de regras de conduta a respeito do assédio sexual e de outras formas de violência nas normas internas da empresa, com ampla divulgação do seu conteúdo aos empregados e às empregadas. Deve haver, ainda, a definição de procedimentos claros para receber e acompanhar denúncias, investigar os fatos e aplicar sanções aos responsáveis diretos e indiretos por assédio moral e violência. Além disso, é essencial realizar regularmente ações de capacitação, orientação e sensibilização para todos os funcionários, em todos os níveis hierárquicos.

Outra forma de enfrentamento ao assédio moral que merece destaque é o vetor de transformação denominado ESG (*Environmental, Social and Governance* — ambiental, social e governança). Este propõe uma nova forma de capitalismo, na qual empresas adotem um conjunto de estratégias para que seu desenvolvimento cause impactos positivos no meio ambiente, incluindo o do trabalho. Que seja socialmente mais justo, consciente e inclusivo e mais responsável nas suas tomadas de decisão. O ESG pode impactar positivamente a saúde e a segurança dos trabalhadores, ao propor uma cultura de transparência, propagação de valores, cultura e ética de uma organização, além de uma gestão de riscos.

Diante de toda análise teórica e estudo jurisprudencial, a melhor solução para a situação atual é a prevenção. Para o empregador, por exemplo, a atuação da CIPA, com objetivo de monitorar comportamentos antiéticos, permite que o trabalhador seja tratado com dignidade. Agindo dessa forma, é possível evitar prejuízos financeiros e danos à reputação da empresa.



Deve-se destacar, ainda, a imprescindível atuação do Ministério Público do Trabalho. Este pode atuar na instauração de Inquérito Civil, ajuizamento de Ação Civil Pública, ou mesmo na assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Este pode conter cláusulas como: abstenção das práticas de assédio moral, implementação de canais de comunicação para denúncias, criação de Comitê para analisar e processar as denúncias, criação de um código de ética interno que trate expressamente do assédio moral, promoção de campanhas de prevenção, palestras de conscientização com gestores, entre outros.

A Convenção nº 190 da Organização Internacional do Trabalho reconhece, em seu preâmbulo, o direito das pessoas a um trabalho livre de violência e assédio. Ela afirma que a violência e o assédio no ambiente de trabalho constituem uma violação aos direitos humanos e representam uma ameaça à igualdade de oportunidades, sendo incompatíveis com o conceito de trabalho decente.

Os Membros têm a importante responsabilidade de promover um ambiente geral de tolerância zero à violência e ao assédio, com vista a facilitar a prevenção de tais comportamentos e práticas, e que todos os intervenientes no mundo do trabalho devem abster-se, prevenir e combater a violência e o assédio.

A referida convenção, em seu Artigo 1º, 1, (a) oferece um conceito amplo de assédio, senão vejamos:

1. Para efeitos da presente Convenção: (a) o termo “violência e assédio” no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero.

Portanto, mesmo sem uma lei específica disciplinando o enfrentamento da questão, existem várias ferramentas que empregadores e empregados podem utilizar para prevenir e mitigar os danos causados pelo assédio moral.



CONCLUSÃO

O poder diretivo do empregador permite a exigência de metas e resultados, porém deve ser exercido de forma razoável, proporcional e sem abusos, limitando-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade social atribuída às empresas, a partir da função social ostentada no art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Verifica-se a necessidade de garantir o valor social do trabalho, o trabalho digno à pessoa humana, a erradicação da pobreza, da desigualdade e da discriminação para garantir um patamar mínimo civilizatório no ambiente de trabalho.

É essencial estabelecer uma cultura organizacional que promova a identificação do assédio moral em todas as suas formas, especialmente no ambiente empresarial. A partir dessa conscientização, é possível identificar e modificar as características do ambiente de trabalho que tornam os empregados vulneráveis a essa forma de violência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Dayse Coelho de. Entenda o que é assédio organizacional. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depe-so/354024/entenda-o-que-e-assedio-organizacional>> Acesso em 10 de março de 2024.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho; — 5. ed. rev. e ampl. — São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940 e retificado em 3 de março de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 10 de março de 2024.



Centers for Disease Control and Prevention — CDC. Health Workers Face a Mental Health Crisis Workers Report Harassment, Burnout, and Poor Mental Health; Supportive Workplaces Can Help. 2023. Disponível em: <https://www.cdc.gov/vitalsigns/health-worker-mental-health/index.html#print>

DA SILVA, João, A. L., SALDANHA PORTADELA, A. F. *Mobbing and Its Impact on Interpersonal Relationships at the Workplace*. *Journal of Interpersonal Violence*. 2016. Doi: 088626051666285. doi:10.1177/0886260516662850

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

EINARSEN, S.; SKOGSTAD, A. *Bullying at work: Epidemiological findings in public and private organizations*. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5(2), 185–201 1996. Doi:10.1080/1359432960841484

FERREIRA, Hássada Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. Campinas: Russell Editores, 2004.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*; tradução de Maria Helena Kühner. — 6. ed. — Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

JOÃO, Ana Lúcia da Silva; PORTELADA, Antônio Fernando Saldanha. *Mobbing and its impact on interpersonal relationships at the workplace*, *Journal of Interpersonal Violence*, 34(13):2797-2812. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1177/0886260516662850>

LEYMANN, Heinz. *The content and development of mobbing at work*. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5(2), 165–184. (1996) doi:10.1080/13594329608414853

LEYMANN, Heinz. *Mobbing and psychological terror at workplaces*. *Violence and Victims*, 5, 119–126. 1990.

Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral; tradução de Rejane Janowitz. — 2. ed. — Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2005.



MARAN, Daniela Acquadro; BERNARDELLI, Silvia; VARETTO, Antonella. Mobbing (bullying at work) in Italy: characteristics of successful court cases. 2008. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5801609/>

MADI, Hanna Longo. Assédio moral nas relações de emprego e a reparação do dano moral pela justiça do trabalho. 118 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) — Centro Universitário de Rio Preto, UNIRP, São José do Rio Preto, 2007.

MEDEIROS, Cíntia Rodrigues de Oliveira; SILVA, Victor Vieira. Revista Ciências do Trabalho n. 12. Violência e indiferença: experiências de assédio moral no trabalho, 2023.

NIEDL, K. *Mobbing and well-being: Economic and personnel development implications. European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5(2), 239–249. 1996. Doi:10.1080/13594329608414857

10.1080/13594329608414857

PRASLOVA, Ludmila N., CARUCCI, Ron, STOKES, Caroline. How Bullying Manifests at Work — and How to Stop It. November 04, 2022. Harvard Business Review. <https://hbr.org/2022/11/how-bullying-manifests-at-work-and-how-to-stop-it>

Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB). Em 2021, Justiça do Trabalho registrou mais de 52 mil casos de assédio moral no Brasil. 05/05/2022. <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/em-2021-justica-do-trabalho-registrou-mais-de-52-mil-casos-de-assedio-moral-no-brasil>

Tribunal Superior do Trabalho. Cartilha sobre assédio moral. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>> Acesso em 10 de março de 2024.

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em <<https://www.trt15.jus.br>> Acesso em: 23 de outubro de 2023.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <<https://www.tst.jus.br>> Acesso em: 10 de março 2024.



VALLANDRO, Leonel. Dicionário inglês-português, português-inglês. — 12. ed. — Rio de Janeiro: Globo, 1989.

VARTIA, M. *The sources of bullying–psychological work environment and organizational climate. European Journal of Work and Organizational Psychology, 5(2), 203–214.* 1996. Doi:10.1080/13594329608414855

Submissão: 31.março.24

Aprovação: 10.abril.24



HIPERSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR: PRESUNÇÃO RELATIVA OU ABSOLUTA? LIMITES À PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO PELO HIPERSUFICIENTE SOBRE O LEGISLADO

*Worker Hyper-Sufficiency:
Relative or Absolute Presumption?
Limits to the Prevalence of Negotiated Agreements
by the Hyper-Sufficient over Legislative Norms*

Alexandre Agra Belmonte¹

ÁREA: Direito do trabalho.

RESUMO: O artigo tem por fim identificar a real extensão e profundidade interpretativa do tipo de empregado a que se refere o parágrafo único do art.444 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como estabelecer os limites à prevalência, sobre a legislação trabalhista, do que ele negociar com o respectivo empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalhador hipersuficiente e princípios da proteção e da inalterabilidade lesiva. Requisitos caracterizadores da hipersuficiência: taxativos, cumulativos ou exemplificativos? Limites à autonomia de negociação do hipersuficiente. Trabalhador hipersuficiente e alto empregado.

ABSTRACT: This article aims to identify the true scope and interpretative depth concerning the category of employee referenced in the sole paragraph of Article 444 of the Consolidation of Labor Laws, as well as to establish limits on the prevalence, over labor legislation, of what they negotiate with their respective employer.

¹ Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutor em Justiça e Sociedade. Mestre em Direito das Relações Sociais. Presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho — ABDT. Doutor *Honoris Causa* da Universidade Santa Úrsula. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/1976191897045173> >.



KEYWORDS: Hyper-sufficient worker, principles of protection and harmful unalterability. Criteria defining hyper-sufficiency: exhaustive, cumulative, or exemplary? Limits on the negotiating autonomy of the hyper-sufficient. Hyper-sufficient worker and high-ranking employee.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O poder diretivo e o Princípio da Proteção. 2. Limite objetivo de alteração individual das condições de trabalho em relação ao hipersuficiente 3. Subordinação, autonomia e o Princípio da Inalterabilidade Lesiva. 4. Limites objetivos de caracterização do hipersuficiente. Requisitos taxativos, cumulativos ou apenas exemplificativos? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.467/2017 acrescentou um parágrafo único ao art. 444 da CLT, para ali estabelecer que o empregado que possui (i) nível de ensino superior e (ii) auferir o dobro do limite do valor de pagamento de benefícios da previdência social, (iii) é detentor do poder de negociar condições de trabalho com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos de trabalho (art.444, parágrafo único, CLT).

O novel dispositivo introduzido pela reforma trabalhista alcança profissionais liberais como advogados, engenheiros, contadores, médicos, arquitetos, tecnólogos e outros trabalhadores detentores de nível de ensino superior que, por auferirem salário mensal correspondente em agosto de 2023 a cerca de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), recebem da doutrina a alcunha de hipersuficientes e do legislador o poder negocial individual de alteração das condições de trabalho com eficácia equiparada ao poder negocial coletivo da categoria profissional a que pertencem.

Está claro que a legislação estabeleceu um nível diferenciado de proteção em relação a esse tipo de trabalhador subordinado. Fê-lo com base no patamar remuneratório e no nível educacional, partindo de duas premissas: a) os empregados que têm ganhos mensais correspondentes ao dobro do limite do valor de pagamento de benefícios da previdência social, seriam, pela remuneração diferenciada que supera a de mais de 70% dos trabalhadores brasileiros, profissionais presumidamente com fácil inserção no mercado de trabalho e, portanto, infensos ao receio de serem despedidos; e b) os empregados com nível de ensino superior são presumivelmente suficiente-



mente esclarecidos quanto ao impacto das alterações propostas pelo empregador nas condições de trabalho, e têm capacidade para decidir sobre aceitar, recusar ou apresentar contrapropostas. Na legislação trabalhista, que se orienta pelos princípios da proteção e da inalterabilidade lesiva, é necessário questionar se a simples interpretação literal é suficiente para conferir plena eficácia aos acordos e alterações contratuais realizados entre um trabalhador hipersuficiente e seu empregador. Ou, em outras palavras, qual é, na prática, o alcance no novel dispositivo, inserido pela reforma trabalhista no parágrafo único do art.444 da Consolidação das Leis do Trabalho. Cuida-se de presunção absoluta ou relativa?

Outrossim, em determinado processo, a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no RO 0010636-07.2019.5.03.0113, julgamento 13/10/2020, em acórdão unânime de relatoria da Desembargadora Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo, afastou o requisito do diploma superior de certo jogador de futebol, para ainda assim caracterizá-lo como hipersuficiente. Considerou que a relevante influência social do empregado e a disponibilidade de meios de arcar com assessoramento seriam suficientes para dar-lhe autonomia privada de negociação da rescisão com o clube, por meio do afastamento de aplicação de multas, caso as parcelas da rescisão sofressem atraso².

Portanto, revela-se igualmente importante verificar se os requisitos previstos na lei para caracterização da hipersuficiência são taxativos ou exemplificativos.

1. O PODER DIRETIVO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O Direito do Trabalho é composto por um conjunto de regras constitucionais, tratados internacionais e regras infraconstitucionais que têm por fim assegurar ao trabalhador direitos fundamentais imprescindíveis ao relacionamento jurídico de trabalho e do qual as partes não possuem o poder de dispor, ou então buscam afastar abusos, fraudes, alterações contratuais e outros atos destinados a colocar em risco a integridade dos direitos trabalhistas.

² Segundo a Relatora, e com base nos fatos e prova dos autos, “Considerando que embora a CLT estabeleça uma categoria de empregado hipersuficiente, ela não exclui a possibilidade de existirem outras formas de caracterização de hipersuficiência”.



Esse conjunto de regras é orientado por princípios que as referidas regras nacionais e internacionais compõem as normas jurídicas trabalhistas.

Os princípios são, como as regras, fontes do direito. *A priori*, estabelecem os critérios de ordenação ou regramento, e com razão ainda mais forte, os de interpretação e aplicação das regras de Direito. Por isso mesmo fazem parte integrante das normas jurídicas.

O princípio da proteção do trabalhador é a própria razão da existência do direito do trabalho como regramento e fonte normativa das decisões judiciais. Significa que as normas trabalhistas devem ser interpretadas e concretizadas favoravelmente ao empregado, posto que identificado como a parte frágil na relação jurídica mantida com o empregador.

Nesse contexto, o chamado princípio da proteção do hipersuficiente contradiz a vulnerabilidade à qual, na condição de trabalhador subordinado, está sujeito.

O empregado é, por excelência, merecedor de proteção especial no contexto em que o trabalho é prestado de forma subordinada, como mão de obra para e por conta de outra pessoa que detém considerável poder na relação individual de trabalho.

Esse poder patronal permite ao empregador organizar a atividade produtiva sem a ingerência do trabalhador; estabelecer regras de comportamento no ambiente de trabalho e de uso dos equipamentos; dirigir e fiscalizar a prestação de serviços, determinando o que, onde, quando e de que modo o trabalho deve ser realizado; e finalmente, punir diretamente o trabalhador pelo descumprimento de obrigações.

Diante da magnitude e do imediato poder diretivo, fiscalizador e punitivo do empregador, foi essencial que a Constituição estabelecesse um rol específico de direitos fundamentais para garantir a dignidade da pessoa do trabalhador e valorizar o trabalho. Assim como protege o cidadão contra o poder do Estado, a Constituição também orienta a legislação infraconstitucional para regular e proteger contra práticas patronais ilegais ou abusivas.

Portanto, o princípio da proteção do trabalhador está fundado na sua fragilidade em relação ao poder do empregador, fragilidade essa que lhe retira grande parte de sua autonomia na negociação das condições de trabalho, tornando-o hipossuficiente.



Em resumo, a assimetria da relação de emprego reside no tamanho e na eficácia imediata do poder patronal no contrato de trabalho, que desequilibra a igualdade de armas entre as partes.

Diante da já referida assimetria em relação ao poder empregatício, para o trabalhador ter condições reivindicatórias de melhorias, o legislador constitucional precisou considerar o empregado integrante nato da categoria profissional correlata à atividade econômica preponderante da empresa em que atua. Esse expediente permite que não ele, individualmente, mas sim a coletividade de trabalhadores possa ter condições de dialogar com a empresa ou a categoria econômica sobre condições de trabalho.

Do exposto resulta que o princípio trabalhista a ser considerado é o da proteção do trabalhador, não importa a sua condição social ou econômica e menos ainda o grau de instrução que detenha. Em outras palavras, não existe o princípio do trabalhador hipersuficiente. Em menor ou maior grau, todos os trabalhadores subordinados são hipossuficientes e merecedores de proteção especial.

Neste ponto, é importante abrir um parêntese. Nas relações de consumo, é amplamente reconhecida a fragilidade do consumidor em relação à indústria, ao comércio e aos prestadores de serviços. Isso envolve a aplicação da responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova e a capacidade de reunir direitos individuais homogêneos em uma única ação judicial. Conforme o Código de Defesa do Consumidor (CDC), qualquer consumidor, independentemente de sua condição financeira ou educacional, é considerado hipossuficiente. Isso significa que se um bilionário enfrentar problemas com seu iate devido a um defeito de fabricação ou se suas roupas de marca não chegarem devido a falhas da companhia aérea, ele também será protegido pela legislação que regula a defesa do consumidor.

A dificuldade em aceitar o trabalhador como parte frágil na relação de trabalho e merecedor do princípio da proteção pode decorrer de diversas razões, incluindo interpretações que enfatizam a autonomia e a capacidade de negociação dos trabalhadores considerados hipersuficientes. Este termo refere-se aos trabalhadores que, devido ao seu nível educacional, habilidades profissionais ou posição econômica, são vistos como capazes de negociar suas condições de trabalho de forma mais equilibrada com seus empregadores.



Ao levar o texto da lei literalmente, comparativamente ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), considerar um trabalhador hipersuficiente pode ser similar a reconhecer que um consumidor com alto nível educacional e financeiro pode ter mais capacidade de negociar suas compras e, portanto, não necessita da mesma proteção que um consumidor com menos recursos.

No entanto, no contexto trabalhista, a vulnerabilidade do trabalhador não se resume apenas à sua capacidade educacional ou financeira. Ela também envolve questões de subordinação, dependência econômica e desigualdade de poder na relação de trabalho, aspectos que o princípio da inalterabilidade lesiva das condições de trabalho, conforme o art. 468 da CLT, busca mitigar.

Portanto, a discussão sobre o trabalhador hipersuficiente não necessariamente questiona o princípio da proteção em si, mas sim como aplicá-lo de maneira equitativa e justa, levando em conta as nuances de poder e vulnerabilidade na relação de trabalho.

2. LIMITE OBJETIVO DE ALTERAÇÃO INDIVIDUAL DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO EM RELAÇÃO AO HIPERSUFICIENTE

Os direitos listados no artigo 611-A da CLT, que são considerados passíveis de negociação, permitem que o trabalhador hipersuficiente negocie diretamente com o empregador.

Todavia, se os direitos previstos no art.611-B da CLT, considerados indisponíveis, são inegociáveis até mesmo entre as categorias profissional e econômica, não podem ser objeto de redução ou supressão, quer pela via individual, quer pela coletiva. Ou seja, assim como a lei considera objeto ilícito a supressão ou redução desses direitos por meio de convenção ou acordo coletivo (instrumentos normativos de negociação coletiva de direitos), igualmente constituem objeto ilícito a supressão ou redução desses direitos por meio de pactos individuais travados entre o hipersuficiente e respectivo empregador.

3. SUBORDINAÇÃO, AUTONOMIA E O PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE LESIVA

Subordinação significa submissão, dependência.



Com base na doutrina de LUDOVICO BARASSI³, o primeiro jurista a definir o requisito da subordinação na *locatio operarum* em contraposição ao trabalho autônomo, a CLT expressamente estabelece como um dos requisitos da caracterização da relação de emprego a subordinação como dependência do trabalhador ao empregador. Essa dependência é, na sua forma original de interpretação, econômica, porque decorre da impossibilidade obreira de ter acesso ou controle aos meios produtivos que requerem a sua mão de obra.

É do empregador a organização da atividade produtiva na qual está inserido; o estabelecimento de regras para o seu desenvolvimento; e a direção e fiscalização do trabalho executado. Por tais razões, a subordinação objetiva em relação ao contrato (o que fazer, como fazer, para quem fazer e onde fazer) não elimina a dependência econômica pela inacessibilidade obreira aos meios produtivos, de titularidade e total controle pelo empregador.

Com o passar do tempo, diversos motivos práticos têm enfatizado mais a subordinação derivada da determinação, direção e fiscalização do trabalho, com a possibilidade de punição, do que a falta de acesso aos meios de produção próprios, à formação de clientela, ou à participação nas decisões, características da dependência econômica descrita no artigo 3º da CLT.

A discussão que surge a partir da reforma trabalhista, que flexibilizou as normas trabalhistas, concentra-se na adequação do princípio de proteção ao trabalhador ao atual estágio das relações de trabalho, e não na remoção do princípio protetivo.

O chamado trabalhador hipersuficiente, merecedor de proteção como os demais trabalhadores, está enquadrado na flexibilização. Essa flexibilização pressupõe que o trabalhador com nível superior de instrução que recebe salário diferenciado em relação à maioria dos trabalhadores brasileiros possa ter maior autonomia privada de pactuação. Nesse contexto, seria exceção à regra do *caput* do mesmo dispositivo legal, que, em geral, e no conjunto com os artigos 9º e art.468, da CLT, confere às partes margem muito pequena de liberdade contratual.

Desde logo, verifica-se que o parágrafo único ao art. 444 não conferiu a esse trabalhador a denominação de hipersuficiente. Todos os trabalhado-

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**, p. 400, apud BARASSI, Ludovico. *Il Contrato di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*.



res estão posicionados em condições de fragilização perante o empregador. Apenas alguns com mais intensidade e outros com menos.

A irrenunciabilidade de direitos trabalhistas indisponíveis por parte do empregado decorre da presunção de que o trabalhador poderia ser forçado a renunciar a alguns direitos com o escopo de apenas garantir o trabalho. A desigualdade dos sujeitos na relação contratual é que ampara essa indisponibilidade. E assim como os hipossuficientes, os chamados hipersuficientes também não podem dispor dos direitos relacionados no art.611-B, o que confirma que todos os trabalhadores merecem proteção.

O objetivo da norma inscrita no parágrafo único do art.444 da CLT foi o de conferir ao portador de diploma universitário, e recebe salário diferenciado maior autonomia de pactuação para ajustes individuais com o empregador, que para outros trabalhadores dependeriam de ajuste coletivo.

O princípio da inalterabilidade lesiva tem por fim proteger o trabalhador contra os riscos da redução ou supressão de direitos por meio de alteração arbitrária das condições de trabalho, ou mesmo se consentidas, se prejudiciais.

O principal efeito do que dispõe o novel parágrafo único do art. 444, é o de afastar, no plano individual, o disposto no caput do art.468 da CLT em relação a alterações prejudiciais disponíveis para ajuste coletivo, quando consentidas por um trabalhador, presume-se, capaz de avaliar os riscos de um ajuste ao qual livremente se submete quando opta por uma supressão ou redução de direitos como parte de uma negociação.

Evidentemente, se o hipersuficiente cometer erro substancial de avaliação da alteração proposta pelo empregador; for enganado; sofrer coação; estiver em estado de perigo; sofrer lesão (vícios da vontade, arts.138 a 157 do Código Civil); ou se tratar de redução ou supressão de direito indisponível (art.611-Bm CLT), a alteração poderá ser anulada.

4. LIMITES OBJETIVOS DE CARACTERIZAÇÃO DO HIPERSUFICIENTE. REQUISITOS TAXATIVOS, CUMULATIVOS OU APENAS EXEMPLIFICATIVOS?

Os pressupostos de caracterização do hipersuficiente são cumulativos. Trata-se de um critério objetivo estabelecido pelo legislador.



Não obstante, esses requisitos, constantes do parágrafo único do art.444 da CLT, não devem ser sempre literalmente interpretados.

A respeito, note-se que nem todo trabalhador chamado hipersuficiente pode ser considerado alto empregado, assim considerado o empregado diferenciado, disputado no mercado de trabalho e detentor de salário substancialmente alto, características que se não anulam, tornam efetivamente reduzida a influência do poder patronal. Há diferença entre alto empregado, que detém grande autonomia e empregado hipersuficiente, que pode não deter nenhuma, cabendo ao magistrado fazer essa avaliação nos casos concretos.

Com efeito, diante do poder potestativo patronal de despedir, o risco do desemprego, mais acentuado a partir de certa faixa etária, pode levar o trabalhador hipersuficiente, não obstante esclarecido e com bom salário, a aceites indesejados.

Lado outro, o fato do trabalhador ser considerado alto empregado, com habilidade na arte, no esporte ou na sua área de atuação, não significa, por si só, que seja pessoa esclarecida, razão pela qual o parágrafo único do art.444 da CLT exige o requisito do nível de ensino superior como condição. É um critério objetivo que não deve ser afastado, exceto diante de prova contundente de aceitação consciente e desejada da redução ou supressão de direito em troca de situação considerada mais vantajosa, ou por uma que não tenha gerado prejuízo para o trabalhador.

CONCLUSÃO

Trabalhador hipersuficiente é apenas uma denominação destinada a designar o empregado esclarecido e bem remunerado, presumidamente infenso a imposições patronais.

No entanto, renda diferenciada e diploma de nível superior não podem afastar o empregado do princípio da proteção, até porque a lei não exige para a validade do ato a presença de advogado que oriente juridicamente o trabalhador nas alterações contratuais propostas pelo empregador.

A negativa a alterações contratuais prejudiciais, frente à falta de proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa, coloca o emprego e a subsistência de qualquer trabalhador em risco, independentemente do nível salarial



percebido na empresa. Para que a hipersuficiência tenha plena eficácia, será preciso regulamentar o artigo 7º, I, da Constituição da República.

A flexibilização da proteção concedida ao trabalhador com base na renda e no nível de instrução pode ser considerada apenas no que se refere à redução ou supressão das normas trabalhistas disponíveis, conforme previsto no artigo 611-A da CLT.

É proibido ao trabalhador hipersuficiente exercer poder de disposição sobre as matérias descritas no artigo 611-B da CLT.

Os pressupostos de caracterização constantes do par. único do art.444 da CLT são objetivos e cumulativos. Mas considerando que o risco do desemprego, mais acentuado a partir de certa faixa etária, pode levar o trabalhador a aceites que as circunstâncias evidenciem como indesejados ou objeto de pressão, caberá ao magistrado dar-lhes a devida interpretação.

Nem todo trabalhador chamado hipersuficiente pode ser considerado alto empregado, em relação ao qual a influência do poder patronal é menor, por ser presumidamente valorizado ou requisitável no mercado. Há diferença entre alto empregado, disputado pelo mercado, e detém grande autonomia e empregado hipersuficiente, que pode não deter nenhuma, cabendo ao magistrado fazer essa avaliação nos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, **RO 0010636-07.2019.5.03.0113**, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**, p. 400, apud BARASSI, Ludovico. *Il Contrato di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*.

Submissão: 23.outubro.23

Aprovação: 05.fevereiro.24



A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

*Economic Analysis of the Right to Work and
Labor Law in the Age of Artificial Intelligence*

Augusto César Leite de Carvalho¹

ÁREA: Direito do Trabalho.

RESUMO: Todos os ramos do Direito são afetados, garantidamente, pela chamada Teoria da Análise Econômica do Direito, que dará ênfase no aspecto econômico decorrente do fato social regulado pelo Direito. O presente trabalho trata deste tema, informando as origens desse fenômeno, bem como suas consequências sobre o Direito do Trabalho, inclusive abordando o tema na era digital.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Análise econômica do direito.

ABSTRACT: All branches of law are undoubtedly influenced by the Theory of Economic Analysis of Law, which emphasizes the economic aspects arising from social facts regulated by law. This paper addresses this theme, detailing the origins of this phenomenon and its consequences on labor law, including its implications in the digital age.

KEYWORDS: Labor Law, Economic Analysis of Law

SUMÁRIO: 1. Diálogo entre Direito e Economia como premissa hermenêutica. 2. A maximização da riqueza (Richard Posner) como critério de eficiência do Direito. 3. A impossibilidade de precificar bens meritórios (Guido Calabresi). 4. Análise econômica do direito ao trabalho digno e do direito a ter direitos na era da inteligência artificial. 5. Conclusão.

¹ Augusto César Leite de Carvalho é ministro do TST e professor do IESB. Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais. Pós-doutor em Direitos Humanos. Lattes: _ < <http://lattes.cnpq.br/9932682994278493> > .



1. DIÁLOGO ENTRE DIREITO E ECONOMIA COMO PREMISSA HERMENÊUTICA

A análise econômica do Direito tem inspirado julgamentos paradigmáticos, inclusive no Brasil. Exemplo dessa tendência está nas premissas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 958252, acerca da licitude da terceirização da atividade principal das empresas.

