

THEMISRevista

JURÍDICA

Volume 01 • Número 01 • Jan-Jun 2020



REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

THEMIS REVISTA

Jurídica

Volume 01
Número 01
Janeiro - Junho 2020

Fadac
Sociedade Educacional Ltda.

THEMIS REVISTA JURÍDICA - ISSN 2763-8243

Volume 01 - Número 01

Janeiro - Junho 2020

Periodicidade: Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Editor chefe: Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor adjunto: João Paulo Vani

Secretária adjunta: Larissa Rodrigues Serafim da Silva

Revisão de texto: Maria Sueli Ribeiro da Silva

Editoração gráfica: Juliano Farias da Nóbrega

CONSELHO CIENTÍFICO - BRASIL

Prof. Dr. Gentil de Faria

Prof. Dr. José Roberto Castro Neves

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida

Prof. Dr. José Affonso Dallegre Neto

CONSELHO CIENTÍFICO – EXTERIOR

Prof. Dr. João Leal Amado (Portugal)

AUTOR CORPORATIVO

Fadac Sociedade Educacional Ltda.

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

15091-340 – São José do Rio Preto – SP – Brasil

THEMIS Revista
JURÍDICA

REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

APRESENTAÇÃO

Nasce a Themis Revista Jurídica, em meio à pandemia do COVID 19 provocada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) – fato este que nos obrigou ao isolamento social, dentre outras práticas nem sempre apreciadas nos trópicos.

Mesmo assim, o momento é oportuno para deixar claro que o melhor remédio é seguirmos em frente, enfrentando os desafios da vida, que é sempre palpitante e cheia de surpresas.

O objetivo da Revista é tratar de assuntos jurídicos com temas inovadores ou mesmo daqueles antigos sob um novo enfoque, pois acreditamos que Tudo se cria, nada se copia, conforme tratado no primeiro artigo deste volume.

O periódico, que será semestral, surge do anseio de fomentar o conhecimento e a pesquisa no universo jurídico, dando espaço editorial para difusão de novas ideias e conceitos entre todos os que militam na seara do Direito.

Neste primeiro volume, trouxemos à reflexão dos leitores 10 (dez) artigos escritos por juristas de todo o país, todos comprometidos com o desenvolvimento da pesquisa em suas respectivas áreas de atuação.

Procuramos estabelecer regras claras para aceitação dos textos, facilitando a compreensão dos objetivos da Revista para todos aqueles que pretendem colaborar, publicando o resultado de seus estudos.

Nesse sentido, reproduzimos, ao final, o Regulamento, as Normas de Publicação e de Edição da Themis Revista Jurídica, o que facilitará o trabalho dos pesquisadores, colaboradores e pareceristas.

Venha conosco e boa leitura!

São José do Rio Preto/SP, junho de 2020.

Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho
Editor Chefe

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 1. Tudo se cria, nada se copia | 6 |
| Paulo Cesar Baria de Castilho | |
| 2. Da impossibilidade de se combater uma criminalidade do século XXI utilizando um direito penal do século XIX: A desterritorialização jurídico-penal como consequência da tecnologia | 10 |
| Bruno Henrique Castelo Branco Arena | |
| 3. Subordinação por algoritmo | 31 |
| Paulo Cesar Baria de Castilho | |
| 4. O direito penal do inimigo: Uma perspectiva histórico-literária acerca dos julgamentos aos nazistas e do ato patrótico | 60 |
| João Paulo Vani | |
| 5. A polêmica opção pela meritocracia | 77 |
| José Affonso Dallegrave Neto | |
| 6. O direito autoral do empregado autor | 84 |
| Renata Lázaro Alves da Costa & Paulo Cesar Baria de Castilho | |
| 7. O prazo para propor embargos de terceiros | 101 |
| Nelson Finotti Silva & Paulo Cesar Baria de Castilho | |
| 8. O trabalho em casa em tempos de pandemia e a precarização do trabalho | 116 |
| Claudia Maria de Arruda | |
| 9. A negociação coletiva de trabalho e seu potencial mitigador dos efeitos deletérios da crise pandêmica no mundo do trabalho | 136 |
| Talita Dartíbal Amado & Fernanda Amabile Marinho de Souza Gomes | |
| 10. Salário diferido ou empréstimo compulsório | 153 |
| Luciana Carneiro da Rosa Aranalde & Marcel de Ávila Soares Marques | |
| 11. Machado de Assis, the law and the lawyers | 169 |
| Gentil Luiz de Faria | |