Concordemos ou não com as premissas validadas pelo STF ², é certo que alguns fragmentos da ementa de mencionada decisão ³ retratam esforço hermenêutico que congrega eficiência econômica e valores éticos fundamentais, a saber:

16. As leis trabalhistas devem ser observadas por cada uma das empresas envolvidas na cadeia de valor com relação aos empregados que contratarem, tutelando-se, nos termos constitucionalmente assegurados, o interesse dos trabalhadores.

17. A prova dos efeitos práticos da terceirização demanda pesquisas empíricas, submetidas aos rígidos procedimentos reconhecidos pela comunidade científica para desenho do projeto, coleta, codificação, análise de dados e, em especial, a realização de inferências causais mediante correta aplicação de ferramentas matemáticas, estatísticas e informáticas, evitando-se o enviesamento por omissão de variáveis (“omitted variable bias”).

18. A terceirização, segundo estudos empíricos criteriosos, longe de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do turnover, crescimento econômico e aumento de salários, permitindo a concretização de mandamentos constitucionais como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “redução das desigualdades regionais e sociais” e a “busca do pleno emprego” (arts. 3º, III, e 170 CRFB).

Malgrado seja despreziosa a abordagem em ensaio jurídico necessariamente breve, como este, tratemos da tentativa, entre nossos juízes, de aproximar o exame da validade, eficácia, sentido e alcance da norma jurídica

² O STF, na ocasião, desconsiderou a experiência acumulada pela Justiça do Trabalho e não raro retratada em processos que ali tramitam, desconsiderando também pesquisas, em sentido inverso ao do julgamento, apresentadas naquele processo por estudiosos e instituições de alto conceito e rigor científico (UFBA, UFSC, CESIT-UNICAMP).

³ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em 15/jan/2024.



dos postulados oferecidos pela ciência econômica, iniciando nosso estudo pela constatação de que o Direito, muita vez, mostra-se impermeável à influência de saberes que não considerem o conteúdo moral a ele inerente.

Em fina sintonia com os incisos III e IV do primeiro artigo da Constituição — que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República — o artigo 170 da Constituição prediz ser legítima “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

A Constituição não condiciona a realização desses escopos éticos ao critério da eficiência econômica, no sentido de que, *grosso modo*, para a norma ganhar validade os recursos materiais disponíveis haveriam de assegurar direitos sem que se reduza o que já possui qualquer outra pessoa (ótimo de Pareto), ou até possam gerar algum decréscimo de valor para alguém, desde que esse alguém seja de algum modo compensado (critério de Kaldor-Hicks)⁴.

Mesmo antes da Constituição de 1988, e a inspirá-la, o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado pelo Brasil em 1992, inseriu entre os direitos humanos positivados “o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis”, enumerando garantias mínimas a serem asseguradas aos trabalhadores e trabalhadoras. O artigo 7 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou Protocolo de São Salvador, ratificado pelo Brasil em 1999, normaliza: “o direito ao trabalho [...] pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, equitativas e satisfatórias”, enumerando, em seu art. 6.2, direitos mínimos necessários à garantia da plena efetividade do direito ao trabalho.

Há, portanto, direitos relacionados ao trabalho, erigidos explícita ou implicitamente à estatura de direitos humanos, ou fundamentais, que não se submetem, segundo a ordem jurídica posta, ao pressuposto da eficiência, isto é, a condicionamento de verniz puramente econômico. A primeira per-

⁴ Sobre essa distinção, ver POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, com revisão de Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 105–110.



gunta que emerge, porém, está relacionada a quais valores morais estariam a delinear as condições de trabalho indefectíveis, ou insuscetíveis de mitigação por razões de sustentabilidade econômica. E daí surge a pergunta tão ou mais inquietante: quais os direitos de tutela ao trabalho que, fugindo a esse espectro de indisponibilidade absoluta, devem perecer quando desproporcionalmente onerosos.

A primeira pergunta é impactante porque pode conduzir à sua própria negativa, ou seja, pode ceder ao argumento *conservador* de que todos os valores morais, supostamente igualitários, atendem em verdade e dissimuladamente a interesses setorizados ou gremiais, a valores não universais⁵; ou ao argumento *utilitarista* de ser justa (não necessariamente moral) a ação que maximiza a utilidade (ou proporciona felicidade em maior grau), independentemente de algum conteúdo ético predefinido⁶; ou quiçá ceder ao argumento afeto à *semiologia jurídica*, segundo o qual a racionalidade se obtém na experiência discursiva, ou consensualmente, sem o pressuposto de que haveria razões morais inatas e imanentes a toda a humanidade⁷. Uma e outra perguntas remetem, de toda sorte, à inter-relação entre o Direito e a Economia, à possível supremacia de uma ou outra ciência na resolução das questões sociais.

Segundo a nossa compreensão, o fundamento moral que empresta unidade e coerência à tutela dos direitos humanos e fundamentais é a dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos nas áreas dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e ambientais positivados, o que bastaria para afastar a influência de ideologias conservadoras ou mesmo puramente li-

⁵ A propósito do movimento *conservador*, que se opôs à razão universal dos protoliberais iluministas nos albores da Revolução Francesa, ver HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: Uma história*. São Paulo: Companhia das Letras. Edição do Kindle, p. 9).

⁶ Jeremy Bentham (1748–1832) é reconhecido como o precursor do utilitarismo, segundo o qual o ser humano busca sempre o prazer e evita a dor, visando assim e invariavelmente ao seu bem-estar. Ação útil há de ser; portanto, aquela que visa à maximização da felicidade. Dando curso a essa ideia, John Stuart Mill (MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Edição do Kindle) inicialmente a justifica, pois “sempre que há uma classe dominante, a moralidade do país resulta, em grande parte, dos interesses e do sentimento de superioridade desta classe” (p. 29).

⁷ Segundo Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. v. I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 168): “A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados. De um lado, a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a *juridificação* da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor”.



bertárias, do utilitarismo ou da razão discursiva. Mas o foco das nossas reflexões é, neste então, o de investigar em que medida as teorias econômicas podem limitar a eficácia, o sentido ou o alcance das normas de Direito do Trabalho, cabendo, por isso, verificar como os defensores dessa ideia se posicionam acerca dos fundamentos de validade da ordem jurídica.

2. A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA (RICHARD POSNER) COMO CRITÉRIO DE EFICIÊNCIA DO DIREITO

Ao figurar como um dos precursores da Análise Econômica do Direito (AED), Richard Posner sustentou que a eficiência da norma de Direito deveria estar associada à sua aptidão para maximizar a riqueza e teve que suportar acesa crítica de que estaria, em rigor, a dar nova roupagem ao utilitarismo. À primeira vista, a *riqueza* era outra forma de referir a *utilidade* (ou a *felicidade*), tudo a insinuar que a análise econômica que propunha era uma fórmula mimética de associar eficiência à maximização da felicidade, sem apelo a qualquer outro parâmetro de racionalidade.

E qual seria, então, a contribuição da ciência econômica na concepção e compreensão da ordem jurídica, se descartada estaria a maximização da utilidade como fundamento para a validação desta? Posner⁸ tem em vista resolver esse dilema ao fazer uma distinção conceitual entre “riqueza” e “utilidade”. E lembra, nesse contexto, que desde Adam Smith o termo “valor” é associado ao “valor de troca”, definido pelo mercado a partir de quanto as pessoas pretendam gastar com as coisas ou mercadorias, independentemente de seu “valor de uso”. Observa Posner que “do conceito de valor, deriva o de riqueza da sociedade como soma de todos os bens e serviços no interior desta”.

Embora a consentir que o valor está relacionado à felicidade (“uma pessoa não compraria uma mercadoria se não obtivesse com esta mais felicidade”), sustenta que a utilidade não se confunde com o valor (“o indivíduo que gostaria muito de ter uma determinada mercadoria, mas não está disposto a pagar por ela ou é incapaz de fazê-lo, talvez por ser pobre, não a valoriza” no sentido de atribuir-lhe valor de troca). A AED, em vez de associar o custo

⁸ Op. cit. O autor sustenta essa dicotomia riqueza/utilidade a partir da página 72 de sua obra, sendo essa a fonte bibliográfica adotada em seguida.



e o proveito econômico à maximização da utilidade, haveria de adotar, segundo Posner, a “maximização da riqueza como conceito ético”. Mas apenas daquela riqueza que, em aparente concessão de Posner a conteúdos morais, equivalesse à soma das preferências pessoais moralmente relevantes:

[...] a riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado. Este, entretanto, não precisa ser explícito. A vida econômica ainda está organizada, em grande medida, segundo o princípio do escambo. São exemplos disso o ‘mercado de casamentos’, a criação dos filhos e um jogo de *bridge* entre amigos. Seria possível calcular o valor monetário desses serviços com base em substitutos deles vendidos em mercados explícitos ou de outras maneiras. Eles ilustram a importante observação de que a riqueza não é simples reflexo do Produto Interno Bruto ou de qualquer outro índice monetário efetivo de medição do bem-estar. Uma sociedade não se torna necessariamente mais rica se as mulheres deixarem (espontaneamente) de ser donas de casa para se prostituírem; ou se uma pessoa que costuma contribuir com instituições de caridade (fazendo crescer assim o consumo de outras pessoas) passar a gastar seu dinheiro consigo mesma⁹.

Visando ilustrar o modo como a maximização da riqueza pode ser um contributo da ciência econômica para promover a *eficiência* do Direito, Posner traz à consideração algumas situações jurídicas que lhe pareceram ilustrativas¹⁰. Posner defende, por exemplo, que a responsabilidade pré-tarifada (quarenta reses pelo assassinato de um homem livre; a metade desse gado pela morte de escravo; duas reses por arrancar um olho) era, na sociedade primitiva, mais *eficiente* que a fixação da indenização caso a caso, pois “os custos informacionais¹¹ que a determinação individualizada de perdas e danos implicaria fazer da compensação fixa a abordagem mais viável para a sociedade primitiva”. A responsabilidade coletiva (que se estendia aos pa-

⁹ Posner, op. cit., p. 74. Posner defende que em alguns casos o “mercado não explícito” se apresenta como um “mercado hipotético”, a exemplo de quando o juiz está na contingência de mensurar o prejuízo que alguém causou a um bem que, danificado como está, não pode ser avaliado concretamente pelo mercado real.

¹⁰ Op. cit., pp. 227 e seguintes. A crítica ao critério de Kaldor-Hicks está antes, na p. 111.

¹¹ Posner (op. cit., p. 234) explica o que seriam os custos informacionais: “Como não há, nas sociedades primitivas, polícia ou outros órgãos públicos de investigação, e como o custo da informação é geralmente alto de qualquer forma, seria de esperar que a probabilidade de punição fosse muito baixa e, conseqüentemente, que o valor ideal da indenização por assassinato fosse bem alto”.



rentes) tornava viável a prévia tarifação de valor mais elevado que as perdas do infrator.

A partir de equação que considera a probabilidade de punição e o rigor da pena aplicável, Posner indica como avaliar a *eficiência* da solução jurídica: “A análise econômica sugere que a concomitância de baixa probabilidade e penalidades muito severas frequentemente é eficaz, porque, contanto que os custos de cobrança de multas ou indenizações por perdas e danos sejam baixos, a redução da probabilidade de punição, graças à qual se economizam recursos com investigação e julgamento, pode ser compensada, sem maiores despesas, pela intensificação da severidade da pena para os (poucos) infratores capturados”¹². Nota-se que Posner analisa a eficiência da norma jurídica — que derivaria da maximização da riqueza — sem agregar, nesse passo, a consideração de qualquer valor moral.

Ler esses fragmentos da obra de Posner faz lembrar os juízes que dizem estar *perdendo* tempo com julgamentos tais ou quais, ou empresas que não enxergam a proteção ao meio ambiente de trabalho como um ativo, mas sim como um *custo* de pessoal. Em verdade, há formas menos amorais de inter-relacionar a Economia e o Direito.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE PRECIFICAR BENS MERITÓRIOS (GUIDO CALABRESI)

Não causa estranheza que Posner¹³ tenha enfrentado a crítica de juristas que, a exemplo de Ronald Dworkin, opuseram-se fortemente à premissa de que a maximização da riqueza seria um valor ético por si, a ser considerado na atribuição de sentido ou alcance à norma jurídica. À análise econômica caberia, porém, e segundo vertente teórica distinta da de Richard Posner, ponderar também acerca de opções políticas que envolvem variáveis de conteúdo propriamente ético, a exemplo de quando Calabresi menciona o *paradoxo da suficiência*:

[...] O paradoxo consiste na vontade da sociedade de gastar uma grande quantidade de recursos para salvar uma pessoa que se encontra frente

¹² Op. cit., p. 235.

¹³ Resposta de Posner a Dworkin na obra citada, p. 128.



a um perigo dramático em lugar de utilizar esses mesmos recursos para evitar desastres recorrentes que sacrificam muito mais vidas ¹⁴.

Calabresi explica que tal paradoxo acontece porque a primeira solução (a de assegurar incondicionalmente o direito à vida)

Contribui justamente para reafirmar o princípio segundo o qual ‘a vida não tem preço’ [...] especialmente se confrontado com muitas outras decisões (de caráter público ou privado) que, de modo menos chamativo, atribuem um preço à vida de maneiras que entendemos moralmente repugnantes.

Em nota, Calabresi esclarece:

Damos, como exemplos, nossa vontade como sociedade de gastar grandes somas de dinheiro para salvar [...] um refém; e a vontade de uma empresa de mineração de pagar somas extravagantes para salvar aqueles poucos mineiros que se encontram aprisionados, mas sem a vontade de gastar uma soma comparativamente menor para salvar mais vidas por meio da implementação de medidas preventivas de segurança;

Ou “gastar milhões para salvar a tontos que fizeram a escolha de cruzar o Atlântico em um bote de remos [...]”¹⁵.

O mesmo autor, com vasta e reconhecida experiência como magistrado e professor da Yale Law School, enfatiza que não somente a *vida* se revela como um “bem meritório” (insuscetível de precificação), dado que também assim se classificam aqueles bens:

Em que a objeção quanto à sua mercantilização não consiste em que seja odioso reconhecer-lhes um preço, senão que resulta execrável que a titularidade e o emprego desses bens sejam atribuídos através da distribuição da riqueza em voga, que é altamente desigual. (Calabresi, 2023)

Seriam bens meritórios, dessa segunda categoria, o direito de prestar ou não o serviço militar, especialmente em tempos de guerra, o de ter filhos, o de obter ou ceder partes do próprio corpo (sangue, óvulos e sêmen, medu-

¹⁴ CALABRESI, Guido. *El futuro del Derecho y Economía: Ensayos para la reflexión y la memoria* (Spanish Edition). Tradução livre. Lima (Peru): Palestra Editores. Edição do Kindle, pp. 30–31.

¹⁵ *Ibidem*.



la óssea, rins) ou mesmo o de contribuir financeiramente para campanhas eleitorais¹⁶.

Nesse reencontro da Economia com a eticidade que ilumina a razão jurídica, há alguns aspectos da doutrina de Calabresi que têm inegável importância. O primeiro deles está relacionado à distinção entre a Análise Econômica do Direito e a sua vertente mais conhecida como Direito e Economia (ou *Law & Economics*, doravante L&E). Esclarece Guido Calabresi que “enquanto na Análise Econômica do Direito (AED) é a Economia quem domina e o Direito resulta ser o objeto de análise e crítica, no Direito e Economia (L&E) a relação é bilateral. A teoria econômica examina o Direito, porém, em não poucas vezes, essa análise nos guia na direção de promover mudanças na teoria econômica, no lugar de gerar tal mudança no Direito ou na maneira como a realidade jurídica é descrita”¹⁷.

Em rigor, a adoção da Análise Econômica do Direito, com a influência bilateral que Calabresi atribui, como visto, à vertente doutrinária da *Law & Economics*, somente faz sentido deontológico se incorporar os direitos humanos e fundamentais como variáveis analíticas, sob pena de comprometer-se a própria subsistência dos direitos assegurados a minorias, pessoas ou grupos vulneráveis, direitos esses presentes, por exemplo, nas normas do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor e do Direito à Proteção de Dados. Como bem assinala Calabresi:

Os conhecimentos que possuem os economistas permitem que eles sejam especialmente capazes de prestar ajuda aos legisladores. Contudo, a aplicação desses conhecimentos nas citadas áreas (jurídicas) exige que os economistas estejam dispostos a fazer coisas a que tradicionalmente se têm mostrado resistentes. As indicações sobre quais mudanças de valor induzidas pelo Direito são desejáveis não têm por que pressupor — como alguns autores bem poderiam argumentar — uma maior tolerância à imprecisão. Não obstante, elas exigem que quem faça esse tipo de análise postule ou assuma, para qualquer sociedade dada, um número limitado de valores fundamentais cuja inter-relação e maximização conjunta podem ser abordadas pela análise econômica.¹⁸

¹⁶ Op. cit., p. 103.

¹⁷ Op. cit., pp. 27–32.

¹⁸ Op. cit., pp. 282–283.



Há, na contemporaneidade, uma onda de flexibilização da tutela ao trabalho humano sob o pretexto de que estaria a impô-la, como novidade irresistível, a Análise Econômica do Direito. Nessa circunstância, cabe, portanto, indagar, ainda assim, quais os direitos que não estariam sujeitos à régua da eficiência econômica porquanto atenderiam, como aponta Calabresi, às expectativas de valores éticos fundamentais.

Dito de outro modo: quais direitos trabalhistas consubstanciaríamos, na dicção do artigo 6.2 do Protocolo de São Salvador (PSS), a garantia da plena efetividade do direito ao trabalho? Como norma supralegal, mencionado tratado de direitos humanos (PSS) limita os efeitos de dispositivos legais que, à semelhança do artigo 2º, I da Lei n. 13.874/2019, exaltem, sem peias, “a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas”. “Entre o patrão e o empregado”, ensina-nos Lacordaire, “a liberdade escraviza e a lei liberta”.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO E DO DIREITO A TER DIREITOS NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Retomemos a pergunta: quais direitos do trabalhador estariam imunes à análise da eficiência econômica? Que outros “bens meritórios”, ou insuscetíveis de precificação, estariam ambientados em uma relação de emprego? Quais deles, em outras palavras, seriam inerentes à “valorização do trabalho humano” em uma ordem econômica e social que, segundo o artigo 170 da Constituição, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”?

Entre tantos, pretendemos ilustrativamente realçar, como indene à análise de eficiência econômica, o direito seminal de ser reconhecido como empregado, que equivale ao direito básico de ter acesso a direitos, vale dizer, acesso a todos os direitos assegurados àqueles que prestam trabalho subordinado, oneroso, pessoal e não eventual. O direito de ser empregado não pode estar condicionado à vontade do empregador, ou ao contrato formal, pois em uma relação assimétrica — como de fato é qualquer relação de emprego — tal importaria converter em opcional, para o empregador, a contratação do empregado como empregado, isso a comprometer a subsistência do próprio Direito do Trabalho.



Lembremos, porque oportuno, que na esteira da recente sublimação da liberdade econômica sobreveio a modificação do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹, a preceituar que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. E qual a consequência prática de decisão judicial que, como visto, estaria a impedir que o trabalhador, a laborar nas condições previstas no artigo 3º da CLT (como *empregado*, portanto), tenha garantidos os direitos previstos para os que, como trabalhadores, protagonizam relações de emprego?

É possível pensar que uma decisão com esse teor não somente excluirá a cidadania, ou seja, excluirá de empregados o direito de exercer as tutelas jurídica e judicial que eles têm asseguradas em tratados, Constituição e leis da República, mas também terá o efeito de desestruturar a ordem fiscal que se baseia na predominância do emprego — aí incluído o custeio do sistema de financiamento imobiliário (FGTS), a assistência social, a previdência pública e toda a seguridade social, além do imposto de renda com contribuição diferenciada quando há emprego.

Todo o conjunto de valores éticos convencionais, constitucionais ou legais, que emprestam sentido às normas do Direito do Trabalho, não terão razão de ser, ou de subsistir, se a validade ou a eficácia dessa tutela ao trabalho decente estiver condicionada à premissa de que não pode gerar ônus para outras pessoas ou entes (empregador e agentes econômicos que integram as cadeias de suprimento) que aspiram à ampla liberdade dos mercados.

O mesmo sucederá se o Poder Judiciário, ao fazer da liberdade econômica um axioma jurídico incontestável, fixar a tese de que os empresários podem eleger a natureza jurídica que pretendem atribuir aos contratos de trabalho (afastando a regência do Direito do Trabalho se enquadrarem seus empregados, discricionariamente, como trabalhadores autônomos, eventuais ou não assalariados). No mundo das assimetrias em que se aloja o habitat laboral, todo o sistema de tutela jurídica ao trabalho humano resultará igualmente comprometido.

Os efeitos práticos da restrição ao direito de ser empregado (quando presentes os requisitos do emprego, mas este não convier economicamente ao empregador) são ainda mais gravosos quando alcançam, virtualmente,

¹⁹ Decreto-lei n. 4.657/1942, com a alteração introduzida pela Lei n. 13.655/2018.



todos os trabalhadores que são hoje e progressivamente comandados por algoritmos atrelados à inteligência artificial. Em parêntese, há aqui a alusão a empregados submetidos a gerenciamento algorítmico na agricultura de precisão, na indústria que adota o sistema *just in time*, no comércio eletrônico e no *crowdworking*, seja este *off-line* (como o realizado por motoristas e entregadores cujo trabalho é organizado, dirigido, precificado e sancionado por plataformas digitais) ou *online* (a exemplo do que se desenvolve por demanda a ser atendida por qualquer trabalhador conectado em qualquer local do planeta).

Afastar a existência de subordinação quando a vontade patronal tem o suporte de inteligência artificial, plataforma digital e algoritmos tem, portanto, e potencialmente, a consequência prática de neutralizar a tutela jurídica reservada ao trabalho humano do devir e do porvir. Mesmo a suposição reducionista de que estaria a *subordinação algorítmica* presente apenas no *crowdworking off-line* (fenômeno conhecido, por metonímia, como *uberização*) não impediu que tribunais de quase todo o Ocidente, atentos às consequências humanistas e econômicas do que decidiam, afirmassem a existência de emprego entre as empresas gestoras de plataformas digitais e os motoristas ou entregadores a seu serviço.

Conforme recentíssima pesquisa jurisprudencial desenvolvida, no direito comparado, pela professora Teresa Coelho Moreira²⁰, da Universidade de Minho (Portugal), em vários países a polêmica sobre a natureza do vínculo repercutiu inicialmente em decisões judiciais antagônicas, mas se pacificou, após longa cizânia jurisprudencial, quando reconhecida a existência de emprego pela *Ontario Labour Relations Board*, no Canadá, em 25/fev/2020²¹; pela Corte de Cassação da França em 28/nov/2018 (quanto a entregadores da *Take Eat Easy*) e em 4/mar/2020 (quanto a motoristas da Uber); pela Corte de Cassação da Itália em 24/jan/2020; pela Corte de Apelações do Estado de Nova Iorque em 26/mar/2020²² e pela Corte Distrital Norte da

²⁰ MOREIRA, Teresa Coelho. *Direito do Trabalho na Era Digital*. Coimbra: Almedina, 2023, 2ª edição, *passim*. Ver também: CARELLI, Rodrigo de Lacerda. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no Século XXI*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 146.

²¹ Caso *Canadian Union of Postal Workers, Applicant vs. Foodora Inc. d.b.a. Foodora, Responding Party*

²² Caso *Postmates, Inc.*



Califórnia em 11/mar/2015²³. Alguns países, como Espanha²⁴ e Portugal²⁵, já converteram em lei essa presunção de emprego.

Ao início de janeiro de 2024, a Secretária do Trabalho do Governo dos Estados Unidos anunciou nova diretriz a prevalecer em citado país, a partir de 11 de março desse mesmo ano, segundo a qual os trabalhadores que prestam serviço de transporte ou entrega mediante aplicações tecnológicas poderão ser classificados não mais como trabalhadores autônomos (*independent contractors*) e sim como empregados (*employees*), regidos pela lei que regula a relação de emprego nos EUA (a *Fair Labor Standards Act*), a depender de estarem presentes alguns elementos factuais característicos do emprego, com ênfase para o grau de controle da companhia sobre as condições de trabalho e, noutra perspectiva, a real intensidade com que a plataforma proporciona o empreendimento individual (*entrepreneurial opportunity*)²⁶.

Como pano de fundo, uma construção jurisprudencial em sentido contrário, que paradoxalmente sublima a autonomia contratual em negócios assimétricos²⁷, sublima em rigor o argumento — marcadamente ingênuo — de que os livres mercados remunerariam adequadamente os agentes econômicos na medida de suas contribuições para a economia. Em artigo publicado acerca da desregulação do mercado de trabalho, Ana Frazão²⁸ enumera as razões que fazem inconsistente essa linha de argumentação, sustentando, entre o mais, que a crítica à confiança incondicional na análise de eficiência econômica há de insistir no aspecto de que as teorias econômicas não

²³ Caso *O'Connor vs. Uber Technologies, Inc.* O julgamento fez a Califórnia editar lei que obrigava as empresas Uber e Lyft a contratar seus motoristas como empregados, estando a posterior revogação de tal lei sob apreciação judicial.

²⁴ *Cfr.* Real Decreto-ley n. 9/2021.

²⁵ *Cfr.* art. 12-A do Código de Trabalho de Portugal, acrescido pela Lei n. 13/2013.

²⁶ Notícia disponível em: https://www.washingtonpost.com/business/2024/01/09/gig-workers-new-labor-rules-independent-contractors/71b84dce-aede-11ee-9a32-5c9e6aa28b3b_story.html. Também disponível em: <https://fortune.com/2024/01/09/biden-labor-department-rule-independent-contractors-gig-economy-uber-lyft-doordash/>; e em: <https://55content.com.br/politica/eua-fixa-criterios-para-definir-se-motorista-e-ou-nao-empregado-de-app/>. Acesso em 13/jan/2024.

²⁷ Pomos de lado, porque sofisticado e por experiência própria, o argumento de que trabalhadores intelectuais ou comissionados definem o conteúdo de seus contratos de trabalho, sem se submeterem à preordenação empresarial.

²⁸ FRAZÃO, Ana. “Desregulação do mercado de trabalho e flexibilização dos direitos trabalhistas — Parte II”. In: site Jota, 8/jul/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desregulacao-do-mercado-de-trabalho-e-flexibilizacao-dos-direitos-trabalhistas-parte-ii-08072020>. Acesso em 16/jan/2024.



são neutras, mas abraçam importantes vieses ideológicos. Em igual sentido, pontua Calabresi:

Para muitos profissionais modernos da Análise Econômica do Direito, a teoria é de Chicago ou de Viena. Mas precisamente o mesmo enfoque pode utilizar-se dentro da teoria marxista. Em cada caso, existe uma teoria ‘escolhida’; o mundo jurídico é avaliado pelo prisma dessa teoria e se o mundo nele não se encaixa é descartado, condenado inclusive, enquanto que os profissionais na matéria esperarão por uma realidade que se encaixe na teoria escolhida²⁹.

A prevalecer todo esse conjunto de ideias, não haveria como remeter qualquer resolução jurisdicional ao que preconizam algumas teorias econômicas — que condicionariam a eficácia da norma jurídica à maximização da riqueza ou a outro critério supostamente ascético — para desse modo suprimir-se a elástica gama de direitos humanos assegurada a trabalhadores em condição de emprego. Até mesmo a citada Lei n. 13.874/2019, promulgada em quadra histórica de ampla suscetibilidade a impulsos excessivamente libertários, prediz que a liberdade de desenvolver atividade econômica deve observar a legislação trabalhista (art. 3º, II, c) e que a supremacia do negócio jurídico está limitada pelas normas de ordem pública (art. 3º, VIII).

5. CONCLUSÃO

Logo, à pergunta sobre quais os direitos relacionados ao trabalho cuja eficácia estaria condicionada à sua eficiência econômica, respondemos que, por exclusão, estão a salvo todos aqueles direitos de matriz convencional, constitucional ou legal que se inspiram na promoção da dignidade humana em ambiente laboral, incluindo o direito de postular em juízo o reconhecimento da condição legal de empregado com vistas à titularidade desse conjunto civilizatório de direitos.

²⁹ Op. cit., p. 33. Em nota de rodapé, o autor enfatiza: “Embora muitos operadores jurídicos creiam que o movimento Law & Economics apresente sempre as mesmas características e perfis, o certo é que não é assim. Cada escola abraça postulados inteiramente distintos (econômicos, filosóficos, políticos) que levarão a resultados substancialmente diferentes”.



REFERÊNCIAS:

CALABRESI, Guido. *El futuro del Derecho y Economía: Ensayos para la reflexión y la memoria* (Spanish Edition). Lima (Peru): Palestra Editores. Edição do Kindle. 2023.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no Século XXI*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

FRAZÃO, Ana. “Desregulação do mercado de trabalho e flexibilização dos direitos trabalhistas — Parte II”. In: site Jota, 8/jul/2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desregulacao-do-mercado-de-trabalho-e-flexibilizacao-dos-direitos-trabalhistas-parte-ii-08072020> >. Acesso em 16/jan/2024.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. v. I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: Uma história*. São Paulo: Companhia das Letras. Edição do Kindle.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Edição do Kindle.

MOREIRA, Teresa Coelho. *Direito do Trabalho na Era Digital*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2023.

POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, com revisão de Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Submissão: 07.fevereiro.24

Aprovação: 20.abril.24



A REFORMA TRIBUTÁRIA E AS IMPLICAÇÕES NA TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA

Tax reform and implications for the taxation of legal services

Marcelo Signorini Prado de Almeida¹

ÁREA: Direito Tributário.

RESUMO: A tributação de inúmeras áreas de manifestação de riqueza, visando o financiamento do Estado, gera automaticamente a insatisfação de vários setores. No sistema tributário nacional, há um ponto comum que tem sido alvo de críticas por décadas: a necessidade de uma reforma substancial que traga maior justiça fiscal, com menos complexidade, reduzindo os custos de conformidade para a apuração e recolhimento dos tributos e, conseqüentemente, diminuindo a sonegação fiscal. No entanto, devido à pouca participação de juristas e de diversos setores em discussões mais aprofundadas, como ocorreu na elaboração do Código de Processo Civil, o resultado materializado na Emenda Constitucional n.º 132 de 20 de dezembro de 2023 não se mostrou dos mais admiráveis, ao menos em teoria. A emenda sinaliza pouca efetividade na resolução dos problemas já existentes, mantendo benefícios para setores específicos e a tão almejada simplificação do sistema de obrigações acessórias e a redução da carga tributária não parece ser concretizada a curto e médio prazo. Há a possibilidade de um aumento na carga tributária com impactos substanciais nos índices inflacionários, gerando maiores dissabores para os cidadãos que destinam boa parte de sua riqueza à manutenção do Estado, cujos serviços apresentam qualidade questionável. O serviço essencial da advocacia também foi impactado por estas alterações. Este estudo tem em vista trazer reflexões sobre as novas normas complementares e a necessidade de atenção para que a reforma não agrave a situação, resultando na maior tributação do mundo, além das inúmeras outras alterações legislativas que podem surgir em tributos não abrangidos diretamente pela reforma tributária.

¹ Advogado tributarista; Doutorando e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP); Pós-Graduado lato sensu em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários — IBET/SP. Autor do Livro “Responsabilidade Tributária do Grupo Econômico — Elementos de Identificação e sua Interpretação”. E-mail: < marcelo@hmlaw.com.br >. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/4728013595979627> >.



PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Reforma tributária. Tributação de serviço de advocacia.

ABSTRACT: The taxation of numerous areas of wealth manifestation, aimed at financing the state, automatically generates dissatisfaction among various sectors. Within the national tax system, a common point has been the subject of criticism for decades: the need for a substantial reform that brings greater fiscal justice with less complexity, reduces compliance costs for the assessment and collection of taxes, and consequently decreases tax evasion. However, due to the limited participation of jurists and various sectors in more in-depth discussions, as seen during the drafting of the Civil Procedure Code, the result materialized in Constitutional Amendment No. 132 of December 20, 2023, has not been the most commendable, at least in theory. The amendment indicates little effectiveness in solving existing problems and maintaining benefits for specific sectors, and the much-desired simplification of the system of ancillary obligations and reduction of the tax burden does not seem likely to be realized in the short and medium term. There is the possibility of an increased tax burden with a substantial impact on inflation rates, causing greater discontent among citizens who allocate a significant portion of their wealth to the maintenance of the state, whose services are of questionable quality. The essential service of advocacy was also affected by these changes. This study aims to reflect on the new complementary norms and the need for vigilance to prevent the reform from worsening the situation, potentially leading to the highest taxation in the world, in addition to the numerous other legislative changes that may arise in taxes not directly covered by the tax reform.

KEYWORDS: Tax Law. Tax Reform. Taxation of Legal Services.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Planejamento Tributário, sua regulação e o modelo BEPS. 2. Concorrência e Tributação. 3. *Cases*: Apple e Starbucks. Conclusão. Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

A tributação desempenha um papel essencial no financiamento das atividades do Estado, devendo abranger todas as atividades econômicas e manifestações de riqueza. Ao longo do tempo, as constituições passaram a prever regras, princípios e limitações ao poder de tributar, com o objetivo de equilibrar as receitas públicas e alcançar os fins sociais. Desde a Carta Magna de João Sem Terra, em 1215, há uma clara delimitação



do Poder de Tributar, estabelecendo valores a serem seguidos e sujeitando a nova tributação ao aval dos próprios contribuintes.².

O descontentamento com a carga tributária é recorrente e tem sido o fundamento principal de diversos eventos históricos e revoluções ao redor do mundo, além da crescente necessidade do Estado em aumentar a arrecadação para alcançar seus objetivos sociais. A sociedade brasileira há tempos clama por alterações no sistema tributário, que representa uma enorme complexidade jurídica em um momento essencial para a economia e para a organização do Estado, especialmente em relação à forma federativa de Estado e à separação de poderes.

O problema reside na contínua necessidade do Estado de aumentar a arrecadação, raramente se dispondo a reduzir os gastos da máquina estatal, que é ineficiente e cara³, este não é um problema exclusivo do Brasil, mas um ponto crucial ao longo da história. Jean-Baptiste Colbert, Ministro das Finanças de Luís XIV, no século XVII, afirmou: *“l’art de l’imposition consiste à plumer l’oie pour obtenir le plus possible de plumes avec le moins possible de cris”*⁴.

De fato, o sistema tributário, como um conjunto harmônico de normas, assim como qualquer ramo do Direito, precisa acompanhar as evoluções da sociedade e sua complexidade sempre crescente. Especialmente considerando que o sistema tributário brasileiro tem sua regulamentação datada

² “12. No scutage not aid shall be imposed on our kingdom, unless by common counsel of our kingdom, except for ransoming our person, for making our eldest son a knight, and for once marrying our eldest daughter; and for these there shall not be levied more than a reasonable aid. In like manner it shall be done concerning aids from the city of London”.

³ Não se quer passar a impressão de que o corte de gastos substituiria uma reforma tributária, mas seria ponto fundamental para evitar um efeito reverso de aumento de carga tributária. Sobre o tema, Klaus Tipke possui uma significativa posição: “Aos desgostosos com o Estado [Staatsverdrossenen] aborrece mais a direção global da Política. Por isso internamente ele rejeitou o Estado, tornou-se alheio a ele; diz a si mesmo: com essa política deve-se gastar o menos possível para tirar dela o apoio financeiro. O desgosto não precisa referir-se à forma estatal; mesmo uma determinada política, especialmente uma excessiva política social, pode desgostar. Quem acha que o Estado gasta muito dinheiro com indivíduos antissociais de toda parte e explora em seu favor seus cidadãos produtivos, pode também praticar a rejeição ao fisco, não raro acompanhada de abstenção nas eleições” (TIPKE, Klaus. *Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes*. Luiz Dória Furquim (trad.), Porto Alegre: Fabris, 2012. p.104).

⁴ A arte da tributação consiste em depenar o ganso para obter o máximo de penas com o mínimo de gritos – tradução livre.SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Transparência fiscal e reciprocidade nas perspectivas interna e internacional. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 19°. São Paulo: Dialética, 2015. p. 250–251.



de outubro de 1966, fruto de uma reforma de 1965, com pouca ou nenhuma interferência de manifestações democráticas no processo legislativo.

A Emenda Constitucional n.º 132 de 20 de dezembro de 2023 representa um marco histórico e, ainda que dependa de regulamentações mais precisas por meio de Lei Complementar, o novo texto constitucional impacta diretamente no Imposto sobre Serviços e, conseqüentemente, nos serviços de advocacia. Algumas peculiaridades dessas alterações fizeram parte das discussões nas casas do Congresso Nacional, buscando trazer uma maior justiça na tributação, conforme será refletido a seguir.

1. O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA — ASPECTOS GERAIS E OS IMPACTOS DA CRIAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE BENS E SERVIÇOS (IBS)

A tributação sobre serviços de qualquer natureza desempenha um papel relevante na autonomia municipal, essencial para o sistema constitucional e o federalismo brasileiro, especialmente considerando a característica do sistema tributário nacional de tributar predominantemente bens de consumo e serviços em detrimento da tributação sobre patrimônio e renda. Esta tradição, evidentemente, afeta desproporcionalmente a população de menor renda, que, embora utilize os mesmos serviços e consuma produtos semelhantes aos de maior renda, manifesta capacidade contributiva em menor grau. Este contexto inclui o serviço de advocacia, essencial para a Justiça de toda sociedade.

O imposto sobre serviços de qualquer natureza, criado pela Emenda Constitucional n.º 18/65, foi originalmente concebido como um Imposto sobre Valor Agregado (IVA), inspirado no IVA dos países integrantes do então Mercado Comum Europeu, cujo objetivo era harmonizar a tributação de diversos países para promover maior desenvolvimento econômico. A importância singular de uma Lei Complementar para regulamentar, inclusive, os serviços tributáveis pelos Municípios, reflete essa inspiração.

O Imposto sobre Valor Agregado é cobrado em todas as etapas do processo de produção, comercialização e prestação de serviços, permitindo que o crédito do imposto pago na etapa anterior seja compensado na etapa poste-



rior, garantindo a não cumulatividade e sendo arcado pelo consumidor final, presente na última etapa econômica. Esta sistemática de tributação se destaca pela incidência sobre uma base ampla, visando alcançar todos os bens e serviços e concentrando a tributação no destino.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 132/23, o sistema tributário brasileiro passa a adotar um Imposto sobre Valor Agregado dual, criando-se o Imposto Sobre Bens e Serviços (IBS) e a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS). Comparando os dois sistemas, o anterior impunha a cobrança de cinco tributos sobre bens e serviços: ICMS, IPI, ISS, PIS e Cofins, enquanto o novo sistema substitui esses tributos pelo IBS, CBS e os novos Imposto Seletivo (IS) e Contribuição sobre Produtos Primários e Semielaborados (CPPS). No entanto, a efetiva compreensão desses novos tributos dependerá de regulamentação complementar. Essencialmente, extinguíram-se quatro tributos e criaram-se outros quatro, sem uma mudança significativa na percepção popular.

O novo sistema é defendido como mais sofisticado e, teoricamente, já testado com sucesso em mais de 170 países, que não possuem, contudo, o mesmo formato federativo ou as mesmas realidades e desigualdades regionais características do Brasil. A legislação brasileira é notoriamente complexa, com diversas alíquotas, benefícios fiscais e regimes especiais, o que sugere que uma grande oportunidade está sendo perdida para simplificar e modernizar as obrigações instrumentais, reduzindo o custo de conformidade e, conseqüentemente, a sonegação de tributos⁵.

Segundo os idealizadores do projeto da Emenda Constitucional, Eurico Marcos de Santi e Nelson Machado:

É o fim do “manicômio jurídico tributário” protagonizado pelos conflitos e guerras fiscais causadas pela sobreposição de ISS, ICMS, PIS/Cofins e IPI que esfacelaram a federação para dar lugar ao Imposto sobre Bens e Serviços, inaugurando novo federalismo cooperativo, com legislação nacional uniforme, compartilhada pelas três esferas de governos, cobrança, apuração e distribuição de recursos automática e centralizada em entidade de caráter nacional, neutro para incentivar a competitividade e o ambiente de negócios para as empresas, desonerando exportações, incentivando

⁵ Em 1º de agosto de 2023 foi publicada a Lei Complementar n.º 199, que institui o Estatuto Nacional de Simplificação de Obrigações Tributárias Acessórias, mas que não alcança todos os tributos, com pouca efetividade inclusive para tributos federais.



investimento e transparente para o cidadão, consumidor e eleitor, destinatário final da carga tributária sobre os bens e serviços que consome⁶.

Resta a dúvida se as promessas de simplificação e eficiência serão concretizadas, especialmente considerando que a regulamentação complementar ainda está por vir. A questão permanece pertinente: a definição cunhada por Alfredo Augusto Becker do sistema como um “manicômio jurídico tributário” irá desaparecer? Mesmo com a reforma tributária, o sistema parece continuar a produzir normas e desafios diários, mantendo-se como um dos regimes tributários mais custosos e complexos do mundo.⁷

A legislação nacional, especialmente referente ao Imposto Sobre Serviços, já apresenta uniformidade, caracterizando-se como norma complementar geral da LC 123/06, similar à Lei Kandir (LC 87/96) para o ICMS. Ademais, com a implementação do IBS, as três esferas de governo compartilharão a cobrança, apuração e distribuição de recursos de maneira automática e centralizada em uma entidade de caráter nacional. Esse compartilhamento de funções representa um grande desafio, uma vez que a centralização de poder pode agravar distorções regionais que o poder central não estaria apto a solucionar.

⁶ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; MACHADO, Nelson. *Imposto sobre bens e serviços*: Centro de Cidadania Fiscal: estatuto, PEC45, PEC Brasil solidário, PEC 110, notas técnicas e visão 2023. São Paulo: Editora Max Limonad, 2023, p.12

⁷ Um estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp), divulgado em setembro de 2022, revela que o chamado “custo-Brasil” encarece os produtos nacionais em 25,4%, em média: “O Custo Brasil encarece os produtos industriais brasileiros, em média, em 25,4%. A conclusão é de um estudo elaborado pela Fiesp/Ciesp que mensurou o impacto do Custo Brasil nos preços dos bens industriais nacionais, comparativamente a 15 dos principais parceiros comerciais do país, no período de 2008 a 2019. (...) A tributação é o item que, isoladamente, teve o maior impacto, elevou em 13% o preço dos bens industriais produzidos aqui. Os demais itens do Custo Brasil e seus impactos no preço são: juros (6,1%), matérias-primas e energia (3,7%), logística (1,5%), carga extra com benefícios (0,8%) e serviços *non tradables* (0,4%). Entre os 15 países parceiros analisados, o Brasil tem carga tributária maior que 12 deles. Na média de 2008 a 2019, a carga tributária brasileira atingiu 33,4% do PIB, enquanto, nos países parceiros, o percentual ficou em média em 26,4%. No mesmo período, a tributação dos lucros das empresas no Brasil foi 7 p.p. maior e sobre salários a diferença superou 15 p.p. Além disso, o empresário brasileiro convive com uma das maiores burocracias tributárias do mundo. No período analisado, as empresas gastaram 2.354,6 horas/ano, em média, somente para preparar e pagar impostos — 11,3 vezes maior que a média nos países parceiros. Estima-se que a indústria de transformação, por exemplo, gastou R\$ 25,5 bilhões com burocracia dos tributos em 2020, o equivalente a 0,72% de seu faturamento” (FIESP. *Custo Brasil encarece os bens industriais brasileiros em 25,4%*. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/noticias/custo-brasil-encarece-os-bens-industriais-brasileiros-em-254/>. Acesso em: 19 fev. 2024).



As formas de organização da produção no Brasil variam significativamente, o que pode ser visto não apenas como um ponto negativo, mas também como uma oportunidade de desenvolvimento regional. Não é raro que empresas, visando reduzir o custo tributário, optem por organizar suas linhas de produção em diversos territórios geográficos e até mesmo terceirizar suas atividades. Em um primeiro momento, essa estratégia pode parecer ineficiente do ponto de vista econômico, mas constitui uma ferramenta essencial para o desenvolvimento de polos produtivos distantes dos mercados consumidores.

Dessa forma, destaca-se a importância e essencialidade da autonomia municipal na criação e cobrança de tributos das atividades consideradas mais relevantes conforme as realidades regionais. A uniformização nem sempre é sinônimo de simplificação e precisão, podendo enfraquecer uma tributação justa. A melhor solução seria a simplificação do sistema e a imposição de normas gerais para evitar abusos e diversidades legislativas desnecessárias, sem desconsiderar a realidade de cada região e os entes federativos.

2. TRIBUTAÇÃO SOBRE O SERVIÇO DA ADVOCACIA

A harmonização de normas tributárias e a restrição de benefícios fiscais representam um importante passo em direção a um sistema jurídico tributário mais justo, embora impliquem uma suposta renúncia de soberania, pois os entes federados passam a submeter-se a normas gerais supranacionais de regulamentação tributária. No ímpeto de harmonizar diversas normas tributárias abruptamente, sem um estudo aprofundado ou participação de grandes juristas e setores econômicos, o legislador trouxe reflexos preocupantes na tributação dos serviços de advocacia, essencial para a Justiça, conforme previsto no texto constitucional.

O próprio Conselho Federal de Advocacia⁸ lutou intensamente, prevendo um aumento na carga tributária, especialmente para aqueles não optantes pelo Regime do Simples Nacional. No regime do Simples Nacional, ampla-

⁸ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Reforma Tributária. PEC 45/19. Reivindicações da Ordem dos Advogados Do Brasil*. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2023/08/94fae0f2-c89a-4e72-9803-b98027d40eb0.pdf/>. Acesso em: 19 fev. 2024.



mente aplicado aos serviços advocatícios, o prestador de serviço pode continuar neste regime diferenciado, realizando o pagamento em uma única guia com base em seu faturamento, abrangendo todos os tributos de todas as esferas federativas, que recebem os repasses proporcionalmente à sua competência. A implantação deste sistema é considerada um caso de sucesso, simplificando efetivamente a forma de cobrança e servindo como inspiração para a reforma tributária.

Contudo, com a reforma, a alíquota prevista do IBS é única, buscando-se a neutralidade tributária, repassando toda a carga para o consumidor ou tomador final do serviço, em um regime de créditos e débitos. No texto da reforma, caso o prestador de serviço opte, será possível excluir o IBS e CBS dos tributos pagos no regime do Simples, beneficiando-se da regra de não cumulatividade da reforma, permitindo ao tomador do serviço usufruir do crédito do tributo pago na cadeia.

Essa mudança afasta a regra anterior de que o prestador de serviço do Simples não conseguia gerar crédito tributário direto, potencialmente oferecendo um cenário mais benéfico de geração de créditos. No entanto, essa situação só poderá ser analisada caso a caso, visto que a simplicidade da LC 123/06 não estará mais presente, exigindo maior planejamento tributário, que também estará sujeito às alterações das normas complementares futuras.

O grande problema reside no aumento da competitividade, já que pequenos prestadores estarão em igualdade com grandes escritórios que possuem maior capacidade de organização, visto que o impacto deste custo tributário é melhor absorvido por sua organização financeira. Além disso, o tomador poderá optar por empresas que geram crédito. A realidade da tributação ainda depende diretamente das normas complementares e das alterações no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. É crucial que os legisladores mantenham um sistema simplificado e competitivo para garantir tratamento diferenciado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados, conforme o art. 146, III, alínea “d”, da Constituição Federal.

Para os prestadores de serviço não abrangidos pelo Simples, a reforma traz grandes preocupações em relação ao aumento da carga tributária. Com a reforma, PIS/Cofins e ISS deixam de existir para dar lugar ao IBS e CBS, administrados separadamente e com regras harmônicas definidas em Lei



Complementar, abordando fatos geradores, hipóteses de não incidência, bases de cálculo, sujeitos passivos, imunidades, não cumulatividade e regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação.

Um destaque importante é a alíquota diferenciada para os prestadores de serviços de advocacia, já que a Lei Complementar estabelecerá as operações beneficiadas com redução de alíquota em 30%⁹ para a prestação de serviços de profissão intelectual, científica, literária ou artística, caso sejam submetidas a fiscalização por conselho profissional (Art. 9º, § 12, da EC n.º 132/23). Dependendo da operação prevista na Lei Complementar e considerando a previsão de alíquota fixada em 27,5%, a redução prometida aos serviços de advocacia resultará em um aumento significativo da carga tributária, com alíquota final de 19,25%. Além disso, essa redução poderá ser revista a cada cinco anos, chegando à alíquota cheia.

No regime anterior, as sociedades de advogados, sem considerar o Imposto de Renda Pessoa Jurídica — IRPJ, optantes pelo lucro presumido, tinham alíquota de 3,65% de PIS e Cofins e 9,25% para lucro real, com a possibilidade de ISS fixo por profissional habilitado. A possível retirada de benefícios fiscais e a harmonização da legislação podem resultar em aumento significativo da carga tributária, podendo chegar a 500%, impactando o preço dos serviços.

É incompreensível o motivo pelo qual serviços ligados à saúde, produções artísticas, culturais, de eventos, jornalísticas e audiovisuais nacionais, atividades desportivas e comunicação institucional (art. 9º, § 1º da EC n.º 132/23) recebem uma redução de 60% das alíquotas dos tributos, resultando em uma redução duas vezes maior. Não há explicação razoável para considerar que eventos desportivos, por exemplo, possuem maior relevância social comparados aos serviços de advocacia.

Essa situação caracteriza uma clara discriminação injustificada, ferindo diretamente a isonomia constitucional e desprestigiando o constituinte derivado em relação ao disposto no Art. 133 da Constituição Federal, que con-

⁹ A EC n.º 132/23, no seu Art. 9º, § 12 dispõe: A lei complementar estabelecerá as operações beneficiadas com redução de 30% (trinta por cento) das alíquotas dos tributos de que trata o *caput* relativas à prestação de serviços de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, desde que sejam submetidas a fiscalização por conselho profissional.



sidera o advogado indispensável à administração da justiça, atribuindo-lhe maior carga tributária do que outros serviços essenciais à sociedade.

3. REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A REFORMA TRIBUTÁRIA NOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA

Um grande problema levantado pela doutrina especializada é que boa parte das disposições constitucionais trazidas pela reforma tributária ofendem o federalismo brasileiro, sabidamente cláusula pétrea em nosso sistema constitucional, que não poderia ser alterada por Emenda Constitucional¹⁰, já que tende a retirar parcela significativa da autonomia financeira dos entes federados, Estados e Municípios.

Outro ponto a ser destacado, que tem gerado polêmicas, é o Conselho Federativo do Imposto sobre Serviços, que interfere na autonomia de auto-organização dos entes federados, a liberdade dos entes da Federação para se organizarem internamente. Este conselho será composto por 27 membros representando cada Estado e o Distrito Federal, e 27 membros representando o conjunto dos Municípios e do Distrito Federal, sendo que 14 representantes serão eleitos com base nos votos de cada Município e os outros 13 representantes com base nos votos de cada Município ponderados pelas respectivas populações. Este conselho, embora teoricamente representativo, não possui iniciativa de lei, cabendo apenas ao Congresso Nacional legislar sem a participação direta dos entes federados.

O cerne do federalismo é renunciar a pequenos poderes em prol do poder central, assegurando que o Governo Federal não concentre todo poder a

¹⁰ Sobre o tema, José Afonso da Silva assim nos ensina: “É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...’, ou o habeas corpus ou o mandado de segurança...’. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringe a liberdade religiosa ou de comunicação ou outro direito e garantia individual. Basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas tendentes, diz o texto), para sua abolição. Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e autoadministração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência a abolir a forma federativa de Estado. Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência de abolir o princípio da separação dos poderes” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68)



ponto de limitar a autonomia dos entes locais. A União possui, assim, competências expressamente determinadas, enquanto os poderes locais exercem uma competência plena, conhecendo suas realidades e necessidades. Esta divisão é característica do federalismo brasileiro e naturalmente traz competitividade entre os entes federados, não como uma vertente negativa da guerra fiscal, mas como um estímulo ao desenvolvimento regional de forma saudável e justa¹¹. Embora haja uma tendência de se imaginar que a “guerra fiscal” é prejudicial, uma análise mais aprofundada revela que o federalismo cooperativo dos poderes subnacionais, sob coordenação do poder central e sem exageros ou guerra fiscal predatória, é essencial para um desenvolvimento nacional harmônico e em prol do bem-estar coletivo¹².

Alterações significativas na liberdade de criar e regulamentar tributos representam a retirada de uma característica fundamental do federalismo, uma forma tradicional de organização política. Não que se seja contra outras formas de organização, mas a concentração de poder não é compatível com a denominação de “República Federativa”¹³. A discriminação da arrecadação de tributos é relevante na autonomia dos entes políticos, pois lhes atribui maior eficiência na distribuição de recursos e no atendimento das necessidades da população.

¹¹ Cf. HORTA, Raul Machado Horta. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Tese de Concurso para a Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1964.

¹² Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 21-22.

¹³ Aliomar Baleeiro, com sua precisão de sempre assim nos ensina: “problema da discriminação das rendas, como é óbvio, quase não tem sentido para os países de tipo unitário, como a França, Itália, Uruguai, a maioria deles, aliás. E uma peculiaridade das federações, nascidas com o aparecimento da primeira delas no mundo, - os Estados Unidos, na Convenção de Filadélfia em 1787, muito embora já se esboçasse nas confederações e Estados compostos. Aliás, é mais exato dizer-se que foi a discriminação de rendas a causa última e decisiva da criação da figura jurídica e política do Estado Federal, como novidade do fim do século XVIII. (...) A federação, no Brasil, resultou de lenta evolução de mais de século e orientou-se gradativamente para solução diversa: a rigidez na distribuição das rendas entre os governos. Das instituições lusitanas, recebemos municípios fortes e que já exerciam o poder de tributar com mais vigor do que os próprios monarcas, originariamente confinados nas rendas dominiais e regalias. Não raro, a Coroa Portuguesa recorria aos bons ofícios das Vereanças Municipais do Brasil para que fossem lançados tributos destinados a interesses comuns com a Metrôpole ou somente desta. (...) Ora, após a Independência, as linhas mestras da futura discriminação de rendas iriam esboçar-se mercê do Ato Adicional de 1834, que criou as Assembleias Legislativas Provinciais com o poder de decretar impostos (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 13. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.222-223).



Desta forma, é necessário verificar se há tributação da advocacia no âmbito central, evitando preocupações excessivas com normas municipais de tributação sobre o serviço ou aumentos velados de carga tributária, prevenindo a complexidade no sistema e uma tributação desigual. Além disso, a reforma tributária implementou um sistema de transição considerado exacerbado, com início da vigência do novo sistema em 2026 e previsão de encerramento do “sistema híbrido” para IBS e CBS apenas em 2033. A própria Constituição Federal, em seu artigo 145, §3º, estabelece que “O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente”, não sendo salutar imaginar que durante oito anos haverá a coexistência de dois sistemas, criando muitas outras complexidades e custos de conformidade.¹⁴

O sistema híbrido prevê que em 2026 inicia-se um período de teste de cobrança de 0,1% do IBS, em 2027 a cobrança adicional de IBS estadual e municipal de 0,05%. A partir de 2029, as alíquotas do IBS deverão ser fixadas pelo Senado Federal, com base em cálculo realizado pelo Tribunal de Contas, considerando a compensação da redução de receitas de ICMS e ISS. Somente em 2033 seriam extintos o ICMS e o ISS, e a cobrança do IBS seria integral. Está previsto que o IPI, o PIS, a COFINS, o ICMS e o ISS serão extintos, mas durante quase uma década o sistema tributário terá que conviver com esses tributos, o Imposto de Bens e Serviços (IBS), a Contribuição de Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo, sem garantia de redução da carga tributária e com custos de conformidade adicionais. É previsível que escritórios de advocacia precisarão se organizar para uma despesa extra com tributação em dois sistemas por vários anos.