TUDO SE CRIA, NADA SE COPIA

Paulo Cesar Baria de Castilho¹

Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP

“Nada se cria, tudo se transforma” é uma frase atribuída ao químico francês Antoine Lavoisier. No jargão popular se diz que “Nada se cria, tudo se copia”. Num mundo líquido, em que as ideias são disseminadas pela rede mundial de computadores com uma velocidade estonteante, surge sempre a possibilidade do plágio, que é um problema sério para academia. Mas o que diferencia um plágio de uma ideia em transformação pela evolução natural das coisas e pelo conhecimento que é enriquecido a todo instante?

Nada nasce do nada. A verdade é que *Das coisas, nascem coisas*, como sugere Bruno Munari (p. 10-12), *designer* e filósofo italiano, em seu livro com este título. Das ideias, nascem outras ideias, com um olhar diferente e, provavelmente, com sentido diferente.

Na literatura, Julia Kristeva, citando o escritor russo Mikhail Bakhtine (*apud* Faria p. 62) exprime essa ideia ao afirmar que “todo texto se constrói como mosaico de citações, todo texto é absorção e transformação de outro texto.”

Nesse sentido, aquilo que se escreve é a reescritura de outros textos, de autores precursores. Ao nascer, começamos a sofrer influência do mundo à nossa volta, afirmava Goethe (*apud* Faria p. 75). A família, o lar, a religião, os amigos, a escola, todos vão moldando nossa ideologia. E isso se reflete no pensamento e, por consequência lógica, na escrita de um autor.

Rubem Alves, educador, filósofo e professor emérito da Unicamp, dizia: “para se fazer Ciência, bastam duas coisas: olho e cabeça. Olho para observar o mundo e cabeça para pensar.” Não são necessários grandes laboratórios, especialmente em ciências humanas, que têm a sociedade como campo de pesquisa.

“Todo criador herda conceitos, contextos, ferramentas, métodos, dados, leis, princípios e modelos de milhares de outras pessoas, mortas e vivas.” Isaac Newton, no auge de suas descobertas, afirmou que: “Se eu vi mais longe é porque estou de pé, no ombro de gigantes” (*apud* Ashton p. 134). Com isso, o notável cientista deixou claro que, para desenvolver suas teorias sobre o universo, foi imprescindível o trabalho de pesquisa de outros que o precederam, os quais, aos

¹ Advogado. paulobaria@fadac.com.br.

poucos, foram abrindo o caminho na mata virgem.

Mesmo essa frase, atribuída há séculos ao grande físico inglês, teve origem em tempos muito mais remotos. “Robert Merton colocou essa cadeia de apropriações num livro, *On the shoulders of Giants* [Sobre os ombros de gigantes], para exemplificar a longa sequência de mãos que é a realidade da criação e para mostrar como uma pessoa, geralmente famosa, pode acumular crédito imerecido.” Isso deixa claro que, novas invenções, inclusive no campo da tecnologia, acontecem porque outros pesquisaram antes. Ninguém se preocupava em dizer que a frase de Newton teria sido um plágio, eis que “era quase um clichê na época em que ele escreveu” (Ashton p. 135).

Ao longo da história, houve diversas descobertas consideradas inúteis à época e ao conhecimento que existia até então. Contudo, com o desenvolvimento de novas técnicas e materiais, aquela invenção primeva, originariamente rejeitada, passa a ter grande utilidade a ponto de guiar ou induzir às novas descobertas.

Nas Ciências Humanas, isso não é diferente. Especificamente na seara do Direito, Oliver Wendell Holmes Jr., conhecido jurista e integrante da Suprema Corte Americana afirmou que “o Direito não é lógica, mas sim experiência”. Experiência adquirida com a vida vivida. No Brasil, o eminente jurista Carlos Maximiliano, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, apoiado em robusta doutrina estrangeira, vaticinou: “A interpretação das leis é obra de raciocínio e de lógica, mas também de discernimento e bom senso, de sabedoria e experiência.”