Além disso, essas complexidades, que ferem a própria Constituição Federal, fatalmente gerarão um grau de litígio elevado entre contribuintes e o fisco, necessitando de novas jurisprudências. Muitas disposições constitucionais ainda precisam ser regulamentadas — o texto da Emenda Constitucional n.º 132/23 menciona 73 vezes a expressão “lei complementar”. Pelo próprio texto da Emenda Constitucional, o projeto de Lei Complementar

¹⁴ De acordo com relatório divulgado pelo Banco Mundial (*Doing Business 2021*), as empresas gastam em média 1.501 horas por ano para cumprir suas obrigações tributárias no Brasil, enquanto na América Latina e Caribe gastam 317,1 horas. THE WORLD BANK. *Doing Business Subnacional Brasil 2021*. Disponível em: https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/brazil#DB_tax Acesso em: 19 fev. 2024.



deve ser apresentado pelo Poder Executivo em até 180 dias a partir de sua promulgação (artigo 18 da Emenda).

É essencial que essas normas tributárias complementares satisfaçam todas as necessidades de regulamentação, sem influências do viés arrecadatório, refletindo a vontade do povo por meio de seus representantes, para diminuir a carga tributária e simplificar o sistema de arrecadação de tributos. Ao Poder Executivo não cabe interferir no Poder Legislativo ou mesmo se abster de produzir novas normas em troca de mais de cinco bilhões de reais em emendas parlamentares no orçamento, tal como aconteceu às vésperas da votação da PEC na Câmara dos Deputados.

De acordo com Klaus Tipke:

O parlamento não deve poder se desfazer de sua responsabilidade como entidade legiferante de modo a transmitir uma parte do poder legislativo ao Governo, sem ter refletido e determinado exatamente os limites dessas competências transferidas. O Governo não deve, amparado em autorizações indeterminadas para edição de decretos-leis, ocupar o lugar do Parlamento.¹⁵

Diante da necessidade de elaboração de normas complementares, é relevante destacar que a reforma tributária encontra-se em estágio inicial. Este ponto de regulamentação constitucional é crucial, uma vez que tais disposições legislativas complementares desempenham um papel fundamental ao estabelecer normas gerais, resolver conflitos de competência e regular limitações ao poder de tributar, sem alterar ou restringir os direitos já assegurados pela Constituição. É responsabilidade dos legisladores considerar as particularidades de cada setor econômico, evitando generalizações que possam agravar as injustiças fiscais frequentes em nosso sistema atual.

CONCLUSÃO

Apresentados os aspectos introdutórios sobre o tema, é pertinente destacar a expectativa decorrente de uma reforma legislativa e constitucional. O propósito fundamental de uma reforma é promover mudanças positivas,

¹⁵ LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito Tributário*. Vol. I. Luiz Dória Furquim (trad.), Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 290.



renovar e introduzir novas ideias para aprimorar a legislação e fortalecer o sistema para os anos vindouros. A reforma tributária, ainda em fase inicial, requer atenção aos aspectos essenciais para se obter uma compreensão real das futuras diretrizes tributárias e seu impacto no campo da advocacia, sendo diretamente influenciada pelas normas complementares.

As perspectivas não são otimistas, especialmente diante do foco prioritário na arrecadação em detrimento da necessidade urgente de simplificar o sistema tributário, combater a evasão fiscal e reduzir a complexidade burocrática, ignorando também a necessidade de contenção de despesas.

A nova configuração redistribui competências que historicamente têm funcionado com jurisprudências consolidadas e resultados positivos, inclusive para a prática advocatícia. Com incertezas pairando sobre 2024, espera-se um aumento da carga tributária e desafios adicionais de competitividade e custos, exacerbando uma atividade já sob pressão e com crescente desvalorização.

A esperança reside na aplicação dos princípios destacados pela Emenda, como simplicidade, transparência, justiça tributária, cooperação e proteção ambiental, agora expressamente mencionados no artigo 145 da Constituição Federal. É crucial que o legislador complementar utilize a neutralidade do IBS e a uniformidade na tributação dos novos impostos para efetivamente promover melhorias no sistema tributário, embora os rumos atuais não indiquem esse cenário positivo.

Esta reestruturação requer um cuidadoso equilíbrio entre aspirações reformistas e a realidade prática, visando não apenas a reformulação normativa, mas também o fortalecimento das bases constitucionais que sustentam nosso sistema tributário.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed., 18, tiragem. Malheiros Editores: São Paulo, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Competências Tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e de conceito*. São Paulo Malheiros, 2018.



BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 13. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARRETO, Aires Fernandino. *ISS na Constituição e na lei*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 1988.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Reforma Tributária. PEC 45/19. Reivindicações da Ordem dos Advogados Do Brasil*. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2023/08/94fae-0f2-c89a-4e72-9803-b98027d40eb0.pdf/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

FIESP. *Custo Brasil encarece os bens industriais brasileiros em 25,4%*. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/noticias/custo-brasil-encarece-os-bens-industriais-brasileiros-em-254/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

HOLMES, Stephen. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Marcelo Brandão Cipolla (trad.), São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

HORTA, Raul Machado Horta. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Tese de Concurso para a Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1964.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; MACHADO, Nelson. *Imposto sobre bens e serviços: Centro de Cidadania Fiscal: estatuto, PEC45, PEC Brasil solidário, PEC 110, notas técnicas e visão 2023*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. *Transparência fiscal e reciprocidade nas perspectivas interna e internacional*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 19. São Paulo: Dialética, 2015.

LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito Tributário*. Vol. I. Luiz Dória Furquim (trad.), Porto Alegre: Fabris, 2008.



MENDES JÚNIOR, João. As Idéias de Soberania, Autonomia e Federação, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. n. XX, São Paulo, 1912.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

THE WORLD BANK. *Doing Business Subnacional Brasil 2021*. Disponível em: https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/brazil#DB_tax Acesso em: 19 fev. 2024.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes*. Luiz Dória Furquim (trad.), Porto Alegre: Fabris, 2012.

VALOR ECONÔMICO. *Meta é regulamentar reforma tributária neste ano, diz Appy*. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2024/01/17/meta-e-regulamentar-reforma-tributaria-neste-ano-diz-appy.ghtml>. Acesso em: 19 fev. 2024.

Submissão: 22.fevereiro.24

Aprovação: 22.abril.24



ÉTICA JURÍDICA

Legal Ethics

Gentil de Faria¹

ÁREA: Direito Constitucional Comparado

RESUMO: O trabalho mostra um breve percurso histórico da adoção de normas éticas para o exercício da profissão de advogado nos Estados Unidos desde 1836 até o presente. A criação da Associação dos Advogados Americanos (ABA) em 1878 facilitou a codificação dessas normas em nível nacional e estimulou a sua adoção pelos diversos órgãos federais e estaduais. Concebido apenas como um modelo de conduta para o advogado, o código passou a incorporar o direito positivo das várias instâncias do judiciário americano. Em mais de cem anos de constante aperfeiçoamento, o modelo consagra nove princípios básicos de conduta profissional, sendo sucintamente analisados. Em 2002, esses princípios, conservando o mesmo formato, foram revisados e reescritos em oito novas regras. Essa nova versão, cuja última edição foi publicada em 2004, ainda se encontra em processo de adoção pelos vários órgãos do poder judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Ética jurídica, advogado, código profissional, Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Americana de Advogados

ABSTRACT: The paper examines briefly the historical context in which the lawyers' rules of conduct have been established since 1836 to the present. The creation of the American Bar Association in 1878 paved the way for the various federal and state jurisdictions to adopt them as their own ethics rules. Conceived merely as "model of conduct", the code has been adopted as law throughout the country. In more than a hundred years of constant remodeling, the code consecrated nine canons of professional responsibility. In 2002 these nine canons were revised and rewritten, but keeping the same format, in eight rules under a new name: Model Rules of Professional Conduct, whose last version was published in 2004. The ABA is currently lobbying for its adoption by the various jurisdictions.

¹ Doutor pela USP, livre-docente e professor titular da Unesp. Professor de Direito Constitucional Comparado e de Direito Anglo-Americano. Advogado e membro da Associação Americana de Advogados (ABA). E-mail: gentil.faria@unesp.br. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/7917204117162501> >.



KEYWORDS: Legal ethics, lawyer, professional code, Brazilian Bar Association, American Bar Association

SUMÁRIO: Introdução. 1. Integridade e competência. 2. O advogado como conselheiro. 3. Exercício ilegal da profissão. 4. Sigilo profissional. 5. Julgamento profissional independente. 6. Representação com competência. 7. Representação dentro dos limites da lei. 8. Aperfeiçoamento do sistema jurídico. 9. A aparência de impropriedade. 10. A ética na Constituição. 11. A Constituição alemã. 12. A Constituição portuguesa. 13. A Constituição espanhola. 14. A Constituição americana.

INTRODUÇÃO

A ideia de instituir um conjunto de regras éticas que pudessem reger o exercício da advocacia nos Estados Unidos surgiu em 1836, mesmo antes da criação da Associação Americana de Advogados - ABA, propriamente dita, fundada em 1878². O Estado de Alabama foi o primeiro a editar o seu “*Code of Ethics*” em 1887, inspirando outros estados a perquirir o mesmo caminho. Em termos nacionais, somente em 1908 é que a ABA aprovou os 32 “*Canons of Professional Ethics*”, baseados no modelo de Alabama.

Com o passar do tempo, a ABA reformulou esses princípios adotados em 1908 para adequá-los às transformações ocorridas no exercício da profissão. Em 1969 a entidade adota um conjunto revisado de normas às quais deu o título de “*Code of Professional Responsibility*”. Estava, finalmente, codificada a “lei” que iria reger a conduta profissional dos membros da associação.

Como se tratava de uma norma que se dirigia apenas aos membros da Associação, esse Código de Ética passou a enfrentar contestações, pois determinadas regras, sobretudo as relativas à publicidade e fixação de um honorário mínimo, limitavam o exercício dos filiados à entidade. Alguns argumentavam que essas normas violavam a livre competição e que era

² A *American Bar Association* - ABA e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, embora sejam entidades com a mesma finalidade e objetivos, possuem uma diferença fundamental. Os exames de admissão à profissão nos Estados Unidos são realizados por comissões nomeadas pelas autoridades estaduais e para ser advogado não precisa ser filiado à ABA. No Brasil, ao contrário, os exames são feitos exclusivamente por bancas formadas pela OAB e a aprovação do candidato é condição obrigatória para o exercício legal da profissão. Mesmo sendo uma associação constituída por advogados com adesão voluntária, a ABA conta com mais de 400 mil membros inscritos.



“não-ético” cobrar tão pouco pelos serviços prestados. Em 1978, a ABA, em resposta às críticas recebidas, decidiu que o seu Código deveria ser entendido apenas como um “modelo”, passando a chamá-lo de “*Model Code of Professional Responsibility*”.

Mesmo considerado um simples modelo, o Código elaborado pela ABA passou a exercer enorme influência nos meios jurídicos a ponto de ser adotado pelos tribunais federais e estaduais americanos, ainda que sem uma vinculação legal. Assim, com poucas alterações havidas até o presente, o Código se encontra estruturado em nove princípios básicos e cada um deles vem acompanhado de normas indicativas de conduta chamadas de “*Ethical Considerations*” ou ECs e de normas de cumprimento obrigatório, as “*Disciplinary Rules*” ou Drs.³

Os nove princípios (“*canons*”) do modelo de código de ética proposto pela entidade estão resumidos nos itens a seguir.

1. INTEGRIDADE E COMPETÊNCIA

Canon 1. A Lawyer Should Assist in Maintaining the Integrity and Competence of the Legal Profession.

O advogado deve colaborar para a preservação da integridade e competência no exercício da profissão.

A competência, como se vê, é o primeiro mandamento ético do modelo de código. Ser competente não significa necessariamente ter experiência numa determinada área. Mesmo o iniciante na carreira deve demonstrar competência adquirida nos bancos escolares que vai se solidificando através da vivência adquirida nos contatos com advogados mais experientes.

Existem atualmente 202 faculdades de Direito em funcionamento nos Estados Unidos. No Brasil, atualmente funcionam 1.240 faculdades de direito. Apenas no Estado de São Paulo há 356 cursos de direito em funcionamento.

³Os interessados em conhecer o inteiro teor dessas normas pode acessar as 93 páginas dedicadas a elas no sítio da ABA (<http://www.americanbar.org>).



Os exames vestibulares americanos são muito rigorosos e os candidatos devem passar pelo temido LSAT (*Law School Admission Test*), aplicado simultaneamente em todo o país nos meses de fevereiro, junho, outubro e dezembro. Os candidatos mais bem colocados podem ter o privilégio de escolher as renomadas universidades. As mais concorridas são Yale, Harvard, Stanford, Columbia e Berkeley.

Uma vez admitido no curso superior, o aluno terá uma carga imensa de trabalho. Estima-se que cada estudante seja obrigado a ler cerca de 400 páginas por semana, como tarefas (“*assignments*”) prescritas pelas diversas disciplinas. Esses textos são trabalhados pelos respectivos professores em aulas dialogadas e não expositivas como normalmente ocorre no Brasil. Assim, desde o primeiro dia de aula, o estudante já começa a trabalhar com o estudo de casos e entra em contato com os sombrios e temidos repertórios de jurisprudência, os conhecidos “*case-books*”.

Como se percebe, a competência do futuro advogado começa a ser adquirida mesmo antes do ingresso no curso superior. A dedicação aos estudos e o aproveitamento acadêmico darão sólida base teórica e prática ao profissional que precisa ser, antes de tudo, competente, isto é, preparado para exercer a profissão.

A incompetência leva à negligência (“*malpractice*”). Ela ocorre quando o profissional fracassa no desempenho de suas funções por motivo de falta de habilidade técnica, prudência e diligência que um advogado de padrão médio teria nas mesmas circunstâncias. O cliente poderá eximir o advogado de inúmeras responsabilidades menos a referente à incompetência. O código da ABA considera a competência do advogado um direito inalienável do cliente; sua violação sujeita o profissional às sanções cabíveis na legislação sobre responsabilidade civil (“*torts*”).

2. O ADVOGADO COMO CONSELHEIRO

Canon 2. A Lawyer Should Assist the Legal Profession in Fulfilling Its Duty to Make Legal Counsel Available.



O advogado deve exercer a profissão cumprindo o dever de tornar disponível o aconselhamento legal.

O papel do advogado em orientar o cliente depende da função que ele estiver exercendo como consultor, emitindo pareceres, ou como advogado propriamente dito, atuando no Judiciário, buscando nos tribunais a interpretação mais favorável da lei em benefício do cliente. Quando é consultado preliminarmente, deve mostrar, sempre de boa-fé, as possibilidades jurídicas da causa e as consequências possíveis que ela pode tomar nas decisões do Judiciário.

Na função de conselheiro, o advogado não deve se limitar às questões estritamente legais e técnicas, mas considerar também os aspectos econômicos, políticos, sociais e morais. Seu aconselhamento deve sopesar também as posturas éticas e o que é legalmente admissível. A decisão final, entretanto, fica a cargo do cliente, que pode não acatar um aconselhamento não jurídico do seu advogado.

Especial cuidado deve tomar o advogado quando avalia questões para o benefício de um terceiro. Neste caso, ele é um avaliador e não mais conselheiro. Sua responsabilidade profissional aumenta. Além de responder pelos interesses do seu contratado, poderá ser responsabilizado por danos causados à outra parte por negligência.

Mesmo sem representar as partes envolvidas na causa, o advogado pode atuar também como mediador, árbitro e conciliador. Nesse caso, o conflito de interesses é maior e ele deve se manter como um terceiro neutro no litígio. Novamente, as questões éticas e morais podem aflorar com mais intensidade. Para os casos de arbitragem, além das normas da ABA, existem as normas elaboradas em conjunto com a *American Arbitration Association* - AAA, sistematizadas no "*Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes*".

3. EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO

Canon 3. A Lawyer Should Assist in Preventing the Unauthorized Practice of Law.



O advogado deve colaborar na prevenção do exercício ilegal da profissão.

Nos Estados Unidos, como no Brasil, o exercício da advocacia exige o cumprimento de normas legais. Lá é necessária uma licença obtida após os exames de admissão a cargo das comissões estaduais; aqui, só pode exercer a profissão o bacharel aprovado nos exames estaduais promovidos pela OAB. Alguns estados americanos não exigem o curso universitário de direito; no Brasil, ele é obrigatório como pré-requisito.

Assim, a ilegalidade ou não do exercício da profissão por parte de pessoas não graduadas em direito vai depender da legislação de cada estado americano que pode fixar o rol dos atos privativos da função do advogado. A prática ilegal pode ocorrer pelo exercício da profissão em Estado para o qual não foi licenciado ou pelo fato de assistir alguém não licenciado na prática de atos privativos de advogado.

O advogado, que delega atividades para secretárias, contadores, funcionários ou qualquer outro leigo, responde pelos atos praticados por essas pessoas. A delegação não pode isentá-lo da responsabilidade. Os tribunais já decidiram que o advogado não pode delegar responsabilidade profissional a um estudante de direito que trabalhe em seu escritório. O estudante, nesse caso, atua em nome do seu empregador, que deve supervisionar seu trabalho e ser responsável pela sua boa conduta profissional.

O fato de alguém ser graduado em direito não significa que esteja autorizado a exercer a profissão. A licença para o exercício dela só ocorre após a aprovação nos exames de admissão. A questão se complica mais quando se trata de relações entre estados em que várias jurisdições estão envolvidas. A facilidade de contato proporcionada pela rapidez dos meios de comunicação amplia o raio de atuação do profissional e isso pode criar situações de conflito ético. Nesse sentido, a corte da Califórnia já decidiu que um advogado praticava ilegalmente a profissão ao assistir uma amiga num caso de divórcio em Nova York.

Diferente do que ocorre no Brasil, onde o Exame de Ordem é estadual, mas o exercício da profissão é permitido em todo o território nacional; nos Estados Unidos, o advogado de um estado só pode exercer a profissão em



outro se for nele também licenciado após aprovação em novos exames. Os tribunais são mais rigorosos quanto a abertura permanente de escritórios, pois nem sempre é possível caracterizar a prática ilegal somente pelo prisma da territorialidade. Assim, um advogado do Estado A pode redigir o testamento de um cliente seu que reside no Estado B. Trata-se, no caso, de prática temporária e esporádica de um ato jurídico.

4. SIGILO PROFISSIONAL

Canon 4. A Lawyer Should Preserve the Confidences and Secrets of a Client.

O advogado deve preservar as confidências e os segredos do cliente.

As relações de confiança entre o advogado e o cliente e o próprio funcionamento do sistema legal requerem a preservação por parte do advogado das confidências e segredos daquele que contratou os seus serviços profissionais. Ele precisa estar informado de todos os fatos concernentes à causa para obter maiores vantagens do sistema legal. Ao fazer o julgamento prévio da questão que lhe é submetida, o advogado deve separar o que é relevante e importante do que é desnecessário e irrelevante.

Obviamente, a obrigação de proteger confidências e segredos não impede o advogado de revelar informações quando seu cliente dá permissão ou quando é necessário para o bom desempenho de sua atividade profissional. Ele deve estar sempre sensível aos direitos e desejos do seu cliente e agir escrupulosamente ao tomar decisões que possam envolver a revelação de informação obtida nas suas relações profissionais.

Se o cliente não o impedir, o advogado pode fornecer informações restritas dos seus arquivos para órgãos externos quando necessárias para estatísticas, assentamentos, contabilidade, processamento de dados e outros objetivos legais, desde que as entregue sob a condição de que essas informações serão guardadas confidencialmente.



O dever de guarda de sigilo profissional continua mesmo quando cessada a relação contratual com o cliente. Nesse sentido, não lhe é permitido usar informação obtida no curso da representação para prejudicar o cliente que antes havia assistido. Ele deve guardar com segurança os papéis pessoais recebidos dos clientes, para devolvê-los após o término dos seus serviços profissionais.

É desnecessário dizer que o dever de guardar sigilo profissional se aplica também aos empregados do advogado. Nesse caso, ele é responsável pela quebra do sigilo perpetrada por algum seu subordinado.

5. JULGAMENTO PROFISSIONAL INDEPENDENTE

Canon 5. A Lawyer Should Exercise Independent Professional Judgment on Behalf of a Client.

O advogado deve fazer julgamento profissional independente no interesse do cliente.

A atividade profissional do advogado deve ser exercida dentro dos limites da lei, somente para o benefício do cliente, e livre de influências e concessões. Nem os seus interesses pessoais e nem os interesses de outros clientes ou de terceiros podem diminuir sua lealdade para com o cliente.

O dever de lealdade ao cliente requer do advogado, no mais alto grau, padrões de honestidade, integridade e boa-fé. Não lhe é permitido obter vantagens de sua posição e conhecimento superior para se impor ao cliente para enganá-lo ou distorcer fatos ou interpretações de lei.

Para fazer um julgamento independente da causa, o advogado não deve solicitar do cliente algum outro benefício ou presente. Mesmo dado espontaneamente pelo cliente, o presente poderá ser aceito após o advogado sugerir que seu cliente consulte um outro profissional sobre a conveniência da oferta. O advogado deve zelar para que o instrumento que o torne beneficiário de um cliente seja preparado por outro advogado de escolha do cliente.



Não deve o advogado influenciar o cliente para ser seu representante em outros negócios. No caso de o cliente quiser a sua representação, o advogado deve ter muita cautela para evitar a caracterização de aparência de conduta imprópria, conforme será visto no item nove.

O advogado deve impedir que seus interesses particulares influenciem, de alguma maneira, o aconselhamento profissional que será prestado ao cliente. Também deve ele evitar que interesses de terceiros possam turvar o seu julgamento livre e independente da causa. As pressões externas devem ser reveladas ao cliente e se o exercício livre do seu mandato estiver ameaçado, ele deve tomar as medidas necessárias para cessar a representação recebida.

6. REPRESENTAÇÃO COM COMPETÊNCIA

Canon 6. A Lawyer Should Represent a Client Competently.

O advogado deve representar o cliente com competência.

O advogado deve se esforçar para se tornar e permanecer um profissional competente. Ele deve aceitar encargos somente nas áreas que domina ou pelo menos nas que pretende se tornar proficiente. Para atingir a necessária competência, o advogado precisa se manter atualizado com a literatura da sua área e participar sempre de programas de educação continuada, através de cursos, seminários e encontros com profissionais da área de especialização.

Não deve ele aceitar mandatos de representação para os quais não se encontra preparado. No caso de um convite de cliente, ele deve recusar ou solicitar para que seja também nomeado um outro advogado competente para a área em questão.

O desempenho competente reforça o orgulho que o profissional deve sentir no desempenho de suas funções e isso faz diminuir os temores de uma responsabilidade civil ou pena disciplinar. Nesse sentido, o advogado não deve fazer constar nas disposições contratuais com o cliente algum limite de sua responsabilidade por motivo de imperícia ou negligência.



A recusa em assumir compromissos deve ocorrer também quando o advogado estiver muito ocupado para se dedicar ao caso com competência. Por outro lado, o advogado não deve recusar a nomeação de um tribunal simplesmente pelo fato de a causa ser impopular ou porque membros influentes da comunidade a ela se opõem.

No caso da advocacia criminal, o advogado também não deve recusar a causa pelo simples fato de achar que seu cliente é culpado. A recusa, entretanto, pode ocorrer se ele não se achar competente para desempenhar satisfatoriamente a representação oferecida. Nesse caso, seria não ética a aceitação, pois o primeiro princípio do código de ética é o da competência.

7. REPRESENTAÇÃO DENTRO DOS LIMITES DA LEI

Canon 7. A Lawyer Should Represent a Client Zealously Within the Bounds of the Law.

O advogado deve representar o cliente com zelo e dentro dos limites da lei.

Os limites da lei em determinados casos são por vezes difíceis de ser constatados. A linguagem da lei e as decisões judiciais podem ser imprecisas para a aplicação nos casos concretos. Os limites e o significado aparente de uma lei relevante podem se tornar duvidosos pela oscilação das interpretações constitucionais e decisões judiciais a respeito. A certeza da lei pode variar de bem assentadas regras quando aplicadas nos casos que não apresentam qualquer precedente judicial.

Nos casos em que os limites da lei são incertos, a ação do advogado pode depender se ele funcionar como advogado propriamente dito ou como conselheiro. No sistema americano, essas funções são bem distintas e as questões éticas, por isso, podem variar de acordo com o papel a ser desempenhado pelo profissional. Atuando apenas como conselheiro do cliente, o advogado pode atuar mais livremente e emitir sua opinião profissional segundo as possibilidades jurídicas do caso em análise. Entretanto, se for o advogado da causa, sua atuação será mais consistente e deverá orientar



seu cliente a tomar a decisão mais favorável permitida pela lei e nos estritos confinamentos dela. Nesse sentido, ele nunca deve estimular ou ajudar o cliente a praticar infrações penais ou dar orientação sobre como violar a lei ou evitar a punição em decorrência da violação.

O advogado deve se mostrar bastante diligente na coleta das provas que o caso possa requerer. O Código de Ética proíbe o uso de provas obtidas mediante fraude, sejam as documentais ou as obtidas através de falso testemunho ou perjúrio. As testemunhas devem depor livremente e não devem receber qualquer vantagem financeira que a faça agir de outra maneira. O advogado não deve pagar ou concordar em pagar qualquer quantia a uma testemunha pelo desempenho dessa função.

Quando se tratar de depoimentos de especialistas, os pagamentos serão devidos desde que razoáveis para compensação do trabalho realizado. É desnecessário dizer que essa proibição se estende também aos funcionários e subalternos do advogado.

O advogado deve contribuir para a imparcialidade dos julgamentos. Assim, os membros do júri devem ser protegidos contra ações externas que possam influenciá-los no julgamento da causa. O sistema americano permite ao advogado se comunicar com os membros do corpo de jurados. Essa relação, entretanto, deve ser moderada e circunspecta.

Devido à imparcialidade que deve existir na conduta dos servidores públicos da Justiça, não se justifica o advogado dar presentes ou conceder empréstimos a juízes, oficiais de cartórios ou qualquer outro funcionário do fórum ou tribunal. Entretanto, ele está autorizado a fazer doações no caso de arrecadação de fundos de campanha de algum candidato a um posto no Judiciário.

8. APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO

Canon 8. A Lawyer Should Assist in Improving the Legal System.

O advogado deve colaborar para o aperfeiçoamento do sistema legal.



Mudanças nos afazeres humanos e imperfeições nas instituições humanas tornam necessários os constantes esforços em manter e aperfeiçoar o sistema legal. Esse sistema deve funcionar de maneira que impõe o respeito público e desenvolve o uso de remédios legais para obter a reparação de danos. Por força da educação e experiência, os advogados estão especialmente qualificados para reconhecer as deficiências do sistema legal e, por isso, estimular as medidas corretivas necessárias. Assim, ele deve participar propondo (ou apoiando) legislação e programas objetivando o aperfeiçoamento do sistema, sem levar em conta interesses pessoais dos clientes.

As regras da lei são deficientes se elas não são justas, compreensíveis e receptivas às necessidades da sociedade. Se o advogado acha que a existência ou ausência de uma norma legal, substantiva ou processual, acarreta ou contribui para um resultado injusto, deve se empenhar dentro das formalidades legais para obter as mudanças apropriadas na lei. Ele deve estimular a simplificação das leis e a revogação ou mudança de leis obsoletas.

A administração imparcial da justiça exige a disponibilidade de advogados competentes. O público deve ser educado no sentido de reconhecer a existência de problemas jurídicos e a demanda resultante para a prestação de serviços legais. As pessoas que não podem pagar pelos serviços legais devem ser supridas dessa carência.

Sendo o advogado uma parte vital do sistema legal, ele deve ser pessoa de integridade, capacidade profissional e de comprometimento para aperfeiçoar o sistema. Desta maneira, ele deve contribuir para estabelecer, e colocar em prática, padrões de conduta adequada para proteger o público, assegurando que aqueles que praticam a lei são qualificados para tal.

É altamente desejável que o advogado ocupe cargos públicos, pois ele está qualificado para aperfeiçoar o sistema jurídico. Nessa condição, em turno completo ou parcial, ele não deve se engajar em atividades nas quais o seu interesse pessoal ou profissional esteja (ou seja, passível de estar) em conflito com os seus deveres do cargo. Não deve ele usar o cargo público para obter ou tentar obter vantagens especiais em matéria de favores legais para si ou para o cliente. Também não deve usar a posição pública para influenciar, ou tentar influenciar, juiz ou tribunal para agir em seu favor pessoal ou de seu cliente.