O Homem é o acúmulo de experiências. Cada dia um fato novo ou a reinterpretção de um fato antigo, conhecido, o faz crescer intelectualmente, acrescentando sempre algo mais àquilo que, até então, era definitivo. Mas não existe ponto final em nenhuma área do conhecimento. O Homem é um ser em desenvolvimento. O Universo continua seu processo de expansão. O conhecimento humano também. Vai acumulando experiências e descobrindo novas soluções.

Nessa linha de raciocínio e como afirmou Roland Barthes (*apud* Faria p. 63): “Todo texto é um *intertexto*; [...] todo texto é um tecido novo de citações passadas.” São com essas referências e entrelaçamentos, que se cria algo novo ou se amplia aquele pensamento já existente.

Assim como não há dois indivíduos iguais, não há dois textos iguais. Ambos estão carregados de impressões pessoais e culturas diversas que nele se inserem, para o bem ou para o mal.

Aquilo que foi escrito por vários autores, com citações e pensamentos

diferentes, em áreas distintas do conhecimento humano, são condensadas na criação de outro texto, a partir da experiência única de seu autor, trazendo outra ideia ou campo de visão diferente, ampliando o conhecimento adquirido e acumulado, fazendo progredir a ciência humana, em busca de se compreender melhor o seu significado no contexto social, para o qual se pretende aplicá-lo.

Outros textos virão e poderão se utilizar das ideias nele lançadas. E isso pode acontecer em épocas diferentes do convívio humano para o qual foram pensadas. O importante é que estará ali, registrado em algum momento da história, para que alguém continue e amplie essas ideias, sempre na busca de compreensão do pensamento humano.

“Vulgar é o ler, raro o refletir”, advertia Rui Barbosa, em *Oração aos moços* (p. 33). Na criação de uma revista científica, a preocupação maior é desenvolver o ato de pensar, de refletir. Não de forma inútil ou mera filosofia de boteco, aquela do lugar-comum. Mas pensar proativamente, com ideias que, ainda que reinterpretando outras precursoras, farão dar mais um passo no caminho do conhecimento científico.

Deve-se passar sempre longe do plágio, fazendo isso por meio da citação do autor de uma ideia anterior, ainda que ela não seja original (como se viu no caso do pensamento atribuído à Isaac Newton), mas trazendo novos argumentos e pontos de vista que irão enriquecê-lo, até o ponto do fio condutor se tornar uma corda de âncora de navio, firme, forte, resistente, até que a próxima onda avassaladora consiga arrastar tudo até outro patamar.

Esse é o nosso desejo!

Obras citadas:

ASHTON, Kevin. *A história secreta da criatividade*. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Papagaio, 2009.

FARIA, Gentil de. *Estudos de literatura comparada*. Curitiba: Appris, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MUNARI, Bruno. *Das coisas nascem coisas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WIKIPEDIA. Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Oliver_Wendell_Holmes,_Jr.>. Acesso em: 06 mar. 2019.

DA IMPOSSIBILIDADE DE SE COMBATER UMA CRIMINALIDADE DO SÉCULO XXI UTILIZANDO UM DIREITO PENAL DO SÉCULO XIX: A DESTERRITORIALIZAÇÃO JURÍDICO-PENAL COMO CONSEQUÊNCIA DA TECNOLOGIA

On the impossibility of fighting a criminality of the 21st century by using a criminal law of the 19th century: the penal-legal desterritorialization as a consequence of the technology

Área: Direito Penal. Política Criminal.

Bruno Henrique Castelo Branco Arena¹
Mestrando em Direito Penal e Humanos

RESUMO: Como premissa básica de todo o texto, parte-se da ideia de que a configuração social condiciona as características do Estado, do Direito, e mais especificamente, do Direito Penal e da Política Criminal. Tomando a tecnologia como fator primordial ao processo de globalização, verifica-se nesse contexto como o Estado de hoje é diferente do Estado moderno fruto da Revolução Francesa. O chamado Estado pós-moderno gerou um Direito pós-moderno, e sua caracterização é buscada no segundo tópico deste trabalho. Como todas as inovações tecnológicas ocorridas ao longo da história, os sistemas de informação atuais e a internet trouxeram consigo benefícios e malefícios, dentre estes, a possibilidade de uma criminalidade a nível global. As consequências da tecnologia para o Direito penal e a Política criminal são analisadas no terceiro tópico e, por fim, mapeiam-se alguns modelos desterritorializados para combate à criminalidade do século XXI, que não mais deve ser fulcrada em um modelo de código penal estatal com lógica do século XIX.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade contemporânea. Política criminal transnacional. Direito Penal internacional. Estado pós-moderno. Direito Penal pós-moderno.