A respeito do exercício de cargos públicos por advogados, é preciso ressaltar uma diferença de tratamento dessa questão pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação Americana de Advogados. O estatuto da OAB (Lei nº 8906/94) regulamenta o assunto através dos institutos da incompatibilidade e do impedimento. O primeiro diz respeito à proibição total e o segundo, à proibição parcial do exercício da advocacia. A ABA deixa a matéria no terreno da ética, preferindo apontar as possíveis condutas impróprias no exercício da função pública.

9. A APARÊNCIA DE IMPROPRIEDADE

Canon 9. A Lawyer Should Avoid Even the Appearance of Professional Impropriety.

O advogado deve evitar até a aparência de impropriedade profissional.

O advogado não deve aceitar emprego particular para tratar de matéria sobre a qual atuou previamente como magistrado ou como funcionário público. Nesse sentido, ele não deve declarar ou sugerir que é capaz de influenciar indevidamente qualquer tribunal ou órgão público.

O advogado deve fazer clara escrituração e identificação dos valores recebidos dos clientes, separando os que especificamente lhe pertencem a título de honorários dos de propriedade do cliente. Ele deve dar notícia prontamente ao cliente de todos os valores recebidos e que estejam provisoriamente sob sua guarda.⁴

Como se percebe, o nono e último princípio do modelo de Código de Ética da associação americana representa o corolário de todos os valores éticos que devem ser cultivados pelo advogado. Não basta ele ser um profissional ético. Sua conduta não pode possibilitar o levantamento de suspeição de comportamento não ético. Assim, não basta apenas ser; tem que parecer ético.

⁴ A apropriação indébita de valores do cliente constitui, de longe, o maior volume de casos julgados pelos tribunais de ética da OAB-SP.



Em agosto de 2002, a ABA transformou esses nove “*canons*”, após vários anos de estudos e debates, em oito “*rules*” (regras), que foram editadas com o título de “*Model Rules of Professional Conduct*”. Muitas jurisdições federais e estaduais começaram a adotá-las como normas legais dos seus respectivos sistemas.

Em síntese, o novo modelo de normas de conduta profissional da ABA procura disciplinar o exercício da advocacia americana de acordo com as seguintes situações:

- *Client-Lawyer Relationship* (Relacionamento cliente-advogado);
- *Counselor* (Conselheiro);
- *Advocate* (Defensor);
- *Transactions with Persons Other Than Clients* (Negócios com terceiros);
- *Law Firms and Associations* (Empresa de advogados e associações);
- *Public Service* (Serviço Público);
- *Information About Legal Services* (Publicidade sobre serviços advocatícios);
- *Maintaining the Integrity of the Profession* (Mantendo a integridade da Profissão).

Ao contrário do que ocorre no Brasil, as normas de condutas éticas do advogado americano são “modelos” ou “sugestões”. A legislação federal e as estaduais é que as adotam como preceitos legais e delas se servem para punir o advogado não ético. Embora não obrigatórias pelo fato de serem emanadas de uma associação de classe, essas regras são constantemente referidas nas decisões dos tribunais. Como ficou dito, o exercício da advocacia nos Estados Unidos varia nos 50 estados americanos.

A inscrição na *American Bar Association* (ABA) representa um prestígio ao profissional devido à poderosa influência que a entidade exerce nos mais diferentes setores da comunidade jurídica americana. A respeito da força de pressão da ABA se estende até no extraordinário *lobby* feito por ocasião das indicações para ministro da Suprema Corte e nas respectivas sabatinas a que o indicado é submetido perante a Comissão do Judiciário que aprova ou rejeita o nome proposto pelo presidente da República. Em muitas ocasiões a ação da ABA foi decisiva para a indicação ou rejeição de nomes.



10. A ÉTICA NA CONSTITUIÇÃO

Preceitos éticos são encontráveis em diversos dispositivos da Constituição Federal Brasileira. Os mais importantes estão consagrados nos cinco princípios estabelecidos no art. 37, na redação promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que declara:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.⁵

O princípio da eficiência foi acrescentado pela Emenda 19/98.

Legalidade: para o cidadão corresponde fazer tudo que a lei não proíba; para o agente público, fazer aquilo que a lei autorize. Esse princípio diz que ninguém poderá ser obrigado a agir, fazer ou não fazer, sem que seja em virtude da lei. Ele está expresso na Constituição Federal, art. 5º, II;

Impessoalidade: os atos devem ser praticados segundo o interesse público e não os interesses pessoais, particulares;

Moralidade: o agente público deve observar as práticas éticas;

Publicidade: trata-se da transparência dos atos administrativos, exceto aqueles essenciais à segurança nacional;

Eficiência: deve-se buscar a maior produtividade e redução de custos nos atos da Administração. Esses cinco princípios podem ser lembrados com o processo mnemônico L I M P E. (**L**egalidade, **I**mpessoalidade, **M**oralidade, **P**ublicidade, e **E**ficiência).

Outro princípio, o da dignidade da pessoa humana, está expresso no art. 1º, III, da Constituição:



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

11. A CONSTITUIÇÃO ALEMÃ

Em 23 de maio de 1949, foi promulgada em Bonn a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Seu artigo primeiro consagra e de maneira categórica:

Art. 1º - A dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo o poder público.

12. A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A mais recente constituição portuguesa, editada após os 33 anos da ditadura (1933-1974) de António de Oliveira Salazar, fruto dos ideais da Revolução dos Cravos (24 de abril de 1974), promulgada pela Assembleia Constituinte em 2 de abril de 1978, assegura:

ARTIGO 1.º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

13. CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

A Constituição espanhola de 1978 elege na Seção 10 – 1 o princípio da dignidade da pessoa humana, após a derrubada da ditadura de quase 40 anos do chamado “generalíssimo” Franco.



Seção 10

1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são o fundamento da ordem política e da paz social.

14. A CONSTITUIÇÃO AMERICANA

Vida, liberdade e a busca da felicidade – *Life, Liberty and the pursuit of happiness* – é uma famosa frase da Declaração da Independência dos Estados Unidos, redigida em 1776. Constituem eles três exemplos de direitos inalienáveis de todos os humanos concedidos pelo Criador, e para assegurá-los governos foram criados.

CONCLUSÃO

Decorridos mais de dois milênios, o primeiro tratado sobre o agir humano – *Ética a Nicômano* – escrito por Aristóteles, que intitulou essa obra com o nome do próprio filho, daí seu cunho pedagógico, continua bastante atual, especialmente nos dias que correm. O ideal de felicidade aristotélico mantém-se aceso nas relações humanas. Para o filósofo, o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade. Para prosseguir na busca incessante dessa almejada felicidade, objetivo da existência humana, a observância de normas éticas se impõe no convívio diário entre as pessoas.

Submissão: 14.novembro.23

Aprovação: 06.fevereiro.24



INFORMAÇÃO AO ESOCIAL DECORRENTE DE PROCESSOS TRABALHISTAS

Information to eSocial Arising from Labor Lawsuits

Paulo Cesar Baria de Castilho¹

ÁREA: Direito Tributário do Trabalho

RESUMO: Cada vez mais o Estado procura “terceirizar” ao contribuinte a obrigação de fiscalizar, obrigando-o a fazê-lo por meio das chamadas obrigações acessórias tributárias. É o caso das informações que devem ser prestadas pelos empregadores no âmbito de um processo judicial trabalhista em que houve condenação ao pagamento de verbas de natureza salarial e sobre as quais incidem tributos. O presente estudo tem em vista tratar deste tema sob a perspectiva das obrigações e consequências tributárias daí advindas, inclusive fornecendo critérios que podem sanar dúvidas, como a consulta tributária prevista no CTN.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigação tributária trabalhista. eSocial.

ABSTRACT: Increasingly, the State seeks to “outsource” to taxpayers the obligation to monitor, requiring them to do so through so-called ancillary tax obligations. This is the case with the information that employers must provide in the context of a labor lawsuit in which they have been ordered to pay salary-related amounts that are subject to taxes. This study aims to address this issue from the perspective of the resulting tax obligations and consequences, including providing criteria that can resolve doubts, such as the tax consultation provided for in the National Tax Code (CTN).

KEYWORDS: Labor tax obligation. eSocial.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Leis, decretos regulamentares e demais normas: hierarquia. 3. Obrigação tributária principal e acessória. 4. Do objetivo da informação ao eSocial. 5. Momento da entrega da declaração do eSocial. 6. Carta de

¹ Advogado. Mestre em Direito Tributário e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Pós-doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Endereço eletrônico: paulobaria@fadac.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7468716424831531>.



sentença provisória e definitiva. 7. Da responsabilidade solidária e subsidiária. 8. Da retificação das informações ao eSocial. 9. Penalidades aplicáveis. 10. Do processo de consulta. 11. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Todos os reclamados (pessoa física ou jurídica), inclusive de natureza jurídica de Administração Pública, condenados ao pagamento (obrigação de dar — dinheiro) ou alteração de informações do vínculo empregatício (obrigação de fazer — anotação de período maior do contrato de trabalho, por exemplo), em ações de reclamação trabalhista, estão obrigados a entregar, até o dia quinze do mês subsequente ao trânsito em julgado da decisão, as informações cadastrais e contratuais relativas ao vínculo, a base de cálculo para o recolhimento da contribuição previdenciária do Regime Geral da Previdência Social — RGPS, do Imposto de Renda Retido na Fonte e incidente sobre a folha de salários (Código 0561 — Descontos Decorrentes do Trabalho Assalariado), bem como do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS, administrado pela Caixa Econômica Federal — CEF.

A obrigação vale também para os Acordos celebrados perante as Comissões de Conciliação Prévia — CCP e para os Núcleos Intersindicais — NINTER.

A informação é prestada para a Secretaria da Receita Federal — SRF, órgão encarregado da fiscalização e arrecadação dos tributos federais, por meio da ferramenta digital conhecida como eSocial, criada por meio do Decreto n.º 8.373, de 11 de dezembro de 2014.

Trata-se de nítida obrigação acessória tributária (dever formal ou instrumental), visando o ente arrecadador fiscalizar e acompanhar o recolhimento de tributos (contribuição previdenciária e Imposto de Renda Retido na Fonte) e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS devidos.

Essa técnica de administração tributária está baseada no “auto lançamento” (art. 150 do CTN) que, como o próprio nome diz, é levado a efeito pelo próprio contribuinte, o qual fornece todos os dados à administração pública, para ser fiscalizado e cobrado, cabendo a essa apenas a homologação dos valores apontados pelo contribuinte.



A regulamentação dessa exigência está contida no Manual de Orientação do eSocial, incorporada pela Versão Beta de orientações sobre os eventos relativos a processo trabalhista, chamada de S-2500 e seguintes, datadas de 2 de agosto de 2022.

2. LEIS, DECRETOS REGULAMENTARES E DEMAIS NORMAS: HIERARQUIA

Como é cediço, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; este é o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988. Em matéria tributária, tal princípio é didaticamente repetido no art. 150, inciso I, da CF/88, sendo conhecido como princípio da estrita legalidade, cujas exigências são ainda mais rigorosas do que aquelas trazidas pelo princípio geral, a ponto de sua tipicidade ser chamada de cerrada ou fechada², dada a seriedade do tema: mexer no bolso do contribuinte.

Assim, a exigência de um tributo deve estar precisamente delineada na lei, fruto de um rito próprio, junto ao Poder Legislativo, que explicita, da forma mais clara possível, todos os aspectos da hipótese de incidência.³

O dever de contribuir com a Previdência Social está previsto no art. 20 e seguintes da Lei n.º 8.212/91 — Lei de Custeio. Quanto ao Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente em cumprimento de decisão judicial trabalhista, a obrigação está prevista no art. 46, da Lei 8.541/91, e apurado mês a mês, conforme previsto no art. 12-A, da Lei 7.713/88 e no art. 26, da Instrução Normativa — IN da SRF n.º 1500/2014. Já, no que diz respeito à obrigação de recolher o FGTS, a autorização legal está prevista no art. 15, da Lei 8.036/90.

Vale salientar que para cada uma das exigências acima citadas, há sempre uma lei anterior e autorizadora da cobrança. Isso não poderia ser feito por Decreto, Portarias e, muito menos, pelo Manual do eSocial, que apenas disciplina a forma de prestar as informações de interesse do fisco. É a Cons-

² DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 287.

³ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 69 e ss.



tituição da República de 1988 que, em seu art. 59 — Do Processo Legislativo — garante e estabelece a hierarquia entre essas normas.

Assim, cabe ao Poder Executivo expedir normas que darão efetividade concreta ao recebimento do tributo, o chamado *modus operandi* (art. 84, inciso IV, da CF/88). Nesse contexto, são expedidos Decretos, Resoluções, Portarias, Instruções Normativas, Ordens de Serviço, Manuais e um arsenal de outras medidas no âmbito administrativo, visando o que mais interessa ao fisco: abastecer os cofres públicos.

Evidente que há uma hierarquia entre a Lei e o Decreto e, com muito mais razão, entre as chamadas Resoluções, que estão na base da pirâmide legislativa, ou seja, é a norma com menor densidade obrigacional (art. 59, inciso VII, da CF/88). Tais normas não podem usurpar competência reservada à lei e criar uma obrigação nova que não estava prevista naquela norma emitida pelo Poder Legislativo. Essa é a parte prática da aplicação da Teoria da Separação dos Poderes: um ente político cria o tributo (Poder Legislativo) e o outro, arrecada (Poder Executivo).

Portanto, como advertência inicial, é de se ressaltar que não pode norma inferior (Decreto, Portaria ou Manual de Orientação do eSocial) criar obrigação não prevista em lei, assim, essa deve apenas externar e explicitar, de forma prática, clara e possível, como a lei deve ser cumprida.

3. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL E ACESSÓRIA

Prescreve o art. 113 do CTN que a obrigação tributária é principal ou acessória, desse modo, a principal surge com o nascimento tributo e, a acessória, decorre da legislação tributária, tendo por objetivo as obrigações nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (§ 1º e 2º, do citado artigo).

O conceito de obrigação acessória, em matéria tributária, não é o mesmo daquele do Código Civil, que prevê que *o acessório segue sempre o principal* (art. 92 do CC). Isso porque, em matéria tributária, são obrigações distintas e independentes. Pode haver a obrigação principal (pagar o tributo) sem a necessidade de informá-lo ao fisco. É o caso do empregado que teve retenção de imposto de renda em um único mês específico



do ano civil, mas, somando-se toda sua remuneração no ano, o valor não atingiu o montante de R\$ 30.639,90 (sendo o limite de isenção anual para o ano base de 2023). Nesse caso, o contribuinte está dispensado de entregar a Declaração de Imposto de Renda (obrigação acessória), embora tenha que pagar o tributo (obrigação principal) naquele mês.

O inverso também é verdadeiro. Um contribuinte que possui patrimônio superior a R\$ 800.000,00 no ano base de 2023, está obrigado a entregar a Declaração do Imposto de Renda (obrigação acessória), mesmo que não seja devido nenhum imposto (obrigação principal) durante aquele ano, como seria o caso de um proprietário de um sítio no valor de R\$ 900.000,00, onde nada foi produzido naquele ano, restando-lhe viver apenas de sua aposentadoria de um salário-mínimo. Nesse caso, ele tem que entregar sua Declaração de Imposto de Renda, embora não tenha que pagar nenhum imposto.

É por isso que nossa doutrina mais balizada, com razão, prefere tratar a obrigação acessória *como dever instrumental ou formal*⁴, exatamente para não confundir com o conceito oriundo do Direito Civil.

A natureza jurídica da entrega do eSocial, decorrente das ações trabalhistas, trata-se de típica obrigação acessória (obrigação de fazer), a qual o contribuinte está sujeito em razão das normas regulamentares previstas no seu Manual de Orientação, decorrente que é da Lei que instituiu o tributo objeto de arrecadação e seu decreto regulamentar (Decreto n.º 8.373, de 11 de dezembro de 2014).

Feitas essas considerações iniciais, passa-se, agora, a saber como as informações devem ser transmitidas ao fisco, via eSocial.

4. DO OBJETIVO DA INFORMAÇÃO AO ESOCIAL

A obrigação de entregar o eSocial decorrente das ações trabalhistas foi objeto de regulamentação contida no Manual de Orientação do eSocial, es-

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 286.



pecialmente por meio daquelas introduzidas pela Versão Beta e objeto do S-2500, S-2501, S-3500 e S-5501, publicadas em 2 de agosto de 2022.⁵

Por meio dessa ferramenta eletrônica, o empregador deve informar os dados básicos do contrato de trabalho reconhecidos ou alterados pela Justiça do Trabalho, como, por exemplo, um período maior do contrato de trabalho do que aquele constante do registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS — (obrigação de fazer), ou ainda, a condenação da empresa ao pagamento de verbas trabalhistas de natureza salarial, como horas extras, por exemplo (obrigação de dar — dinheiro).

O objetivo é que o fisco tenha a informação, prestada pelo próprio contribuinte (auto lançamento — art. 150 do CTN), para exigir dele, posteriormente no tempo e no modo adequados, o recolhimento da contribuição previdenciária devida, o IRRF (se for o caso) e o pagamento do FGTS, incidentes sobre os valores objeto da condenação trabalhista.

5. MOMENTO DE ENTREGA DA DECLARAÇÃO AO ESOCIAL

O Manual do eSocial, sem se utilizar do rigor jurídico necessário, prevê que o empregador na ação de reclamação trabalhista deve prestar as informações previstas no formulário do eSocial até o dia quinze do mês subsequente ao *trânsito em julgado* da decisão proferida no processo trabalhista ou no acordo celebrado perante a CCP, ou ao NINTER.

Como é cediço, o trânsito em julgado ocorre quando não há mais possibilidade de recursos quanto à decisão de mérito da ação (art. 502 CPC). Contudo, o processo ainda não acabou. Apenas se encerra o processo de conhecimento e, ato contínuo, na Justiça do Trabalho, por necessária provocação do credor (art. 880 da CLT), inicia-se a fase de liquidação de sentença, com a apuração de itens e valores que serão objeto de futura execução do devedor (art. 879, § 2º, da CLT).

A própria lei estabelece que a liquidação de sentença abrangerá, também, o cálculo das contribuições previdenciárias devidas (art. 879, § 1º-A). Logo, a obrigação de entregar o eSocial não pode ser com o mero trânsito

⁵ Manual do eSocial: Disponível em: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/documentacao-tecnica/manuais/mos-beta-eventos-reclamatoria-trabalhista.pdf/>. Acesso em 3.mar.2024.



em julgado da sentença, como previsto no Manual, isso porque não há ainda elementos necessários nos autos. É preciso que, pelo menos, sejam elaborados cálculos de liquidação (pela secretaria do juízo, pelas partes ou, quando complexos, por perito do juízo — art. 879, § 6º, da CLT) e que esses sejam homologados por sentença judicial proferida, muitas vezes, mais de seis meses após o trânsito em julgado da sentença.

Vale ressaltar, ainda, que a homologação da liquidação de sentença desafia os Embargos à Execução por parte do empregador-devedor e a impugnação à Conta de Liquidação de Sentença por parte do empregado-credor (art. 884, *caput*, da CLT). A decisão desses incidentes por sentença do juízo da execução, por sua vez, desafia a interposição de Agravo de Petição junto ao Tribunal Regional do Trabalho imediatamente superior (art. 897, letra “a”, da CLT). Somente após essa decisão hierarquicamente superior e, não havendo recursos (mesmo porque, em tese, não caberiam — art. 896, § 2º, da CLT —, à exceção do § 10 do mesmo artigo), é que haverá o trânsito em julgado da sentença que homologou os cálculos de liquidação.

Assim, a partir deste momento processual da execução, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença de homologação dos cálculos de liquidação que, conhecendo-se os itens e valores objeto da condenação, é que o empregador terá as condições materiais necessárias para prestar as informações exigidas pelo eSocial. Antes, isso não é possível e, como já dizia o Código Justiniano da Idade Média, *não se pode exigir obrigação impossível de ser cumprida*.

Portanto, um mero Manual do eSocial, norma regulamentar inferior, não pode se sobrepôr à lei trabalhista acima citada e exigir que o reclamado informe dados que ainda não existem nos autos, como o valor devido a título de horas extras e outras verbas de natureza salarial, por exemplo, antes da decisão judicial final.

Como decorrência lógica de todo o exposto neste tópico, o prazo de entrega das informações ao eSocial, decorrente das reclamações trabalhistas, só pode ser realizada até o dia quinze do mês subsequente ao trânsito em julgado da homologação judicial da conta de liquidação de sentença (e não após o “trânsito em julgado” da decisão do processo de conhecimento, como sugere o Manual do eSocial).



Como arremate, é de se dizer que, em que pese o princípio da irretroatividade da norma tributária (art. 150, inciso III, letra “a”, da CF/88), certo é que as reclamações trabalhistas em andamento e que já tenham o trânsito em julgado da sentença de homologação da conta liquidação, mas que ainda não foram pagas (crédito trabalhista e/ou previdenciário, de Imposto de Renda e de FGTS), devem ser informadas ao eSocial, uma vez que o objetivo da informação é fiscalizar e controlar seu futuro recolhimento, passando a norma regulatória a ser aplicada aos processos em curso, em aplicação por analogia ao art. 1.046 do CPC.

Portanto, a norma regulamentar não retroage para atingir aqueles processos cujos créditos trabalhistas e/ou previdenciários já foram pagos, uma vez que houve a extinção do crédito tributário (art. 156, inciso I, do CTN), entretanto, tal norma atinge aqueles que continuam pendentes de pagamento.

6. CARTA DE SENTENÇA PROVISÓRIA E DEFINITIVA

Evidentemente, se o credor se antecipa e inicia o processo de execução por meio de extração de carta de sentença provisória, ainda que essa seja homologada por sentença, mesmo assim não nascerá a obrigação de informar ao eSocial enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença, pois ainda haverá a possibilidade de alteração do julgado e dos valores apurados por decisão dos Tribunais superiores.

Por outro lado, caso a carta de sentença provisória contenha uma parte dos valores considerados incontroversos, aquela parte da execução se torna definitiva e, portanto, devem ser prestadas as informações quanto aos itens e valores que serão objeto daquela parte que se está executando.

Imagine-se o caso de uma condenação de R\$ 100.000,00 e que o reclamado interpôs um Recurso de Revista em relação a apenas uma das verbas, cujo montante é de R\$ 10.000,00. Se não houve recurso quanto ao restante de R\$ 90.000,00, a decisão judicial já transitou em julgado quanto a esse montante, que pode ser executado definitivamente.

Nesse caso, também como decorrência lógica, com a homologação da conta de liquidação por meio de sentença judicial, surge o dever do empre-



gador de prestar as informações ao eSocial quanto à parte que se refere à execução definitiva, no tempo e no modo aqui tratados.

7. DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA

A responsabilidade solidária decorre sempre da lei ou do contrato (vontade das partes); jamais pode ser presumida (art. 265 do Código Civil). No caso dos créditos trabalhistas, a mais comum é aquela decorrente de empresas que pertencem ao mesmo Grupo Econômico, conforme previsto no art. 2º, § 2º, da CLT. Vale observar que a empresa que irá responder solidariamente pelo crédito trabalhista deve constar da petição inicial (fase de conhecimento), uma vez que não se admite a inclusão de outros devedores na fase de execução.

Portanto, quando a decisão judicial transitada em julgado reconhece a responsabilidade solidária de outra(s) empresa(s), ela(s) também está(ão) obrigada(s) a prestar(em) as informações exigidas pelo eSocial, como devedora principal, no tempo e no modo aqui tratados.

Analisado sob a perspectiva jurídica, na condição de devedoras principais, haverá duas empresas (ou mais), com números de Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas — CNPJ distintos, informando, ao mesmo tempo, a existência do crédito tributário. É evidente que, quando for efetuado o seu pagamento por uma das devedoras, as demais se aproveitam disso, baixando-se a respectiva cobrança de todas as empresas que respondem solidariamente pelo débito, fato que deverá ser comunicado ao órgão gestor por meio de uma informação retificadora, denominada “Exclusão de Eventos — Processo Trabalhista”, previsto no item S-3500 do Manual do eSocial.

Já, a responsabilidade subsidiária, como se sabe, está regulamentada na Justiça do Trabalho pela Súmula 331, do C. TST e é o inciso IV que trata do tema ora em análise:

IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (g.).



Observe-se que somente com o inadimplemento do devedor principal é que surge a obrigação de pagar do devedor subsidiário. E, consequentemente, assim como o devedor solidário, ele deve constar do polo passivo da ação desde o início do processo de conhecimento, bem como do título executivo judicial.

Vale lembrar ainda que, antes de intimar o responsável subsidiário para pagamento da execução, deve-se desconsiderar a personalidade jurídica do devedor principal e esgotar-se a possibilidade de receber o crédito de seus sócios. Feito isto, deve ser dada a oportunidade para a responsável subsidiária exercer seu direito de benefício de ordem (art. 795 do CPC c.c. o art. 827 do CC, por analogia), indicando, se for o caso, bens da devedora principal ou de seus sócios para pagamento da dívida, antes de ser executada por dívida de terceiros.

Somente após esgotadas todas essas ferramentas processuais é que a execução deve ser direcionada àquela empresa que figurou como responsável subsidiária, sob pena de ofensa ao princípio do direito de ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, inciso LV, da CF/88). Nesse momento, com a intimação da decisão judicial que lhe redireciona a execução, é que a empresa deverá prestar as informações ao eSocial, na condição de responsável subsidiária.

8. DA RETIFICAÇÃO DAS INFORMAÇÕES AO ESOCIAL

A possibilidade de alterar, retificar e ratificar as informações prestadas ao fisco deve ser feita a qualquer tempo após a entrega da informação ao eSocial. Especialmente nos casos de mero erro do contribuinte e, caso seja dele a iniciativa pela alteração dos dados (e não decorrente de fiscalização), o empregador não deve ser punido com multas e eventuais outras sanções, uma vez que decorre do princípio da boa-fé objetiva que permeia toda nossa Constituição da República e estabelece que as relações interpessoais e processuais assim devem ser pautadas (art. 5º do CPC).

Como já dito, havendo necessidade, é possível retificar as informações prestadas por meio de uma declaração retificadora, denominada “Exclusão



de Eventos — Processo Trabalhista”, previsto no item S-3500 do Manual do eSocial, sem qualquer multa punitiva.⁶

9. PENALIDADES APLICÁVEIS

A falta de entrega de informações ao eSocial, após o prazo legal, gera multa punitiva, cujos valores estão previstos no art. 32-A, da Lei 8.212/91 — Lei de Custeio da Previdência Social, sendo a multa mínima de R\$ 200,00 quando se tratar de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária ou de R\$ 500,00 nos demais casos (art. 32-A, § 3º, incisos I e II da referida Lei). Tal valor, por ser mínimo, pode aumentar em razão da quantidade de informações incorretas ou omitidas, conforme previsto no inciso I, do referido artigo e majorado de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, limitado a vinte por cento, conforme previsto no inciso II do art. 32-A da Lei 8.212/91.

A retificação de eventuais informações, a rigor, não está sujeita ao pagamento de multas, especialmente se efetuadas espontaneamente pelo empregador contribuinte, vale dizer, sem o início de qualquer procedimento fiscalizatório por parte do ente tributante (art. 147, § 1º, do CTN).

10. DO PROCESSO DE CONSULTA

Um procedimento ainda pouco usado pelos contribuintes é o de consulta tributária que, na esfera dos tributos devidos à União, é regulamentada pela Lei n.º 9.430/96, Decreto n.º 70.235/72 e Instrução Normativa da RFB n.º 2.058/2021.

Havendo dúvidas razoáveis na interpretação da lei e para evitar complicações posteriores (retificação de declaração, multas punitivas), o contribuinte tanto pode como deve utilizar-se desse instituto jurídico tributário. Salienta-se que sua principal vantagem é que, desde o protocolo da consulta junto ao órgão gestor do sistema, a empresa não poderá ser fiscalizada so-

⁶ Em que pese o possível pleonasma, o termo “multa punitiva” utilizado neste texto é para diferenciar de multa moratória. Embora ambas sejam punitivas, a conotação é diferente.



bre o assunto e, com a resposta dada pela administração pública, demore o quanto for, o contribuinte terá o prazo de até trinta dias para regularizar sua situação perante o fisco, seja entregando informações retificadoras, seja recolhendo eventual tributo que não havia sido recolhido, apenas com atualização monetária e sem aplicação de juros, multa de mora e sem qualquer tipo de multa punitiva, como prescreve no art. 48, § 2º, da citada Lei Federal n.º 9.430/96, art. 48, do Decreto 70.235/72 e art. 18, da IN da RFB n.º 2.058/2.021.

Portanto, a consulta tributária acima referida é uma boa opção para o empregador utilizar-se atualmente na qual as informações ao eSocial continuam em processo de aprimoramento, evitando-se, assim, dissabores com eventuais multas.

11. CONCLUSÃO

Em breve síntese do que foi exposto neste estudo, destaca-se que:

1. A entrega de informações por meio do eSocial, decorrente de processos trabalhistas, possui natureza jurídica de uma obrigação acessória tributária (dever formal ou instrumental), para o ente arrecadador fiscalizar e acompanhar o recolhimento das contribuições previdenciárias, o imposto de renda retido na fonte e o FGTS objetos da condenação judicial;
2. A técnica de administração tributária descrita no item “a” acima é denominada auto lançamento e está prevista no art. 150 do CTN;
3. O prazo de entrega do eSocial é até o dia quinze do mês subsequente ao trânsito em julgado da homologação judicial da conta de liquidação, que ocorre durante o processo de execução do julgado (e não do “trânsito em julgado” da fase de conhecimento), por ser apenas nesse momento processual que serão conhecidos os itens e os valores objeto de informações decorrentes de reclamações trabalhistas;



4. Mesmo por meio de Carta de Sentença Provisória, o valor incontroverso e objeto de execução definitiva (abarcada, portanto, pela força do trânsito em julgado), deverá ser objeto de informação ao eSocial;
5. As empresas que respondem solidariamente pelo crédito trabalhista devem prestar as mesmas informações ao eSocial. O pagamento do crédito tributário e de FGTS decorrentes do processo trabalhista feito por qualquer uma delas aproveita-se a todas quanto à extinção do crédito tributário (art. 156, inciso I, do CTN);
6. As empresas que respondem subsidiariamente pelo crédito trabalhista devem prestar as informações ao eSocial somente quando intimadas pelo juízo da execução para fazer o pagamento e após esgotados todos os meios lícitos para receber da devedora principal e/ou de seus sócios, inclusive após a oportunidade de se recorrer ao benefício de ordem (art. 795 do CPC c.c. o art. 827, do C.C.);
7. A retificação das informações prestadas ao eSocial por erro e/ou por denúncia espontânea do contribuinte não está sujeita ao pagamento de multa punitiva;
8. O atraso ou a falta de entrega das informações ao eSocial no tempo e no modo adequados geram multas punitivas fixadas conforme o art. 32-A da Lei 8.212/91.
9. A consulta tributária é um procedimento eficiente para o contribuinte esclarecer dúvidas e evitar o pagamento de multas punitivas nessa fase de implantação das informações ao eSocial decorrente das reclamações trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.



CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

Manual do eSocial: Disponível em: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/documentacao-tecnica/manuais/mos-beta-eventos-reclamatoria-trabalhista.pdf/>. Acesso em 3.mar.2023.

Submissão: 03.março.2024

Aprovação: 15.março.2024



CONHECIMENTO CIENTÍFICO: UMA BREVE REFLEXÃO

Reflections on Scientific Knowledge: A concise overview

João Paulo Vani ¹

RESUMO: Este artigo apresenta uma abordagem sobre o conhecimento científico, enfatizando sua relevância e os procedimentos empregados para sua aquisição. Inicialmente, destaca-se a importância do conhecimento científico para o progresso da sociedade contemporânea, proporcionando uma compreensão abrangente e substancial da realidade. Ele é caracterizado como um tipo de conhecimento especializado, fundamentado em evidências empíricas e experimentação criteriosa, visando fornecer explicações detalhadas e embasadas sobre fenômenos naturais e sociais complexos. Além disso, enfatiza-se sua contribuição para a construção de saberes essenciais à evolução social e ao bem-estar coletivo. São destacadas também as características distintivas do conhecimento científico, como objetividade, verificabilidade, generalidade e sistematicidade, que o distinguem de outras formas de conhecimento. Quanto aos métodos de obtenção do conhecimento científico, são abordadas as etapas do método científico, incluindo observação, formulação de hipóteses, experimentação e análise de resultados. Além disso, são exploradas as diferentes classificações das pesquisas, tais como exploratórias, descritivas e explicativas, assim como os tipos de pesquisa, como bibliográfica, experimental e descritiva. Também são discutidas as limitações do conhecimento científico, como a presença de incertezas, a dependência de tecnologia e a influência de vieses, ressaltando a importância de reconhecê-las para uma compreensão mais ampla e crítica do conhecimento científico.

¹ Prof. Dr. João Paulo Vani. Pesquisador. Editor Acadêmico. Jornalista. Pesquisador associado do Laboratório de Estudos sobre Etnicidade, Racismo e Discriminação (LEER-USP). Mestre e Doutor em Teoria Literária (UNESP), com doutorado-sanduíche na University of Louisville (Estados Unidos). Pós-doutor em Linguística Aplicada com foco na Formação de Professores pela Universidade do Minho (Portugal). Pós-doutorando em História pela FFLCH (USP) e em Linguística Aplicada com foco na Formação de Professores pela FCL (Unesp). Especialista em Administração — MBA (UNIRP). Presidente da Academia Brasileira de Escritores — ABRESC. Coordenador Nacional do Programa Brazilian Studies da University of Louisville (Estados Unidos). E-mail: contato@jpvani.com.br ORCID: orcid.org/0000-0002-3526-9603



PALAVRAS -CHAVE: Conhecimento Científico. Evidências Empíricas. Método Científico. Classificação de Pesquisas. Limitações do Conhecimento.

ABSTRACT: This article presents an approach to scientific knowledge, emphasizing its relevance and the procedures employed for its acquisition. Initially, the significance of scientific knowledge for the progress of contemporary society is highlighted, providing a comprehensive and substantial understanding of reality. It is characterized as a specialized form of knowledge, grounded in empirical evidence and rigorous experimentation, aiming to provide detailed and well-founded explanations of complex natural and social phenomena. Furthermore, its contribution to the construction of essential knowledge for social evolution and collective well-being is emphasized. The distinctive characteristics of scientific knowledge are also outlined, including objectivity, verifiability, generality, and systematicity, which distinguish it from other forms of knowledge. Regarding methods for obtaining scientific knowledge, the stages of the scientific method are addressed, including observation, hypothesis formulation, experimentation, and result analysis. Additionally, various classifications of research are explored, such as exploratory, descriptive, and explanatory, as well as types of research, including bibliographic, experimental, and descriptive. Furthermore, the limitations of scientific knowledge are discussed, such as the presence of uncertainties, dependence on technology, and the influence of biases, emphasizing the importance of acknowledging them for a broader and more critical understanding of scientific knowledge.

KEYWORDS: Scientific Knowledge. Empirical Evidence. Scientific Method. Research Classification. Knowledge Limitations.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1. Definição de conhecimento científico. 1.2. Importância do conhecimento científico. 1.3. Métodos de obtenção do conhecimento científico. 1.4. Os tipos de conhecimento: filosófico, religioso, popular e científico. 2. Características do conhecimento científico. 2.1. Objetividade. 2.2. Verificabilidade. 2.3. Generalidade. 2.4. Sistematicidade. 2.5. O trabalho científico enquanto ferramenta avaliativa. 3. Etapas do método científico. 3.1. Observação. 3.2. Formulação de hipóteses. 3.3. Experimentação. 3.4. Análise de resultados. 4. Limitações do conhecimento científico. 4.1. Incerteza. 4.2. Dependência de tecnologia. 4.3. Influência de vieses. 5. Tipos de pesquisa. 5.1. Como classificar pesquisas. 5.1.1. Pesquisas exploratórias. 5.1.2. Pesquisas descritivas. 5.1.3. Pesquisas explicativas. 5.1.4. Pesquisa bibliográfica. 5.1.5. Pesquisa experimental. 5.1.6. Pesquisa descritiva não-experimental. 5.1.7. Pesquisa exploratória. 5.1.8. Pesquisas quantitativas. 5.1.9. Pesquisas qualitativas. 6. Aplicações do conhecimento científico. 6.1. Avanços tecnológicos. 6.2. Desenvolvimento de medicamentos. 6.3. Solução de problemas complexos. 7. Ética na pesquisa científica. 7.1. Consentimento informado. 7.2. Uso de animais em experimentos. 7.3. Manipulação genética. 8. Conclusão. Referências.



1. INTRODUÇÃO

O conhecimento científico é um campo fundamental e de extrema relevância no avanço contínuo da nossa sociedade moderna. Sua principal finalidade é aprofundar nossa compreensão sobre o mundo que nos cerca, abrangendo uma vastidão de áreas e disciplinas. Por meio de uma abordagem rigorosa e precisa, baseada em métodos e técnicas específicas, a pesquisa científica se dedica a adquirir informações confiáveis e verificáveis, sustentadas por evidências sólidas e resultados comprovados cientificamente. Com isso, podemos obter uma visão mais ampla e aprofundada da realidade, ampliando nosso conhecimento e permitindo-nos tomar decisões informadas em relação aos desafios e questões que enfrentamos.

Neste trabalho será explorado, de forma minuciosa e detalhada, a definição e importância do conhecimento científico, bem como os métodos utilizados para sua obtenção. Serão abordados aspectos cruciais e fundamentais, desde os princípios básicos e fundamentos até as etapas e processos envolvidos na pesquisa científica. Além disso, serão apresentados exemplos concretos de como o conhecimento científico tem impulsionado avanços significativos em diversas áreas, como medicina, tecnologia, meio ambiente, entre outras.

Ao compreendermos plenamente o valor inestimável do conhecimento científico, nos tornamos conscientes de sua influência em praticamente todos os aspectos de nossas vidas. Desde aprimorar tratamentos médicos e desenvolver novas terapias até projetar soluções inovadoras para os problemas enfrentados pela humanidade, o conhecimento científico é uma ferramenta poderosa para promover o progresso e a evolução de nosso mundo.

Portanto, objetivamos fornecer uma visão abrangente e profunda sobre o conhecimento científico, destacando sua importância central em nosso dia a dia e mostrando como ele molda e transforma nossa sociedade. Ao explorar os métodos e técnicas empregados na pesquisa científica, esperamos que os leitores adquiram uma compreensão sólida e embasada, tornando-se capazes de valorizar adequadamente a busca pelo conhecimento científico e seu impacto positivo em nossa existência.



1.1. DEFINIÇÃO DE CONHECIMENTO CIENTÍFICO

O conhecimento científico pode ser definido como um tipo de conhecimento específico e especializado, baseado em um amplo conjunto de evidências empíricas provenientes de experimentos rigorosos e observações detalhadas. Esse tipo de conhecimento é distinto de outras formas de conhecimento devido à sua natureza sistemática, objetiva e verificável, o que significa que suas conclusões podem ser testadas e comprovadas consistentemente. É um conhecimento que visa oferecer explicações detalhadas e fundamentadas sobre fenômenos naturais e sociais complexos, utilizando uma variedade de abordagens e teorias científicas bem estabelecidas e reconhecidas. Sua definição e caracterização são de extrema importância para compreender plenamente sua relevância e ampla aplicação em diversas áreas do conhecimento, incluindo ciências naturais, ciências sociais, medicina, engenharia e muitas outras. Através do conhecimento científico, podemos compreender o mundo ao nosso redor de maneira precisa e confiável, promovendo avanços significativos no desenvolvimento tecnológico, na melhoria de políticas públicas, na compreensão e resolução de problemas complexos e no progresso geral da sociedade.

O conhecimento científico desempenha um papel fundamental na história. Desde os primórdios, o ser humano tem buscado entender e decifrar os segredos do universo, da natureza e da sociedade em que está inserido. Ao longo dos séculos, cientistas de diferentes áreas do conhecimento têm se dedicado a investigar e explorar os mistérios que nos rodeiam, utilizando métodos e técnicas rigorosas para obter respostas precisas e confiáveis.

No entanto, o conhecimento científico não é nada estático ou imutável. Pelo contrário, está em constante evolução e expansão. À medida que novas descobertas são realizadas e novas tecnologias são desenvolvidas, nosso entendimento do mundo se aprofunda e se amplia. Novas teorias são propostas, antigas teorias são revisadas e aperfeiçoadas, e novas áreas de pesquisa surgem.

Hoje em dia, o conhecimento científico abrange uma imensa variedade de disciplinas, desde a física quântica à biologia molecular, passando pela psicologia, sociologia, economia e muitas outras. Cada uma dessas disciplinas contribui de maneira única para a nossa compreensão do mundo, for-



necendo perspectivas valiosas e soluções inovadoras para os desafios que enfrentamos.

Além disso, o conhecimento científico não se restringe apenas ao âmbito acadêmico. Ele desempenha um papel fundamental em nossa vida cotidiana, influenciando nossas decisões e contribuindo para o avanço da sociedade na totalidade. Por exemplo, na área da medicina, o conhecimento científico é essencial para o desenvolvimento de novos tratamentos e terapias, ajudando a salvar vidas e melhorar a qualidade de vida das pessoas. Na área da tecnologia, o conhecimento científico é a base para o avanço de novas tecnologias, como inteligência artificial, robótica e energias renováveis.

Em resumo, o conhecimento científico é um dos pilares do progresso e da civilização humana. Sua busca incessante pela verdade e pela compreensão do mundo ao nosso redor nos permite avançar, superar desafios e alcançar novos patamares de desenvolvimento. É por meio do conhecimento científico que podemos explorar os limites do conhecimento humano, expandir nossos horizontes e criar um futuro melhor para todos. (Sampaio, 2022; Figueiredo; Oliveira, 2020)

1.2. IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

O conhecimento científico desempenha um papel de extrema importância para a sociedade em diversos aspectos. Sua relevância reside no fato de proporcionar uma perspectiva mais profunda e esclarecedora do mundo ao nosso redor, permitindo uma compreensão mais aprofundada dos fenômenos naturais e sociais que ocorrem em nosso ambiente.

Ao nos aprofundarmos no conhecimento científico, conseguimos analisar e interpretar de maneira objetiva e fundamentada os eventos e processos que ocorrem no universo. Isso nos leva a encontrar soluções para problemas complexos que antes pareciam insolúveis. Além disso, o conhecimento científico nos possibilita desenvolver tecnologias inovadoras e o avanço em diferentes áreas científicas, impulsionando o progresso da sociedade na totalidade.

A busca pela verdade é um pilar fundamental do conhecimento científico. Por meio de métodos rigorosos de pesquisa e experimentação, cientistas dedicados procuram descobrir a verdade por trás dos fenômenos que observa-



mos diariamente. Essa busca incessante pela verdade não apenas nos permite expandir nossa compreensão do mundo, mas também nos ajuda a desvendar mistérios e superar desafios complexos. (Breviário, 2021; Moreira, 2022)

Além disso, o conhecimento científico desempenha um papel crucial na construção de saberes que são essenciais para a evolução social e a promoção do bem-estar coletivo. Ao entender a ciência, podemos tomar decisões informadas e embasadas, promovendo assim a melhoria da qualidade de vida de todos os membros da sociedade. A disseminação do conhecimento científico é fundamental para garantir que todas as pessoas tenham acesso igualitário a informações importantes que podem beneficiar suas vidas.

Em resumo, o conhecimento científico é uma poderosa ferramenta que nos permite compreender melhor o mundo em que vivemos. Sua importância reside na capacidade de propor respostas embasadas, solucionar problemas complexos e impulsionar o progresso em todas as áreas da sociedade. Ao buscar a verdade e promover a disseminação do conhecimento científico, estamos contribuindo para a evolução social e o bem-estar coletivo.

1.3. MÉTODOS DE OBTENÇÃO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

A obtenção do conhecimento científico envolve a utilização de métodos e técnicas específicas. Entre os principais métodos utilizados, estão a observação, a formulação de hipóteses, a experimentação e a análise de resultados. A observação permite a coleta de dados e informações acerca dos fenômenos estudados. A formulação de hipóteses auxilia na elaboração de suposições que possam ser testadas empiricamente. Já a experimentação, por sua vez, consiste na realização de experimentos controlados para coletar dados que possam comprovar ou refutar as hipóteses formuladas. Por fim, a análise de resultados envolve a interpretação dos dados e a formulação de conclusões científicas. Esses métodos possibilitam a busca pelo conhecimento científico de forma sistemática e confiável. (Sampaio, 2022)



1.4. OS TIPOS DE CONHECIMENTO: FILOSÓFICO, RELIGIOSO, POPULAR E CIENTÍFICO

A diferença entre o conhecimento empírico, o científico, o filosófico e o teológico está em como o adquirimos. O conhecimento empírico é adquirido através da observação direta e da experiência pessoal no mundo real. Por outro lado, o conhecimento científico é obtido através do método científico, que envolve a formulação de hipóteses, experimentação e análise de dados objetivos. O conhecimento filosófico é alcançado através da reflexão, do questionamento e da análise crítica de ideias e conceitos. E, finalmente, o conhecimento teológico é adquirido através da revelação divina e da interpretação de textos sagrados. Cada forma de conhecimento tem suas próprias características, métodos de obtenção e limitações, contribuindo para uma compreensão mais ampla do mundo ao nosso redor.

O conhecimento empírico diz respeito ao conhecimento popular, à sabedoria adquirida ao longo dos anos por meio da nossa interação e observação contínua do mundo ao nosso redor. É o que aprendemos a partir da nossa experiência direta, das histórias compartilhadas pela nossa comunidade e das tradições transmitidas de geração em geração. Esse conhecimento, embora não seja respaldado por evidências científicas formais, é valioso e tem um papel importante em nossas vidas diárias.

O conhecimento científico, por sua vez, é um tipo de conhecimento baseado em informações e fatos, os quais são comprovados e validados por meio da ciência. É uma forma de conhecimento sistemático e metódico, obtido por meio de observações controladas, experimentos rigorosos e análise cuidadosa dos resultados. Esse tipo de conhecimento é caracterizado por sua objetividade e busca por respostas precisas e confiáveis para as perguntas que fazemos sobre o mundo e seu funcionamento.

O conhecimento filosófico, por sua vez, é uma forma de conhecimento que nasce a partir do pensamento crítico, da reflexão profunda e da análise racional. É a busca pela compreensão da natureza da realidade, da existência humana, dos valores morais e das questões fundamentais da vida. O conhecimento filosófico não se baseia apenas em evidências empíricas ou experimentais, mas sim em argumentos lógicos, intuições e especulações.



Ele abrange áreas como a ética, a metafísica, a epistemologia e a lógica, buscando um entendimento mais amplo e aprofundado da condição humana.

Por fim, o conhecimento teológico, ou religioso, é baseado na fé religiosa e na crença de que ela detém a verdade sobre a natureza do divino, do sagrado e do significado da existência humana. É um tipo de conhecimento que se baseia na experiência espiritual, na revelação divina, nos textos sagrados e na tradição religiosa. Para os que têm fé, o conhecimento teológico proporciona um sentido de propósito e significado na vida, ajudando a responder perguntas sobre o sentido da existência, a origem do universo, o bem e o mal, e o destino da humanidade.

Desse modo, podemos concluir que os conhecimentos empírico, científico, filosófico e teológico representam diferentes formas de compreender e explorar o mundo. Cada um tem seu valor e contribuições únicas para o nosso entendimento da realidade e para o desenvolvimento da humanidade. Embora diferentes em suas bases e métodos, todos eles desempenham um papel importante na busca por conhecimento e na busca por respostas para as grandes questões da vida. (Vantroba et al.2022; Balbinot; Borba; Florczak, 2023; Cortina, 2021))

2. CARACTERÍSTICAS DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

O conhecimento científico possui algumas características fundamentais que o diferenciam de outros tipos de conhecimento, sendo essas características cruciais para sua validade e credibilidade. Uma das características primordiais é a objetividade, que consiste na imparcialidade e na busca pela neutralidade ao interpretar e avaliar os fatos. Além disso, o conhecimento científico também é marcado pela verificabilidade, ou seja, pela possibilidade de comprovação empírica dos resultados obtidos por meio de experimentos e observações.

Outra característica importante é a generalidade, que implica na capacidade do conhecimento científico de ser aplicado em diferentes contextos e casos sem perder sua validade. Isso se dá porque o conhecimento científico é desenvolvido com base em teorias e conceitos que buscam explicar fenômenos abrangentemente. Além disso, a sistematicidade é uma característica



essencial, pois o conhecimento científico é construído de forma sistemática, com a utilização de método científico e da observação rigorosa dos dados.

Em resumo, o conhecimento científico não se limita ao mero senso comum, mas sim se baseia em princípios rigorosos, como objetividade, verificabilidade, generalidade e sistematicidade. Essas características garantem que o conhecimento científico seja confiável, reproduzível e progressivo, contribuindo para o avanço da sociedade e o desenvolvimento de diversas áreas do conhecimento humano.

2.1. OBJETIVIDADE

A objetividade é uma das características essenciais do conhecimento científico. Isso significa que as informações obtidas por meio do método científico devem ser baseadas em fatos e evidências concretas, livres de influências pessoais ou emocionais. A objetividade garante a imparcialidade na busca da verdade científica e contribui para a credibilidade dos resultados obtidos. (Behar et al.2021)

2.2. VERIFICABILIDADE

A verificabilidade é outra característica fundamental do conhecimento científico. Isso implica que os resultados e as conclusões obtidos por meio da pesquisa científica devem poder serem testados e comprovados por outros pesquisadores, utilizando métodos e técnicas semelhantes. A verificabilidade garante a confiabilidade dos resultados e possibilita a replicação dos experimentos para a validação dos dados. (Behar et al.2021)

2.3. GENERALIDADE

A generalidade é uma característica importante do conhecimento científico, ao buscar compreender fenômenos e estabelecer princípios que sejam aplicáveis em diferentes contextos. O conhecimento científico não se restringe a casos particulares, mas visa estabelecer leis e teorias gerais que possam ser aplicadas em diversas situações. Essa generalidade permite que



o conhecimento científico seja usado para resolver problemas e avançar o entendimento em diversas áreas do conhecimento. (Behar et al.2021)

2.4. SISTEMATICIDADE

A sistematicidade é uma das características que diferenciam a busca pelo conhecimento científico de outros tipos de busca pelo saber. Ela consiste na utilização de metodologias claras e organizadas para a realização de pesquisas científicas. A sistematicidade engloba desde a definição de objetivos claros, a seleção de métodos e técnicas adequadas, até a coleta e análise de dados de forma organizada e padronizada. Essa característica possibilita a reprodução e a validação dos resultados obtidos, além de promover a construção gradativa e ordenada do conhecimento científico. (Behar et al.2021)

2.5. O TRABALHO CIENTÍFICO ENQUANTO FERRAMENTA AVALIATIVA

Diferentemente do que acontece na Itália, cuja lei determina que alunos do curso equivalente à graduação entreguem uma tese ao final do curso (ECO, 1992, p. 2), no Brasil atual existem diversas ferramentas avaliativas, aplicadas para balizar o desempenho dos estudantes em seus trabalhos científicos em diferentes níveis de formação.

Desse modo, durante o processo de elaboração do trabalho de conclusão de curso, os alunos têm a oportunidade de aprofundar seus conhecimentos sobre determinado assunto, explorando diferentes perspectivas e contribuindo para o avanço da área de estudo. Além disso, o trabalho de conclusão de curso também é uma forma de avaliar a capacidade do aluno em desenvolver um projeto de pesquisa de forma autônoma e sistematizada.

Para elaborar um trabalho de conclusão de curso de qualidade, é fundamental que o aluno siga um cronograma de atividades, estabelecendo prazos e metas a serem cumpridas ao longo do processo. Além disso, é importante que o aluno escolha um tema relevante e atual, para despertar o interesse dos avaliadores e contribuir para o desenvolvimento do conhecimento na área.

Durante a elaboração do trabalho, é recomendável que o aluno conte com o apoio de um orientador, que poderá motivar reflexões e oferecer sugestões



ao longo do processo. Além disso, é importante que o aluno consulte diversas fontes de informação, como livros, artigos científicos, periódicos e sites especializados, para embasar suas análises e argumentações.

Após a conclusão do trabalho, o aluno deverá apresentá-lo perante uma banca examinadora, composta por professores e especialistas na área. Durante essa apresentação, o aluno terá a oportunidade de expor suas ideias, responder questionamentos e receber feedbacks sobre o seu trabalho.

Essa mesma sistemática se observa em cursos de pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu*, para o nível de formação de mestres. Nesses cursos, o trabalho científico também é uma ferramenta importante para avaliar a capacidade do aluno em realizar pesquisas e contribuir significativamente para a área de estudo. Apenas ao curso de doutorado é reservado o desenvolvimento de uma tese que, diferentemente do que acontece na Itália, em que são aceitas “teses de compilação”, o doutorando deverá produzir uma pesquisa original e inovadora, contribuindo para o avanço do conhecimento.

Numa tese de compilação, o estudante apenas demonstra haver compilado criticamente a maior parte da “literatura” existente (isto é, das publicações sobre aquele assunto) e ter sido capaz de expô-la de modo claro, buscando harmonizar os vários pontos de vista e oferecendo assim uma visão panorâmica inteligente, talvez útil sob o aspecto informativo mesmo para um especialista do ramo que, com respeito àquele problema específico, jamais tenha efetuado estudos aprofundados. (ECO, 1992, p. 2-3)

3. ETAPAS DO MÉTODO CIENTÍFICO

O método científico consiste em um conjunto de etapas que permitem a investigação e a obtenção de conhecimento científico de forma sistemática e objetiva. Essas etapas são essenciais para o processo científico e incluem a observação, a formulação de hipóteses, a experimentação e a análise de resultados. Cada etapa desempenha um papel crucial no desenvolvimento de uma pesquisa científica, fornecendo a base para a construção do conhecimento e a validação das hipóteses propostas.



3.1. OBSERVAÇÃO

A observação é a primeira etapa do método científico e envolve a coleta de dados e informações relevantes sobre o fenômeno em estudo. Nessa fase, o pesquisador utiliza seus sentidos e instrumentos adequados para registrar detalhes e características observáveis. A observação precisa ser precisa, sistemática e imparcial, a fim de fornecer uma base sólida para as etapas subsequentes do método científico. (Almeida, 2021; Ermel, 2020)

3.2. FORMULAÇÃO DE HIPÓTESES

A formulação de hipóteses é uma etapa fundamental do método científico, na qual o pesquisador propõe uma explicação provisória para o fenômeno observado. As hipóteses são baseadas em conhecimentos prévios e na análise dos dados coletados. Elas devem ser testáveis, específicas e passíveis de serem confirmadas ou refutadas por meio de experimentação e análise de resultados. A formulação de hipóteses permite direcionar a investigação científica e estabelecer as bases para futuras descobertas. (Almeida, 2021; Ermel, 2020)

3.3. EXPERIMENTAÇÃO

A experimentação é uma etapa crucial do método científico, na qual o pesquisador realiza testes controlados para verificar a validade das hipóteses formuladas. Nessa fase, são manipuladas variáveis independentes e medidas as suas consequências nas variáveis dependentes. A experimentação deve ser realizada rigorosamente, seguindo protocolos estabelecidos e utilizando instrumentos adequados. Os resultados obtidos são registrados e analisados para se chegar a conclusões cientificamente válidas. (Almeida, 2021; Ermel, 2020)

3.4. ANÁLISE DE RESULTADOS

A análise de resultados é a etapa na qual o pesquisador interpreta os dados coletados por meio da experimentação, visando verificar se as hipóteses



foram confirmadas ou refutadas. Nessa fase, são utilizadas técnicas estatísticas e métodos de análise adequados para identificar padrões, relações de causa e efeito e para extrair conclusões relevantes. A análise de resultados é fundamental para a validação científica das hipóteses e para a geração de novos conhecimentos na área de estudo. (Almeida, 2021; Ermel, 2020)

4. LIMITAÇÕES DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

O conhecimento científico possui algumas limitações que devem ser consideradas. Uma delas é a incerteza, pois nem todos os resultados científicos são absolutos e indiscutíveis. Algumas descobertas podem ter margens de erro e necessitam de mais investigação para obter conclusões mais sólidas. Além disso, a dependência de tecnologia é outra limitação, uma vez que a obtenção e análise de dados científicos muitas vezes requerem o uso de equipamentos e instrumentos específicos, tornando-se necessário o acesso à tecnologia adequada. Por fim, a influência de vieses também é uma limitação, pois os cientistas podem ser afetados por suas próprias crenças, valores e interesses, o que pode prejudicar a objetividade dos resultados. É fundamental reconhecer essas limitações para uma compreensão mais abrangente e crítica do conhecimento científico.