ABSTRACT: As a basic premise of the entire text, the idea is that the social configuration determines the characteristics of the State, of the Law, and more specifically, of the Criminal Law and the Criminal Policy.

¹ Universidade de Salamanca - Espanha. bruno.arena.usp@gmail.com

Considering technology as a primordial factor in the globalization process, it is verified in this context how the present State is different from the modern State resulting from the French Revolution. The so-called post-modern State generated a post-modern Law, and its characterization is sought in the second topic of this work. Like all technological innovations that have occurred throughout the history, current information systems and the internet have brought benefits and harms, including the possibility of a global crime. The consequences of technology for criminal Law and criminal Policy are analyzed in the third topic and, finally, some deterritorialized models to fight crimes of the 21st century are mapped, which should no longer be embedded in a State penal code model with the logic of the 19th century.

KEYWORDS: Contemporary criminality. Transnational criminal policy. International Criminal Law. Postmodern State. Postmodern Criminal Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O diagnóstico e os impactos da tecnologia na construção do direito. 2. As consequências para o direito penal. 2.1 Possíveis modelagens teórico-penais para o problema da criminalidade do século XXI. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

No momento em que escrevemos este artigo é difícil falar de algo diferente do que toma a pauta de todos os periódicos: a pandemia do COVID-19, que faz lembrar a canção *O Dia em que a Terra parou* de Raul Seixas. Porém, optamos por não se desenvolver algo em torno do Estado de Exceção à ordem jurídica, que se tornou regra nos países para lidar com a saúde pública atual, mas de algo mais perene, que é a construção do Direito a partir de certa configuração social, e mais detidamente quanto às implicações jurídicas de uma configuração social impactada pelo “conjunto de conhecimentos, especialmente princípios científicos, que se aplicam a um determinado ramo de atividade”, que corresponde à definição de tecnologia. (FERREIRA, 1993, p.528).

Primeiro e panoramicamente, passemos pelo falar de tecnologia em diferentes âmbitos. No literário e cinéfilo, sempre esteve acompanhado de um receio e de previsões distópicas² e/ou totalitárias de futuro, desde o romance

² “Distopia” deve ser entendido como o avesso de “Utopia”, sendo este cunhado como vocábulo homônimo ao título do livro de Thomas Morus de 1516 e que significava uma busca por uma sociedade ideal, em que o autor vislumbrou uma ilha pacifista em que vigeria a igualdade, a

The Time Machine (1895) de H.G. Wells, passando por *Metrópolis* (1927) de Fritz Lang, *Brave New World* (1932) de Aldous Huxley, *1984* (1949) de George Orwell, *Eu, Robô* (1950) de Isaac Asimov, *Laranja Mecânica* (1962) de Anthony Burgess, até mais recentemente se chegar a *Matrix* de Lana e Lili Wachovski, *Minority Report* (2002) de Steven Spielberg, *Submissão* (2005) de Michel Houellebecq e também à série *Black Mirror* (2011).

No filosófico e místico-religioso, o mais famoso conceito acerca do impacto da ciência e da tecnologia foi cunhado por Max Weber em sua conferência *A Ciência como vocação*, de 1917 que é o “desencantamento do mundo”. Termo para explicar que o mundo deixou de ser permeado por forças ocultas e mágicas para se tornar científico técnico, manejável e previsível, desencantando-o (WEBER, 2011, p.25-43).

Ainda no filosófico e também psicológico, podemos dizer que a tecnologia possibilitou que chegássemos a uma sociedade do cansaço, em que a maioria das pessoas porta em seus bolsos a possibilidade de trabalhar e estar *on-line* a qualquer momento, tornando-se servas de si mesmas, em uma sociedade em que não mais vige a lógica disciplinar foucaultiana ou freudiana, mas a lógica do desempenho (HAN, 2017, p.23), gerando ansiedade e depressão (ibidem, p.27). Ademais, o processamento de informações aumentou, mas não foi acompanhado por um aumento de compreensão ou intuição (SCHÜLER e WOLF, 2017, p.227).

Na área médica, falamos da telemedicina, embora ainda encontre problemas de regulação pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro, pois ainda se parte da ideia que a anamnese é necessariamente presencial; cirurgias à distância, em que um médico em outro país pode realizar intervenções operatórias, controlando um robô remotamente; câmeras em cápsulas que permitem diagnósticos internos sem necessidade de endoscopias, entre outros inúmeros impactos. Para o Direito Médico, interessa que a maior possibilidade de intervenção na integridade física do paciente gera maiores possibilidades de cura, mas igualmente de maiores possibilidades de lesões a seus bens jurídicos, o que por certo gera uma judicialização da saúde.³

Quanto à bioética (termo surgido na década de 70), é uma ciência que surgiu necessariamente para o estudo dos impactos da tecnologia sobre a vida e

liberdade e a fraternidade entre as pessoas.

³ Segundo pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), houve um aumento de 130% em demandas relativas à saúde entre os anos de 2008 e 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd-5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

qual seria o melhor proceder ético no manejo da ciência (JIMÉNEZ SERRANO, 2013, p.23). Não é à toa que os impactos bioéticos talvez sejam os primeiros a virem à mente das pessoas ao se falar do impacto tecnológico em nossas vidas. A biotecnologia deu ainda asa a uma quarta dimensão dos direitos fundamentais.

De implantações de próteses e marcapassos, hodiernamente já consideradas como normais, até pessoas que portarão em si cada vez mais melhoramentos em suas capacidades físicas e/ou psíquicas, “não apenas as questões legais, mas também as éticas aparecem – aparecerão – em primeiro plano” (NAVARRO; CLAVIJO, 2018, p.4, tradução nossa)⁴. Figuras surgentes como o homem biônico, o ciborgue, o androide e o robô, em suma, o trans-humano e o pós-humano (RANISCH e SORGNER, 2014, p.8), colocarão desafios ao Direito, que se pretende ubíquo na vida social, e também à Ética, que terá que dizer “quem merece o que” nas distribuições dos bens sociais aos “humanos melhorados” por conta da ajuda tecnológica (SANDEL, 2015, p. 254).

Voltando-nos para o Direito como fenômeno jurídico e cultural, colocando, assim, nossa questão e premissa, partamos do brocardo latino: *ubi societas, ibi ius*, que significa onde há sociedade, há direito, bem como também é válido o oposto, onde há direito, há sociedade, para daí extrair que “são necessárias novas leis que regulem a nova realidade, sem nos esquecermos das garantias conquistadas” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2012, p.122), de modo que se deve partir de diagnósticos da sociedade para daí tentar extrair quais as características de seu Direito, sendo certo que uma mudança social acarreta mudanças no seu ordenamento jurídico, e a tecnologia tem papel de destaque naquele mecanismo de mudança. Isso será abordado no primeiro tópico deste artigo.

A rede mundial de computadores, fruto da técnica informática, possibilitou que o mundo se tornasse globalizado, trazendo, com isso, facilidades, rapidez, comunicação instantânea, mas também mais riscos e uma criminalidade transnacional, sem fronteiras, que ainda se encontra combatida com a lógica estatal e de fronteiras. Os impactos no Direito Penal será a abordagem do segundo tópico.

Assim, o Direito Penal e sua possibilidade de aplicar penas, que surgiu como a maior expressão da soberania estatal, encontra-se com seus princípios norteadores (princípio da territorialidade, princípio da legalidade, etc.) em xeque, carecendo de um diagnóstico do Estado, que se diz pós-moderno, a fim de que

⁴ “no sólo cuestiones legales sino también las éticas aparecen – aparecerán – en primer plano”

entendamos o funcionamento jurídico da aplicação de penas e da proteção dos direitos humanos. Em último tópico, então, serão expostos alguns modelos possíveis para compreensão dos mecanismos atuais de aplicação do *ius puniendi*.