4.1. INCERTEZA

A incerteza é uma das limitações inerentes ao conhecimento científico. Mesmo com o uso de métodos rigorosos e experimentos bem controlados, os resultados obtidos podem apresentar margens de erro e imprecisões. Isso ocorre porque a natureza do conhecimento científico está em constante evolução, sujeito a revisões e novas descobertas. A incerteza também pode surgir devido à variabilidade de amostras, aleatoriedade de eventos ou complexidade dos fenômenos estudados. Portanto, é importante reconhecer a incerteza como parte inerente da ciência e interpretar os resultados com cautela, considerando suas possíveis limitações. (Ermel, 2020; Tossato, 2024)



4.2. DEPENDÊNCIA DE TECNOLOGIA

A realização de pesquisas científicas muitas vezes depende de tecnologia e equipamentos específicos. A dependência de tecnologia é uma limitação do conhecimento científico devido às barreiras de acesso a esses recursos. Sem acesso adequado à tecnologia, os pesquisadores podem enfrentar dificuldades para coletar dados, realizar análises e obter resultados confiáveis. Além disso, o avanço tecnológico rápido pode gerar uma dependência constante de atualização de equipamentos e técnicas, o que pode ser financeiramente inviável para muitas instituições e pesquisadores. Portanto, é necessário um esforço contínuo para garantir o acesso equitativo a tecnologia adequada, a fim de minimizar essa limitação. (Ermel, 2020; Tossato, 2024)

4.3. INFLUÊNCIA DE VIESES

Os vieses são considerados limitações significativas do conhecimento científico. Os cientistas, assim como qualquer ser humano, podem ter opiniões, crenças e interesses pessoais que podem influenciar o processo de pesquisa e os resultados obtidos. Esses vieses podem surgir em diferentes etapas do método científico, desde a formulação de hipóteses até a interpretação dos dados. A influência de vieses pode levar a resultados tendenciosos, interpretações incorretas e até manipulação intencional dos resultados. É fundamental que os cientistas estejam cientes dessas influências e adotem práticas rigorosas para minimizar qualquer viés, como o uso de métodos estatísticos robustos, revisões por pares e transparência na divulgação dos resultados. Dessa forma, é possível garantir a confiabilidade e a objetividade do conhecimento científico. (Ermel, 2020; Tossato, 2024)

5. TIPOS DE PESQUISA

O planejamento de uma pesquisa depende tanto do problema a ser investigado, de sua natureza e situação espaço-temporal em que se encontra,



quanto da natureza e nível de conhecimento do investigador. Assim pode haver um número sem fim de tipos de pesquisa.

5.1. COMO CLASSIFICAR PESQUISAS

As pesquisas podem ser classificadas em três grandes grupos: exploratórias, descritivas e explicativas, como explicamos a seguir:

5.1.1. PESQUISAS EXPLORATÓRIAS:

Visam proporcionar maior familiaridade com o problema para torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses. Geralmente essas pesquisas envolvem: levantamento bibliográfico, entrevistas com pessoas relacionadas a pesquisa e análise de exemplos.

5.1.2. PESQUISAS DESCRITIVAS:

Visam a descrição das características de determinada população ou fenômeno, ou a relação entre determinadas variáveis.

5.1.3. PESQUISAS EXPLICATIVAS:

Tem como preocupação central identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos. É a que mais aprofunda o conhecimento da realidade, ao explicar a razão, o porquê das coisas. Serão desconsideradas as diferentes classificações desses tipos para utilizar apenas uma: a que considera o procedimento geral utilizado para investigar o problema. Com isso podemos distinguir no mínimo três tipos de pesquisa: a bibliográfica, a experimental e a descritiva.



5.1.4. PESQUISA BIBLIOGRÁFICA

Desenvolve-se tentando explicar um problema mediante teorias publicadas em livros ou obras do mesmo gênero. O objetivo deste tipo de pesquisa é de conhecer e analisar as principais contribuições teóricas existentes sobre um determinado assunto ou problema, tornando-se um instrumento indispensável para qualquer pesquisa. Pode-se usá-la para diversos fins como, por exemplo:

- Ampliar o grau de conhecimento em uma determinada área;
- Dominar o conhecimento disponível e utilizá-lo como instrumento auxiliar para a construção e fundamentação das hipóteses;
- Descrever ou organizar o estado da arte, daquele momento, pertinente a um determinado assunto ou problema.

5.1.5. PESQUISA EXPERIMENTAL:

Neste tipo de pesquisa o investigador analisa o problema, constrói suas hipóteses e trabalha manipulando os possíveis fatores, as variáveis, que se referem ao fenômeno observado. A manipulação na quantidade e qualidade das variáveis proporciona o estudo da relação entre causas e efeitos de um determinado fenômeno, podendo-se controlar e avaliar os resultados dessas relações.

5.1.6. PESQUISA DESCRITIVA NÃO-EXPERIMENTAL:

Este modelo de pesquisa estuda as relações entre duas ou mais variáveis de um dado fenômeno sem as manipular. A pesquisa experimental cria e produz uma situação em condições específicas para analisar a relação entre variáveis à medida que essas variáveis se manifestam espontaneamente em fatos, situações e nas condições que já existem. A decisão de se utilizar à pesquisa experimental ou não-experimental na investigação de um problema vai depender de vários fatores: natureza do problema e de suas variáveis,



fontes de informação, recursos humanos, instrumentais e financeiros disponíveis, capacidade do investigador, consequências éticas e outros. Deve-se avaliar as vantagens e as limitações que apresentam um e outro tipo de pesquisa. Kerlinger (1985, p. 127) apresenta três vantagens da pesquisa experimental. A primeira é a fácil possibilidade de manipulação das variáveis isoladamente ou em conjunto; a segunda é a flexibilidade das situações experimentais que otimiza a testagem dos vários aspectos das hipóteses; a terceira é a possibilidade de replicar os experimentos ampliando e facilitando a participação da comunidade científica na sua avaliação. Como limitações, Kerlinger aponta a falta de generalidade, pois um resultado evidenciado em uma pesquisa experimental de laboratório nem sempre é o mesmo obtido em uma situação de campo onde há variáveis muitas vezes desconhecidas ou imprevisíveis que podem intervir nos resultados. Por esse motivo, os seus resultados devem permanecer restritos às condições experimentais.

5.1.7. PESQUISA EXPLORATÓRIA:

Outro tipo de pesquisa que tem grande utilização, principalmente nas áreas sociais. Nela não se trabalha com a relação entre as variáveis, mas com o levantamento da presença das variáveis e de sua caracterização quantitativa ou qualitativa. Seu objetivo fundamental é o de descrever ou caracterizar a natureza das variáveis que se quer conhecer.

5.1.8. PESQUISAS QUANTITATIVAS:

A pesquisa quantitativa é caracterizada pela coleta, análise e interpretação de dados estatísticos. É um tipo de pesquisa que visa quantificar as informações coletadas, utilizando técnicas estatísticas para chegar a conclusões e identificar padrões. Por meio de pesquisas quantitativas, é possível obter resultados numéricos e estatisticamente representativos. Esse tipo de pesquisa é amplamente utilizado em áreas como economia, sociologia, psicologia, marketing, entre outras. A pesquisa quantitativa requer aplicar questionários estruturados ou a coleta de dados de fontes secundárias, como bancos de dados estatísticos, para obter informações objetivas e mensuráveis sobre



um determinado tema. Um dos principais objetivos da pesquisa quantitativa é fazer generalizações a partir dos dados coletados, obtendo conclusões que possam ser aplicadas a uma população maior. No entanto, é importante ressaltar que a pesquisa quantitativa tem suas limitações. Ela não permite uma compreensão profunda e detalhada dos fenômenos estudados, ao focar na obtenção de dados numéricos. Além disso, a pesquisa quantitativa não considera o contexto e as experiências individuais dos participantes, o que pode limitar a compreensão completa do problema investigado. Mesmo assim, a pesquisa quantitativa é uma ferramenta importante para fornecer informações objetivas e estatísticas, auxiliando na tomada de decisões e na realização de estudos comparativos.

5.1.9. PESQUISAS QUALITATIVAS:

Ao contrário das pesquisas quantitativas, as pesquisas qualitativas pretendem alcançar uma compreensão profunda e detalhada dos fenômenos estudados. Essa abordagem visa capturar as nuances e complexidades do comportamento e das experiências humanas, explorando aspectos subjetivos e interpretativos por meio de métodos como entrevistas em profundidade, observação participante e análise de conteúdo. A pesquisa qualitativa valoriza a subjetividade e a variedade de perspectivas individuais, buscando entender o sentido e o significado que as pessoas atribuem às suas experiências. Em vez de buscar resultados numéricos, a pesquisa qualitativa explorará as motivações, as emoções, as crenças e as percepções dos participantes, permitindo uma compreensão mais rica e contextualizada dos fenômenos estudados. Esse tipo de pesquisa é amplamente utilizado em áreas como sociologia, antropologia, psicologia, ciências da educação, entre outras. No entanto, é importante ressaltar que a pesquisa qualitativa não busca generalizações estatísticas, pois seu foco está na compreensão em profundidade de um caso específico ou de um grupo limitado de participantes. Por esse motivo, os resultados obtidos em pesquisas qualitativas não podem ser utilizados para fazer afirmações válidas sobre uma população maior. Apesar dessa limitação, a pesquisa qualitativa desempenha um papel fundamental na geração de teorias e no desenvolvimento de novos conhecimentos. A combinação de abordagens quantitativas e qualitativas na pesquisa pode oferecer



uma compreensão mais completa e abrangente dos fenômenos estudados, complementando as vantagens de cada tipo de pesquisa. Portanto, a escolha entre os diferentes tipos de pesquisa, seja quantitativa, qualitativa ou uma combinação de ambas, depende dos objetivos da pesquisa, das perguntas de pesquisa, do contexto e das limitações dos recursos disponíveis. (Sampaio, 2022; Guerra, 2023; Kumada, 2021; Moreira, 2022)

6. APLICAÇÕES DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

O conhecimento científico possui diversas aplicações que contribuem para o avanço da sociedade. Uma das principais aplicações é a promoção de avanços tecnológicos em áreas como a computação, a eletrônica e a engenharia. Por meio da pesquisa científica, novas tecnologias são desenvolvidas, resultando em dispositivos mais eficientes, softwares mais avançados e soluções inovadoras. Além disso, o conhecimento científico também é fundamental para o desenvolvimento de medicamentos. Por meio de estudos e testes clínicos, cientistas conseguem criar medicamentos seguros e eficazes para o tratamento de diversas doenças. Por fim, o conhecimento científico também desempenha um papel importante na solução de problemas complexos. Através da análise e aplicação de métodos científicos, problemas complexos podem ser investigados e compreendidos de forma mais precisa, possibilitando a busca por soluções mais eficientes e sustentáveis.

6.1. AVANÇOS TECNOLÓGICOS

Os avanços tecnológicos são uma das principais aplicações do conhecimento científico. Através da pesquisa científica, novas descobertas são concretizadas e novos conhecimentos são adquiridos, impulsionando assim o desenvolvimento de tecnologias mais sofisticadas. O conhecimento científico permite a criação de dispositivos e sistemas mais eficientes, melhorando a qualidade de vida das pessoas e otimizando processos industriais. Além disso, o conhecimento científico também impulsiona a inovação, permitindo o surgimento de novas tecnologias que podem revolucionar diversos setores, como a inteligência artificial, a nanotecnologia e a biotecnologia.



6.2. DESENVOLVIMENTO DE MEDICAMENTOS

O desenvolvimento de medicamentos é uma das aplicações mais importantes do conhecimento científico na área da saúde. Por meio de pesquisas científicas, cientistas conseguem entender melhor as doenças e seus mecanismos, permitindo o desenvolvimento de medicamentos eficazes para o tratamento e prevenção de diferentes enfermidades. Por meio de estudos pré-clínicos e clínicos, é possível testar a segurança e eficácia de novas drogas, para serem disponibilizadas aos pacientes com qualidade e efetividade comprovadas. O conhecimento científico também é fundamental para a descoberta de novos alvos terapêuticos e para o aprimoramento de tratamentos existentes, contribuindo assim para a saúde e bem-estar da população.

6.3. SOLUÇÃO DE PROBLEMAS COMPLEXOS

O conhecimento científico desempenha um papel fundamental na solução de problemas complexos que afetam diferentes áreas da sociedade. Através da análise sistemática de dados, da identificação de padrões e da formulação de hipóteses, cientistas podem compreender problemas complexos e buscar soluções eficazes para eles. Por exemplo, na área da sustentabilidade ambiental, o conhecimento científico é utilizado para entender os impactos das atividades humanas no meio ambiente e encontrar alternativas mais sustentáveis. Na área da saúde, o conhecimento científico é utilizado para entender melhor as causas de doenças complexas e desenvolver estratégias de prevenção e tratamento mais eficazes. Em resumo, o conhecimento científico é uma ferramenta essencial para enfrentar desafios complexos e encontrar soluções sustentáveis para os problemas da sociedade.

7. ÉTICA NA PESQUISA CIENTÍFICA

A ética na pesquisa científica é fundamental para garantir a integridade e o respeito aos direitos dos participantes e envolvidos no estudo. Envolve a adoção de práticas éticas desde o planejamento até a divulgação dos resultados. É importante que os pesquisadores sigam normas e diretrizes



éticas para garantir a confiabilidade dos dados e evitar abusos ou danos aos participantes.

De modo geral, na área de Humanidades, apenas o consentimento informado revela-se imprescindível diante de casos em que indivíduos são consultados em questões cujos dados apurados tornar-se-ão parte dos resultados da pesquisa. Há ainda diversas outras questões éticas que podem ser observadas em campos de conhecimento diversos, como explicamos a seguir.

7.1. CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é um dos princípios básicos da ética na pesquisa científica. Consiste na obtenção da concordância voluntária e esclarecida dos participantes em participar do estudo, após receberem informações detalhadas sobre os objetivos, procedimentos, riscos e benefícios envolvidos na pesquisa. É essencial que os participantes tenham pleno conhecimento e compreensão do que será feito em seu envolvimento e tenham a liberdade de aceitar ou recusar participar sem qualquer tipo de coerção.

7.2. USO DE ANIMAIS EM EXPERIMENTOS

O uso de animais em experimentos científicos levanta questões éticas importantes. Antes de utilizar animais em pesquisas, os cientistas devem considerar alternativas ao uso de animais vivos e aderir aos 3R's: redução, refinamento e substituição. Os protocolos de pesquisa devem ser submetidos a comitês de ética que avaliam se o possível benefício científico justifica o uso de animais. É fundamental também garantir o bem-estar e o cuidado adequado aos animais envolvidos, seguindo as normas e diretrizes estabelecidas.

7.3. MANIPULAÇÃO GENÉTICA

A manipulação genética é uma área de pesquisa que envolve questionamentos éticos. A modificação de material genético, como o DNA, pode ter implicações éticas e sociais significativas. É necessário seguir diretrizes rigorosas e obter a devida autorização para a realização desse tipo de pesqui-



sa, tendo em vista a possibilidade de impactos imprevisíveis ou indesejáveis. Além disso, a transparência e responsabilidade na divulgação dos resultados são essenciais para garantir a confiança da sociedade e a discussão pública sobre os limites éticos da manipulação genética.

8. CONCLUSÃO

Conforme revelado ao longo deste trabalho, o conhecimento científico é uma ferramenta indispensável para a compreensão e progresso do mundo ao nosso redor. Por meio de métodos de pesquisa objetivos e sistemáticos, é possível adquirir conhecimentos verificáveis e gerais, os quais embasam nossas descobertas e avanços. Esses avanços impulsionam a humanidade a novas fronteiras, permitindo que superemos desafios e encontremos soluções para problemas complexos. A ciência, apesar de suas limitações, como a incerteza inerente ao processo de descoberta e a dependência de tecnologia, tem sido o alicerce de avanços tecnológicos inovadores, abrindo portas para novas possibilidades e oportunidades.

Ao longo da história, o conhecimento científico tem sido fundamental para o desenvolvimento de medicamentos que salvam vidas e melhoram a qualidade de vida das pessoas. Mediante pesquisas e experimentos rigorosos, os cientistas têm podido identificar e entender as causas de doenças, bem como desenvolver tratamentos eficazes. Esses avanços médicos transformam a saúde humana, prolongando a expectativa de vida e proporcionando mais bem-estar.

Além disso, o conhecimento científico desempenha um papel vital na solução de problemas complexos que afetam a humanidade. Questões como mudanças climáticas, escassez de recursos naturais e ameaças à segurança alimentar são desafios que exigem abordagens baseadas em evidências e soluções sustentáveis. Através da aplicação de princípios científicos, temos conseguido entender melhor essas questões e buscar alternativas viáveis para enfrentá-las.

No entanto, é importante também considerar questões éticas relacionadas ao conhecimento científico. O consentimento informado e a proteção dos participantes de pesquisas são fundamentais para garantir a integridade e o



respeito aos direitos humanos. Além disso, o uso de animais em experimentos científicos levanta questões sobre bem-estar animal e a necessidade de minimizar o sofrimento desnecessário. Da mesma forma, a manipulação genética suscita preocupações éticas sobre os limites da intervenção humana na natureza e os possíveis impactos a longo prazo.

Em suma, o conhecimento científico oferece um caminho confiável para a compreensão do mundo natural e suas aplicações têm um impacto significativo na sociedade. À medida que continuamos a avançar no campo da ciência, é essencial que nos mantenhamos conscientes de suas limitações e comprometidos com a busca de soluções que promovam o bem-estar humano, animal e ambiental. Através do equilíbrio entre a utilização responsável do conhecimento científico e a consideração ética, poderemos aproveitar todo o seu potencial para o progresso e o benefício de toda a humanidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. A. **Metodologia do trabalho científico**. Recife: Ed. UFPE, 2021. (Coleção Geografia)

BALBINOT BORBA, E. M.; FLORCZAK, M. A. Conhecimento Científico e as Fake News: um obstáculo epistemológico no ensino de ciências e biologia? **Revista Espaço do Currículo**, 2023. Disponível em: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/439/4394758050/4394758050.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.

BEHAR, C.; JORGE, S.; JORGE, P. Epistemologia do método científico: a técnica de entrevista. **Conhecendo Online**, v. 7, n.1 (2021): 118-135. Disponível em: <https://conhecendoonline.emnuvens.com.br/revista/article/view/105>. Acesso em: 24 abr. 2024.

BREVIÁRIO, G. **Os três pilares da metodologia da pesquisa científica: o estado da arte**. Curitiba: Appris, 2021.

CORTINA, J. J. F. Tecnologias digitais como agentes mediadores na produção e compartilhamento do conhecimento científico para a participação social. 2021. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Araraquara. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/202837> Acesso em: 24 abr. 2024.



ECO, U. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Sousa. 21 ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. (Coleção Estudos, n. 85)

ERMEL, A. P. C. *Literature grounded theory: método de pesquisa para investigação sobre o conhecimento científico e tecnológico*. 2020. 305 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS, São Leopoldo, 2020.

FIGUEIREDO, F. J. e OLIVEIRA, L. A. Filosofia da ciência e evolução: uma contribuição ao ensino. Parte 1: Por que ciência? **Revista Sustinere**, v. 8, n. 2, p. 1-18, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/sustinere.2020.50782> Acesso em: 24 abr. 2024.

LUNETTA, A.; RODRIGUES GUERRA. Metodologia da pesquisa científica e acadêmica. *Revista OWL (OWL Journal) – Revista Interdisciplinar de Ensino e Educação*, v. 1, n. 2, p. 14--159, 2023. Disponível em: <https://revistaowl.com.br/index.php/owl/article/view/48> Acesso em: 24 abr. 2024.

MEDEIROS, J. B. **Redação científica**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.263-265.

MOREIRA, E. N. Reflexões sobre ciência e a produção do conhecimento científico na percepção de docentes e discentes no ensino superior. **Revista Portuguesa de Educação**, v. 28, n. 2, p. 1-18, 2022. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/100356>. Acesso em: 24 abr. 2024.

MOREIRA, T. M. Os tipos de pesquisa. In: WINQUES, K. **Nos caminhos da Iniciação Científica**: guia para pesquisadores em formação. Joinville: Faculdade IELUSC, 2022.

SAMPAIO, T. B. Metodologia da pesquisa. Santa Maria-RS: UFSM, CTE, UAB, 2022.

SANTOS BATISTA, L.; KUMADA, K. M. O. Análise metodológica sobre as diferentes configurações da pesquisa bibliográfica. *Revista Brasileira de Iniciação Científica*, v. 8, n. 1, p. e021029-e021029, 2021. Disponível em: <https://periodicoscientificos.itp.ifsp.edu.br/index.php/rbic/article/view/113> Acesso em: 24 abr. 2024.

SANTOS, E. R. A iniciação científica no ensino jurídico brasileiro. *Revista de Ciências do Estado*, v. 6, n. 2, p. 1-16, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e3307> Acesso em: 24 abr. 2024.



SOUZA, R. K.; SOUZA, M. V.; TEIXEIRA, C. S. Mecanismos para o compartilhamento de conhecimento científico com a sociedade. *Perspectivas Em Gestão & Conhecimento*, v. 10, n. 1, p. 131-151. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/pgc/article/view/46428> Acesso em: 24 abr. 2024.

TOSSATO, C. R. **O conhecimento científico**. 1. ed. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2023.

VANTROBA, E. L.; Lopes, G. C. D.; e Yildirim, K. Dicotomias sobre senso comum e conhecimento científico: método o início do percurso. *Revista Universitas da FANORPI*, v. 2, n. 8, p. 85-101. Disponível em: <https://fanorpi.com.br/universitas/index.php/revista/article/view/85/83>. Acesso em: 24 abr. 2024.

Submissão: 25.abril.2024

Aprovação: 20.maio.2024



JUSNATURALISMO NA TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS: UMA CONCLUSÃO ADVINDA DA OBRA DE HESPANHA

*Natural Law in John Rawls's Theory of Justice:
Insights from Hespanha's Work*

Stéphanie Luíse Pagel Scharf Mette¹

Feliciano Alcides Dias²

ÁREA: Filosofia do Direito.

RESUMO: A história do direito europeu (que teve reflexo no direito de todos os outros países ocidentais) é analisada por Hespanha em “Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio”. Apesar da relevância de as demais escolas descritas pelo mestre lusitano, este trabalho visa destacar a influência, até o presente, das ideias jusnaturalistas. Estudando a obra “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls, que aqui é sucintamente explanada, explica-se sua teoria de justiça e os fundamentos da sociedade para o autor. Unindo-se as duas obras é possível verificar uma ligação intrínseca entre o jusnaturalismo, principalmente na vertente contratualista de John Locke, e a teoria de justiça de John Rawls. O objetivo é demonstrar, apesar de posicionamentos divergentes, que a base do contrato social descrito pelo filósofo americano é o mesmo do clássico contratualista inglês.

PALAVRAS-CHAVE: Jusnaturalismo. Contratualismo. Hespanha. Rawls. Locke.

¹ Mestre em Direito Público. Advogada graduada pela Faculdade de Direito da Federal do Paraná e Contadora. Pós-graduada em Direito Público. MBA em Inteligência Financeira. Contadora Judiciária e Assessora de Juíza no Tribunal de Justiça de São Paulo. Integrante do grupo de pesquisa SINJUS — Sociedade, Instituições e Justiça. E-mail: slpscharf@furb.br.

² Doutor em Direito Público. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Civil. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau — FURB. Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da FURB. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu — Mestrado em Direito, Cursos de Especialização e Graduação em Direito (FURB). Coordenador e Professor da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/FURB: SINJUS — Sociedade, Instituições e Justiça. Advogado. Árbitro. E-mail: feliciano@furb.br.



ABSTRACT: Hespanha's "European Legal Culture: A Millennium Synthesis" analyzes the history of European law, which profoundly influenced legal systems across the Western world. While acknowledging the relevance of other schools highlighted by the Portuguese scholar, this paper focuses on the enduring influence of natural law ideas. Examining John Rawls's "A Theory of Justice," briefly outlined here, the paper explains his theory of justice and societal foundations. By bridging these two works, it reveals an intrinsic connection between natural law theory, particularly in the contractualist tradition of John Locke, and Rawls's theory of justice. The objective is to demonstrate that despite differing stances, Rawls's social contract foundation aligns with the classical English contractualist's principles.

KEYWORDS: Natural law. Contractualism. Hespanha. Rawls. Locke.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Hespanha e o jusnaturalismo. 2. Uma teoria de justiça de John Rawls. 3. Relações entre a teoria jusnaturalista e John Rawls. 4. Conclusões. 5. Referências

INTRODUÇÃO

Poucos são os autores que possuem a capacidade de descrever a história do Direito europeu, e principalmente, o ibérico, como Antonio Manuel Hespanha. Em sua análise acurada do desenvolvimento do pensamento jurídico, ele perpassa, em sua obra "Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio", pela escola jusnaturalista, analisando suas consequência e efeitos através das legislações subsequentes em Portugal. As vertentes jusnaturalistas podem ser descritas como aquela da escola tomista, a ibérica, a racionalista (de raiz estoica), entrando ainda Hespanha nas orientações individualistas e objetivista e na cientifização.

O que o autor não destacou, pela delimitação a que se propunha sua obra, foi a influência deste mesmo jusnaturalismo por ele descrito nas obras de diferentes autores, inclusive de outros continentes, como John Rawls.

Com uma teoria de cunho liberal, fundada em explicar a justiça e a sociedade do século XX, surpreendentemente percebe-se que Rawls em "Uma Teoria de Justiça" fundamenta-se em fontes jusnaturalistas, como as teorias contratualistas de John Locke. O livro é dividido em três partes, sendo que na primeira o filósofo americano explica as bases de sua teoria através da sua



tese de justiça como equidade, exemplifica os princípios da Justiça, e esclarece o que seria a “posição original”. Na segunda parte elucida o que seriam as instituições, disserta acerca da liberdade igual, das parcelas distributivas e dos deveres e das obrigações. Na terceira e última parte o autor aclara os objetivos de sua teoria, passando pela conceituação de virtude como racionalidade, o senso de Justiça e o bem da Justiça.

Quando caracteriza as pessoas que deram origem à sociedade, percebe-se em Rawls uma atitude otimista, ao entender que, cobertos pelo que denomina “véu da ignorância” (desconhecimento da posição que a pessoa terá nessa comunidade — se terá boas ou más condições financeiras, de saúde, de conhecimento) as pessoas escolheriam o que seria melhor para todos, e não para si, como fariam numa atitude egoísta. O mesmo otimismo pode ser percebido em John Locke, que quando discorre acerca do pacto social que deu origem ao corpo social organizado: os homens confiam a um soberano para proteger seus interesses e da coletividade, porém não entregam a este monarca o poder absoluto: em caso de abuso, seria possível o controle pelos cidadãos das leis editadas e até a destituição de um tirano.

1. HESPANHA E O JUSNATURALISMO

Antonio Manuel Hespanha nasceu em Coimbra, tendo sido licenciado e pós-graduado em Direito e doutorado em História Institucional e Política, lecionando na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Recebeu o título de doutor *Honoris Causa* pelas universidades de Lucerna, na Suíça, e pela Federal do Paraná. Entre suas principais obras estão *A História do Direito na História Social* (1977), *história das instituições: épocas medieval e moderna* (1982). *Às vésperas do Leviathan: instituições e poder político* (1994), *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio* (1996) e *O caleidoscópio do Antigo Regime* (2012).