1. O diagnóstico e os impactos da tecnologia na construção do direito

As primeiras questões que vêm à mente da maioria dos juristas, experientes ou não, quando se está na interlocução Direito e Tecnologia são as *startups* jurídicas, ou as chamadas *Lawtechs*. No vértice processual da advocacia⁵, os processos de massa serão tratados por robôs; no vértice do julgador, a inteligência artificial também aparece como ferramenta para solução do número crescente de processos judiciais⁶ e, até mesmo, em procedimentos administrativos, a prática se torna recorrente.⁷

Em continuando nesse viés, estaríamos fazendo uma opção que seria a dos impactos da tecnologia na aplicação do Direito, o que não será abordado neste artigo. Preferimos aqui a abordagem anterior à sua aplicação, que é a de como o Direito se constrói a partir dos fatos sociais. O que em âmbito penal, tópico abaixo, se daria percorrendo o seguinte item: criminologia (análise sociológica) – política criminal (como se trata o fenômeno criminal em termos políticos) – direito penal (dogmática extraída da análise das normas penais).

Os diagnósticos sociológicos dos fatos sociais são essenciais, então, para daí se extrair como são construídas as normas jurídicas e, a partir delas, buscar a compreensão de seu funcionamento. Exemplificando de maneira simples e direta a importância dessa implicação lógica, não haveria que se falar, há 50 anos atrás, da existência de normas jurídicas que tratassem de crimes cibernéticos, contratos eletrônicos, compras *on-line* ou mesmo de relação de trabalho na *gig economy*, porque esses elementos nem existiam no mundo.

⁵ ROCHA, Gustavo. Escritórios de Advocacia reduzem 59% do prejuízo financeiro usando software jurídico. *Jusbrasil*, Software Jurídico, out/2019. Disponível em: <<https://gustavorochacom.jusbrasil.com.br/artigos/757117830/escritorios-de-advocacia-reduzem-59-do-prejuizo-financeiro-usando-software-juridico?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁶ ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE. Estônia quer substituir os juízes por robôs. *Tecnologia*, 04 de abril de 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/estonia-quer-substituir-os-juizes-por-robos.html>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁷ JUSBRASIL. Robô advogado já venceu mais de 160.000 apelações contra multas de trânsito. Olhar Digital Uol, 2016. Disponível em: <<https://examedoab.jusbrasil.com.br/noticias/354856640/robo-advogado-ja-venceu-160000-apelacoes-contras-multas-de-transito>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

Como exemplo histórico, nas sociedades primitivas germânicas, pré-românicas, cuja lógica se tornou a essência do direito feudal (FOUCAULT, 2013a, p.62), a pena mais grave era a perda da paz (*Friedlosigkeit*), conhecida hoje como banimento, que “consistia em retirar do ofensor a proteção da comunidade, com o que ficava à mercê de quem quisesse matá-lo” (ZAFFARONI et al, 2011, p.388), pois era muito difícil viver fora de alguma comunidade, em que as pessoas tinham relações de solidariedade mecânica⁸. A pena de encarceramento como pena em si, teria surgido, para Foucault⁹, tempos depois no contexto pós-revolução industrial, pois, na antiguidade, a restrição de liberdade ocorria como passo anterior à aplicação de alguma outra pena.

Então, vemos que a sociedade condiciona a construção das normas jurídicas, e uma variação na sua configuração implica em variação das suas normas.

Para Mafesolli (apud Schüler e Wolf, 2017, p.106), intelectual francês e referência nos debates em torno do conceito de pós-modernismo, o auge da modernidade, que veio com a descoberta de um novo mundo por meio de circunavegações, gerou um novo *Nomos* e, a partir de uma divisão de terras, se estabeleceu a ordem do direito europeu e, contemporaneamente, voltaria a aplicar essa ideia “às circunavegações pela internet. À cibercultura. Há uma navegação se produzindo na tela. E essa circunavegação pós-moderna está, evidentemente, induzindo a um novo *Nomos*”.

O Estado Moderno, e consequentemente o direito moderno, tinha como características o império da razão, a soberania, o monismo jurídico, a forma piramidal, a sistematicidade, a generalidade, a estabilidade, a perenidade e era fundado na figura do indivíduo, sendo certo que, na visão kelseniana, Estado era equivalente a Direito (CHEVALLIER, 2009, p.119).