A obra de Hespanha pode ser estudada à luz de uma questão singular, que foi seu mote, ao longo de extensa atuação como historiador das instituições sociais: para que serve, afinal, a História do Direito? Hespanha evidenciou-nos que Direito e história se relacionam de modo equivocado. A História do Direito, do modo como tradicionalmente escrita, serve mais para confirmar conclusões e justificativas do que há do que para pro-



blematizar situações concretas, que contam com registros no passado. A usarmos uma translação de Hespanha, a história é um guarda-roupa no qual cabem todas as fantasias. (GODOY, 2019).

Sua influência sobre as novas gerações é baseada na abundantemente de estudos e argumentações desenvolvidas por ele no Brasil e em Portugal, sendo considerado um dos historiadores mais citados internacionalmente, assim como um dos grandes renovadores da história política e institucional dos países ibéricos e suas colônias.

Para o presente estudo será utilizada como base a obra “Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio”, que ao desenvolver a história do Direito europeu, perpassa pela questão do jusnaturalismo e do jusracionalismo em seu capítulo VII, denominado “As escolas jurídicas seiscentistas e setecentistas: jusnaturalismo, jusracionalismo, individualismo e contratualismo”.

As ideias de direito natural e de natureza das coisas surgiu, inicialmente com os gregos, mas o estudo do jusnaturalismo inicia-se pelo da escolástica tomista, ou seja, baseada no pensamento de São Tomás de Aquino, que acreditava numa ordem natural das coisas confirmada por um Deus inteligente e bom, que ordenava o mundo (Hespanha, 2005, p. 289–290). As regras do Direito Natural seriam aquelas presentes nas Escrituras (direito divino) e as atingíveis pelo intelecto bem-ordenado (a boa razão), sendo esta formada tanto pelas faculdades do raciocínio (razão) quanto pelas faculdades morais (virtudes) (Hespanha, 2005, p. 290). Na interpretação do professor lusitano (2005, p. 291), a liberdade do homem, que leva a uma mobilidade das coisas humanas, impossibilitava encontrar princípios invariáveis de justiça; existia uma arte de, a cada momento, encontrar o justo (pensamento no mesmo sentido daquele de Aristóteles).

Seguindo a cronologia histórica, Hespanha (2005, p. 291) apresenta a escola ibérica de Direito Natural, um desenvolvimento da escolástica de São Tomás de Aquino provocado pela contrarreforma, sendo de cunho mais humanista. Suas principais contribuições são a laicização do direito (natureza é autorregulada, independentemente da existência de Deus), radicação do direito na razão individual, e logicização do direito (é possível encontrar o direito pela via dedutiva). É nesta escola que estão os gérmenes do racionalismo e do contratualismo. (Hespanha, 2005, p. 292–293).



Outro ramo de desenvolvimento do jusnaturalismo foi a racionalista, também denominado jusracionalismo, de raiz estoica, e que veio responder àqueles que necessitavam de certezas (Hespanha, 2005, p. 293). Segundo o mestre português (2005, 293–294), para Aristóteles, a natureza do homem é se associar com outros, sendo “naturalmente políticos”; por outro lado, para os estoicos, a natureza é a causa que dá movimento ao mundo; em todos os seres há uma parcela de *logos* (razão), e a razão é a natureza específica do homem. O jusracionalismo entende, portanto, que existe uma lei natural, eterna e imutável promulgada pelo Ordenador do mundo; que tal lei está presente em todas as pessoas e por todos pode ser encontrada, desde que se sirva da boa razão (a razão do homem que respeita suas inclinações naturais, que vive honestamente); e, por fim, este direito é formado por normas precisas: leis gerais, certas e claras (Hespanha, 2005, p. 294–295).

A doutrina que confere à razão o predomínio na gênese do conhecimento humano é, portanto, o racionalismo, cultivado especialmente por Locke, Descartes, Spinoza e pela filosofia do Iluminismo, movimento culminante da revolução cultural e intelectual que marcou o pensamento europeu dos Séculos XVII e XVIII. No campo do Direito, como já assinalado, foi cultivada pelos juristas do direito natural, um dos componentes fundamentais da história do direito privado e antecedente necessário das modernas teorias jurídicas,⁶ sob o nome de jusracionalismo.

Qual a contribuição do jusracionalismo à ciência do Direito? Antes de mais, “uma ideologização da vida pública” no sentido de que toda a atividade social é racionalmente ordenada, permitindo-se a justificação racional das posições político-constitucionais da época moderna. Como teoria, dá ao Direito um sistema e um método dogmático específico, a partir de conceitos gerais, abrindo caminho, com sua visão de conjunto, para as construções sistemáticas autônomas. Sua mais importante contribuição é, portanto, a ideia de sistema no Direito (Amaral, 2010).

No jusracionalismo, que deu base à doutrina moderna do direito natural, não há uma oposição entre o direito natural e o direito positivo, pois aquele se concretiza neste. Portanto, no século XVII, com o idealismo cartesiano, iniciou-se o jusracionalismo moderno, que acreditava no “poder da razão individual para descobrir as regras do justo, de um justo que fugisse à contingência, por se radicar numa ordem racional (quase matemática) da natureza” (Hespanha, 2005, p. 297).



Este novo direito natural, fundado na razão, corresponde ao que antes era o direito natural teológico; suas escolas colocavam a observação e a razão como meios de acesso à ordem natural: a observação histórica e atual se une à razão para identificar axiomas sobre a natureza do homem (instinto de conservação, autodefesa) e definir os procedimentos intelectuais para deduzir de tais axiomas outras normas (Hespanha, 2005, p. 297–299). Aplicava-se ao direito o mesmo raciocínio, portanto, da física ou da matemática; nestes termos, a justiça deveria ter uma certa definição ou noção inteligível, sendo o foco dessas escolas o indivíduo, e os vínculos e disciplina social entendidos como fatos artificiais, “correspondentes à criação da ordem política por um acordo de vontades” (Hespanha, 2005, p. 299–301). A vontade, guiada pela razão, é a única fonte da disciplina política e civil.

O mestre lusitano (2005, p. 301–302) explicita as principais orientações jusnaturalistas, iniciando-se pelas individualistas, que têm seus sistemas, apesar das diferenças marcantes, fundados nos instintos inatos do indivíduo. O cartesianismo definia o homem com um ser racional, que buscava a verdade através da razão; a outra linha, o empirismo, por sua vez, partia de uma observação do homem concreto, que era mandado pelos instintos, os quais o direito deveria garantir a satisfação (ou felicidade); ambas não consideram, ao contrário de Aristóteles, um instinto de sociabilidade do homem, sendo que a grande parte dos pensadores considera a sociedade política uma limitação dos direitos naturais (Hespanha, 2005, p. 302–303). A teoria do contrato social, portanto, não originou somente as teorias democráticas que resultaram na Revolução Francesa, mas também o despotismo iluminado, dependendo somente do conteúdo de tal contrato (Hespanha, 2005, p. 304). Para Thomas Hobbes, os homens abrem mão do direito natural em prol de um soberano, que tem a única obrigação de governar com base na razão, sendo ele o único legislador (teoria absolutista).

Assim, o soberano poderia legislar e governar sem limites, as suas razões ou os seus actos não podiam ser julgadas pelos súbditos, não estava sujeito a nenhuma “razão do direito” (*iurisprudentia, ratio iuris*) inventada pelos juristas, era o único intérprete autorizado das leis (*ibid., caps. 18,26*). Neste caso, o próprio direito natural desaparece com a instituição da sociedade política, justamente porque, uma vez instituído o soberano como único legislador, não há lugar para qualquer direito que não tenha origem nele. Leis naturais e costumes valem apenas enquanto não forem contra-



riados pelas suas leis positivas; e, neste sentido, se não provêm da vontade positiva do soberano, provêm, ao menos, da sua paciência (Hespanha, 2005, p. 304–305).

Pelo ponto de vista de John Locke, os indivíduos que firmam o pacto social não renunciam a seus direitos presentes no estado de natureza, e, portanto, o soberano não pode desrespeitar nem os direitos naturais e nem os políticos dos súditos (teoria demoliberal e desenvolvida pelos jusracionalistas franceses) (Hespanha, 2005, p. 305).

Na verdade, o estado político apenas garantiria uma melhor administração dos direitos naturais, substituindo a autodefesa e a vingança privada pela tutela de uma autoridade pública. Por isso mesmo, o soberano, que não era a fonte nem do direito de natureza nem dos direitos individuais daí decorrentes, estava obrigado a respeitar o direito natural e os dos direitos políticos dos cidadãos: “[...] sendo o legislativo apenas um poder fiduciário para agir no sentido de certos fins, continua a permanecer no povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo, quando achar que o legislativo age contrariamente à confiança que se lhe deu [...]. E, assim, a comunidade retém permanentemente o poder supremo de se libertar dos atentados e desígnios de qualquer um, mesmo dos seus legisladores, desde que eles sejam tão estultos ou danados para formar ou levar a cabo desígnios contra as liberdades e propriedades dos súbditos” (*Two treatises of government, 1690, II, 13, p. 192*) (Hespanha, 2005, p. 305).

A cientificação é um dos fios condutores do jusracionalismo, sendo contrária ao voluntarismo, e considerando o direito como uma disciplina submetida às regras de valor necessário e objetivo, havendo verdade ou falsidade e não apenas opiniões ou volições como a outra teoria, à qual se opõe (Hespanha, 2005, p. 318). É uma linha de pensamento que não deriva dos juristas romanos clássicos — que desconfiavam de formulações genéricas — e nem das doutrinas aristotélico-tomistas, mas sim dos estoicos, e na qual seria possível reduzir o direito a poucos princípios necessários e imutáveis, como axiomas da ciência jurídica, a partir dos quais se pode extrair pela lógica as demais regras (Hespanha, 2005, p. 318–319).

O Jusnaturalismo objetivista surge das ideias de Montesquieu, Leibniz e Bentham e visa colocar o direito natural não apenas do lado da razão, mas ao lado da razão objetiva, que não está nos indivíduos, mas sim numa ordem cósmica ou da convivência humana (Hespanha, 2005, p. 321). Compilando



o caminho histórico percorrido pelo metre português (2005, p. 321–324), para Montesquieu, o direito surge das necessidades naturais (das relações naturais e necessárias que se estabelecem entre os homens unidos numa associação política); para Leibniz, o direito natural emana da razão divina, de verdades eternas, e que, portanto, a lei feita pelo soberano (positivada) poderia ser injusta; para Rousseau, a teoria do Direito se constrói com base numa ideia totalmente matematizável, com cálculos e proporções que levariam às verdades; e Bentham, por fim, “partindo da máxima utilitarista de que o direito justo é o que organiza a sociedade de modo a obter o máximo de bem-estar para o maior número” entendeu o direito como fruto de um cálculo rigoroso.

O direito racionalista teve suas repercussões, principalmente no direito europeu: realçou o caráter universal do Direito, como ligado à natureza humana eterna e imutável, criou os grandes códigos, tendencialmente universais e fixou certos princípios, que estabelecidos naquela época, estão presentes até hoje, como a afirmação dos direitos individuais e o princípio da legalidade. (Hespanha, 2005, p. 336–338).

2. UMA TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

O livro “Uma Teoria de Justiça”, de John Rawls, foi publicado em 1971, sendo dividido em três partes: na primeira o autor discorre acerca da Teoria de Justiça como equidade, os princípios da Justiça e a posição original, a qual são as bases teóricas de sua teoria; na segunda parte, discorre acerca das instituições, falando acerca da liberdade igual, das parcelas distributivas e do dever e obrigação. Por fim, na última parte estão os objetivos de sua teoria, divididos em três capítulos: a virtude como racionalidade, o senso de justiça e o bem da justiça.

Rawls inicia seu trabalho colocando a justiça como “a virtude primeira das instituições sociais”, sugerindo uma nova teoria na qual a liberdade do indivíduo não seja sacrificada por uma vantagem maior para muitos; os direitos do homem garantidos pela justiça não poderiam ser negociados politicamente e nem sopesados com interesses da sociedade, sendo a injustiça apenas tolerável quando ocorre para evitar outra injustiça ainda pior.



Outro termo explorado por Rawls nesta obra é o de sociedade “bem ordenada”, sendo aquela na qual existe uma concepção pública do que é justiça; onde todos aceitam os mesmos princípios de justiça e na qual as instituições sociais atendem a esses mesmos princípios. Apesar da concepção pessoal de justiça que cada um de nós possui, essa concepção social de justiça consideraria uma distribuição balanceada dos benefícios e encargos de viver em uma sociedade, devendo também existir um sistema que mantenha a ordem, corrigindo eventuais disfunções e infrações.

Quanto à ideia central da teoria da Justiça, Rawls entende serem os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade, como objeto do acordo original (teoria do contrato social de Locke, Rousseau e Kant). Esses princípios, estabelecidos por pessoas livres e racionais, em uma situação de igualdade, definindo as condições para sua vida em sociedade, são a base de todos os acordos sociais firmados após o contrato social inicial. O contrato social, portanto, foi firmado com as pessoas em uma posição original, em que todos são racionais, com senso de justiça, e em situação semelhante, todos acobertados pelo “véu da ignorância” (ninguém sabe como será seu futuro ou sua situação nessa futura sociedade — tanto material quanto de inteligência, estado psicológico. Como ninguém sabe como será sua situação no futuro e todos estão equânimes, o acordo inicial é justo e, os acordos dele decorrentes, são também justos. É dessa posição inicial que surgem os acordos equitativos, por meio de uma decisão racional, e por isso que Rawls cunha a expressão “justiça como equidade”.

No segundo capítulo, discorrendo acerca dos princípios de justiça, Rawls esclarece acerca das instituições (o mesmo conceito que temos atualmente, como um conjunto de normas, hierarquias, deveres e direitos) e da justiça formal (estrutura básica formada por uma lista de direitos e deveres fundamentais, que mesmo que algumas pessoas não gostem, deve ser obedecida, por fazer parte da chamada “justiça formal”, realizada por autoridades imparciais). Os princípios da sociedade, para o autor, seriam dois: o da liberdade igual para todos e o da diferença, sendo que em cada sociedade, individualmente, é que esses princípios devem ser discutidos e colocados em prática.

No terceiro capítulo de “Uma Teoria de Justiça” discorre-se acerca da posição original, aquela na qual foi firmado o primeiro contrato social em situação de justiça. Há muitas variações de como pode ter sido essa posição



inicial, mas sempre se deve considerar os aspectos subjetivos dos sujeitos envolvidos, a aplicabilidade universal dos princípios escolhidos, sua publicidade e sua capacidade de resolver conflitos.

A segunda parte do livro trata das Instituições, e seu primeiro capítulo tem como título “Liberdade Igual”, no qual os princípios da liberdade igual e da diferença devem ser pensados por meio de uma sequência de quatro estágios, sendo o último a aplicação das normas aos casos específicos pelos juízes e pelos administradores públicos, além da observância destas normas por toda a sociedade. Em seguida, Rawls discorre acerca do conceito de liberdade, que está em ter instituições com normas públicas que definam direitos e deveres, sendo que o ato a ser realizado pela pessoa não tenha que sofrer interferência de vontade de terceiros. Sob outro prisma, a liberdade não é igualitária quando alguém tem mais liberdade do que outrem, ou quando não é assegurada a liberdade religiosa ou moral do indivíduo. Por fim, quanto à liberdade de consciência, poderia ser limitada com vistas à ordem e segurança geral, com base não na repressão do geral ao individual, mas sim pela necessidade da tolerância (mesmo com os intolerantes, pela adoção do princípio da liberdade igual). A constituição justa é exemplo de justiça procedimental e deve satisfazer às exigências da liberdade, resultando numa legislação justa e protegendo o princípio da participação, segundo o qual todos os indivíduos devem poder concorrer aos cargos eletivos. A liberdade pode ser restrita por questões naturais da vida ou por questões históricas e sociais, porém desigualdades devem ser sempre justificadas para os prejudicados e a liberdade deve sempre ser priorizada.

No capítulo seguinte, a justiça é analisada sob uma visão mais econômica, e as parcelas distributivas são estudadas como parte da estrutura básica da sociedade. O autor não traça nenhuma preferência pelos regimes de propriedade privada ou socialistas para definir o que chegaria mais perto da justiça, pois essas questões dependem de muitos fatores, porém levanta a questão do que seria o mínimo social, e ele dependeria da riqueza do país em questão e dos costumes de seu povo, além da capacidade de poupança. Rawls conclui, sabiamente, que a economia é imperfeita e que não há competitividade perfeita, e que diversos fatores, inclusive familiares, influenciam direta ou indiretamente na economia. Rawls termina a segunda parte, discorrendo acerca dos deveres e das obrigações.



A última parte do livro é sobre os objetivos, discorrendo acerca da ligação do bem com a racionalidade e da necessidade de uma teoria do bem, da importância da responsabilidade e do princípio aristotélico da motivação. Rawls esclarece que os planos de vida de cada indivíduo são diferentes, pois cada um define o que é o seu bem e quais suas prioridades, e isso é benéfico na sociedade, pois cada um tem seu talento; porém, quando se fala de justiça, não acontece do mesmo jeito, pois a comunidade tem princípios comuns e a aplicação da lei deve ser feita de maneira parecida para os mesmos casos.

Discorrendo acerca do senso de justiça em uma sociedade bem-ordenada (aquela na qual todos aceitam os mesmos princípios de justiça e as instituições atendem a tais princípios), conclui que nela a justiça é estruturada como equidade. A ideia por trás de todas essas leis seria a reciprocidade, sendo uma tendência profunda da psique, sendo que sem ela não seria possível uma cooperação social. O sistema justo, para Rawls, não necessariamente é estável; ele só o será se as pessoas tiverem um senso de justiça ou se preocuparem com as pessoas que estão em desvantagem (ou ambos); as pessoas entendem, então, que cumprir seus deveres e suas obrigações é a melhor reação às ações de terceiros. As pessoas podem ter uma maior ou menor capacidade de senso de justiça, e mesmo as que tenham menos senso não devem por isso ser menos protegidas, pois todos têm direito à justiça (e à liberdade) da mesma forma.

No último capítulo, cujo título é o bem da justiça, Rawls faz uma ligação entre a teoria da justiça, os valores sociais e o bem da comunidade. O objetivo central é “preparar o caminho para resolver as questões da estabilidade e da congruência, e analisar os valores da sociedade e o bem da justiça” (Rawls, 2000, p. 437). Conclui que em uma sociedade bem organizada, o plano racional de vida de uma pessoa sustenta e afirma o seu senso de justiça: primeiramente, a pessoa deve ter autonomia em seu juízo do que seria justo, sendo que a justiça também é intimamente ligada à união social; e as instituições justas dessa sociedade permitem que os seres humanos expressem a sua natureza de pessoas morais livres e iguais. Portanto, para Rawls, em uma sociedade bem organizada, um senso de justiça faz parte natural dos indivíduos, e assim, as tendências de instabilidade são afastadas ou até eliminadas.



Para Rawls, a liberdade e a razão não são incompatíveis na teoria contratualista, ao estarem presentes na posição original; nela a sociedade e o lugar de cada um é visto de maneira objetiva e os pontos de vista são compartilhados entre as pessoas, longe de serem realizados de maneira parcial ou injusta. Em épocas de dúvidas sociais ou perda da fé nos valores estabelecidos há uma tendência das pessoas de recair nas virtudes da integridade: veracidade e sinceridade, lucidez e compromisso, e autenticidade; isso porque nestes momentos as pessoas verificariam os princípios que seriam compatíveis com os princípios da posição original.

Assim, a sociedade bem organizada satisfaz os princípios da justiça, sendo coletivamente racionais a partir da perspectiva da posição original; e do ponto de vista do indivíduo, o desejo de firmar a concepção pública de justiça como o fator determinante de nosso plano de vida é coerente com os princípios da escolha racional. Essas conclusões apoiam os valores da comunidade, e ao atingi-las, minha análise da justiça como equidade se completa (Rawls, 2000, p. 643).

Portanto, nesta obra de Rawls a posição original é usada para definir o que é justiça e quais seus princípios, e após essa fase a justiça passa a ser vista como parte do bem comum e vinculada naturalmente à sociabilidade. Respeitar as pessoas seria reconhecer que elas possuem uma inviolabilidade fundamentada nessa justiça e que nem o bem-estar geral pode retirar.

3. RELAÇÕES ENTRE A TEORIA JUSNATURALISTA E JOHN RAWLS

A teoria de John Locke coloca os direitos naturais como decorrentes da “Lei Natural” a qual é um “imperativo da razão, eterno e imutável, evidente e inteligível para todos os homens” (Gonzaga, 2017). Esta lei natural, portanto, é uma declaração da vontade de um ente superior, sendo que os homens renunciam a sua liberdade natural para a concretização da liberdade convencional através do uso da razão, demonstrando a forte influência cartesiana no pensamento do teórico democrático-liberal. Esta razão faz com que os indivíduos que firmam o pacto social não renunciem a todos os seus direitos do estado de natureza, e, portanto, o soberano não pode desrespeitar nem



os direitos naturais e nem os políticos dos súditos (teoria demo-liberal e desenvolvida pelos jusracionalistas franceses) (Hespanha, 2005, p. 305).

Na verdade, o estado político apenas garantiria uma melhor administração dos direitos naturais, substituindo a autodefesa e a vingança privada pela tutela de uma autoridade pública. Por isso mesmo, o soberano, que não era a fonte nem do direito de natureza nem dos direitos individuais daí decorrentes, estava obrigado a respeitar o direito natural e os dos direitos políticos dos cidadãos: “[...] sendo o legislativo apenas um poder fiduciário para agir no sentido de certos fins, continua a permanecer no povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo, quando achar que o legislativo age contrariamente à confiança que se lhe deu [...]. E, assim, a comunidade retém permanentemente o poder supremo de se libertar dos atentados e desígnios de qualquer um, mesmo dos seus legisladores, desde que eles sejam tão estultos ou danados para formar ou levar a cabo desígnios contra as liberdades e propriedades dos súbditos” (*Two treatises of government, 1690, II, 13, p. 192*) (Hespanha, 2005, p. 305).

Conforme foi explorado acima, Rawls, em sua teoria de justiça, se filia a uma vertente contratualista de cunho liberal, que considera a autonomia das pessoas em seu nível mais elevado (Trindade, 2015, p. 4). As teorias contratualistas, dentre as quais se filia Rawls, são uma evolução do pensamento das teorias jusnaturalistas:

Como o jusnaturalismo também não ofereceu todas as respostas à questão do poder e do Estado, o contratualismo apresentou-se para preencher o vazio deixado pelas explicações religiosas e naturais sobre as questões morais e sobre o problema da autoridade. O poder, na modernidade, passa a ser uma construção dos próprios indivíduos, não podendo ser mais justificado por entidades metafísicas ou transcendentais. Na teoria da justiça como equidade defendida por Rawls, ele imagina um contrato hipotético, um acordo que firmaríamos sob condições ideais e no qual é respeitado nosso caráter de seres livres, racionais e iguais. Seu contrato é relevante porque reflete nosso *status* moral igual, ou a ideia de que, de um ponto de vista moral, o destino de cada um tem a mesma importância, ou seja, a ideia de que todos nos equivalemos. (Trindade, 2015, p. 4).

Para Koff e Weber (2022, p. 76–77) a teoria de Rawls não se funda no jusnaturalismo, mas somente admite a ideia de direitos e deveres naturais, sendo suas ideias com características jusnaturalistas, “em nada contradizendo ou enfraquecendo o modelo construtivista”. “Cumpre destacar que os princí-



pios de justiça são construídos, mas que esta construção pressupõe o dever natural de zelar pela justiça” (Koff, Weber, 2015, p. 77). Para Rawls os deveres naturais o são por já nascerem com o homem e por serem possuídos por todos os seres, e não por uma classe; esses deveres podem ser divididos em positivos ou negativos, “pertencendo à primeira classe os deveres de fazer justiça, de ajuda mútua e de respeito mútuo; quanto à segunda classe, trata-se dos deveres naturais de não lesar e de não prejudicar (RAWLS, 2013, p. 105)” (Koff, Weber, 2015, p. 78).

Portanto, não é unânime a doutrina ao definir que Rawls se filia ao jusnaturalismo clássico, sendo que parte acredita que estas ideias serviram apenas de inspiração ao filósofo americano. Porém, a questão da relação de ambos ao liberalismo é inconteste: Locke é considerado o “pai do liberalismo”, enquanto Rawls, além de assumir-se como tal, redigiu obras acerca do tema (“Liberalismo político”), assumindo incontestavelmente sua filiação à corrente.

4. CONCLUSÕES

John Rawls, ao estabelecer como base de sua teoria de justiça a ideia dos homens como seres racionais, que firmam um contrato inicial em situação na qual todos se assemelham e desejam o melhor para a comunidade, tendo em vista que desconhecem sua posição nesta futura sociedade, e que possuem dentro de si, como que intuitivamente, as virtudes da integridade (como a veracidade, a sinceridade, a lucidez, o compromisso e a autenticidade), em muito se aproxima das ideias jusnaturalistas, principalmente aquelas de cunho racionalista como a teoria de John Locke.

Para Locke os homens decidem, racionalmente, se unir em sociedade porque entendem que o estado político garante uma melhor administração dos direitos naturais; portanto, ao contrário de Hobbes, que concebe que os sujeitos renunciam a seus direitos ao soberano, Locke compreende não haver alteração na titularidade dos direitos naturais e políticos, que continuam pertencendo às pessoas, e que são apenas administrados pelo monarca.

Rawls e Locke entendem que a sociedade foi formada por uma opção racional dos cidadãos que possuem dentro de si instintos inatos de veracidade,



de solidariedade e justiça. Conseqüentemente, parece clara a relação entre John Rawls e o jusnaturalismo racionalista, especialmente a teoria de Locke, e ambos dividem o liberalismo como fonte e base da sociedade.

5. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**. V. 2. Out. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/>. Acesso em 18 fev. 2024.

GODOY, Arnaldo S. M. Antonio Hespanha e a História do Direito como um ornamento erudito. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-14/embargos-culturais-antonio-hespanha-historia-direito-ornamento-erudito>. Acesso em: 17 out. 2023.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Direito natural e jusnaturalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>. Acesso em: 05 nov. 2023.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia** — síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KOFF, Eduardo G.; WEBER, Thadeu. John Rawls e os deveres dos cidadãos e das instituições no combate da Covid-19. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 26, n. 2, p. 66–87, jul. 2022. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/25720/2/J_Rawls_e_os_deveres_dos_cidadoes_e_das_instituies_no_combate_da_covid_19.pdf. Acesso em: 09 nov. 2023.



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

ROUANET, Luiz P. Rawls: filósofo político do século 20. **Revista Cult**. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/rawls-filosofo-politico-do-seculo-20/>. Acesso em 15 out. 2023.

TRINDADE, Ubiratan. Uma teoria da Justiça de John Rawls e seus críticos. **Intuitiu**. vol. 8. n. 2. Dez/2015. p. 66–75. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/intuitio/article/download/18945/14201/95297>. Acesso em: 09 nov. 2023.

Submissão: 19.junho.2024

Aprovação: 27.junho.2024



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA THEMIS

Seguem abaixo as normas para publicação na Revista Themis:

Inédito: somente artigos e/ou resenhas inéditas serão publicadas pela Revista Themis;

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 com nosso editor-chefe, Prof. Dr. Paulo Baria: (17) 3216.3472 ou WhatsApp: (17) 9.9739.4019.

Regras para elaboração e formatação dos artigos e/ou resenhas:

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/ou coautor(es) contendo: nome, titulação acadêmica e profissional, identificadores acadêmicos como Lattes e/ou ORCID, 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 (para artigos, antes de iniciar o texto); Dados da obra resenhada (para resenha, com título completo da obra, editora, número de páginas, ano de publicação);
8. Texto com mínimo de 10 e máximo de 20 páginas (para artigos); Texto com mínimo de 2 e máximo de 8 páginas (para resenhas);



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. Para os artigos, torna-se obrigatória a utilização do sistema de referências ao final do texto, seguindo o padrão da NBR 6023-ABNT/2023, sem numeração dos itens;
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 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