É claro que os impactos tecnológicos sobre o mundo, mudaram-no, globalizando a economia e gerando uma fluidez de suas fronteiras, bem como uma derrocada de sua soberania, incorrendo em que:

os Estados nacionais não governam mais, mas se limitam a gerir as consequências negativas do processo. Sua finalidade é a pacificação interior, o controle dos setores produtivos

⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 41.ed. Petrópolis: Vozes, 2013b.

(desempregados) e produtos em movimentos (imigrantes) mediante políticas de segurança e ordem pública (SANZ MULAS, 2019a, p.179, tradução nossa).¹⁰

Tanto é assim que uma pesquisa recente da *Global Trends* mostra que:

das 150 maiores entidades econômicas do mundo, 59 por cento são corporações e 41 por cento são Estados-nação [...] Ford tem receita anual maior que o PIB da Nova Zelândia [...] e se o Walmart fosse um Estado-nação, seria a vigésima segunda economia do mundo (TOMBS; WHITE, 2015, p.5, tradução nossa).¹¹

Assim, “os Estados são grandes demais para resolver os problemas cotidianos e pequenos demais para fazer frente aos problemas da globalização” (SANZ MULAS, 2019a, p.176, tradução nossa)¹², pois grandes conglomerados econômicos não respeitam fronteiras e impõem seu *modus operandi* à feitura de normas jurídicas e condiciona investimentos por todo o globo, deslocalizando empresas e precarizando relações trabalhistas (BALLESTEROS SÁNCHEZ, 2016, p.260).

Chevallier (2009, p.145) nomeia o “direito da globalização”, que é um direito não mais unicamente decorrente dos ditames estatais, mas construído boa parte pela iniciativa dos próprios operadores econômicos, como direito extraestatal.

Nesse ponto, necessariamente incorreremos no conflito que:

está agora aberto entre o relativo, inscrito na noção mesma de direito, identificado com o Estado (o termo “Estado de direito” parecia um pleonasma para Kelsen), e este universal, fragmentariamente

¹⁰ “los estados nacionales ya no gobiernan, sino que se limitan a gestionar las consecuencias negativas del proceso. Su finalidad es la pacificación interior, el control de los sectores productivos (desempleados) y productos en movimiento (inmigrantes) mediante políticas de seguridad y orden público”.

“the world’s 150 largest economic entities, 59 per cent are corporations and 41 per cent are nation states [...] Ford has higher annual earnings than New Zealand’s GDP [...] and if Walmart was a nation state, it would be the twenty-second largest economy in the world”.

¹¹ “the world’s 150 largest economic entities, 59 per cent are corporations and 41 per cent are nation states [...] Ford has higher annual earnings than New Zealand’s GDP [...] and if Walmart was a nation state, it would be the twenty-second largest economy in the world”.

¹² “los Estados son demasiado grandes para resolver los problemas cotidianos y demasiado pequeños para hacer frente a los problemas de la globalización”.

tornado jurídico, que aparece nos manuais de direito positivo [...] direitos do homem, crimes contra a humanidade [...] têm vocação para serem aplicados por todo o planeta (DELMAS-MARTY, 2006, p.26).¹³

Assim, Delmas-Marty (2014, p.9) se interroga como ultrapassar a clivagem binária entre o relativo e o universal, buscando sua coexistência e defendendo que a internacionalização do Direito Penal pode contribuir para a elaboração de valores comuns, o que será melhor explorado no próximo item.

Para Harari (2018, p.34-35), “tanto o liberalismo quanto o comunismo estão agora desacreditados” e seria o caso de abandono de uma narrativa universalizante, globalmente única. Para o historiador, essa crise e o vácuo deixado pelo colapso do liberalismo, fazem surgir fantasias quanto ao “passado dourado” das nações, fazendo os cidadãos anelarem pelo Brexit e pelo discurso do Presidente Donald Trump.

Em oposição aos nacionalismos atuais, que não deveriam ser encarados como ressurgimentos do fascismo histórico (ou Ur Fascismo para Umberto Eco), mas como fruto de uma descrença na democracia, citamos o fomento à internacionalização proferido em seu discurso final nas Nações Unidas, em 2016, pelo presidente Obama:

Podemos escolher avançar com um melhor modelo de cooperação e integração ou podemos recuar a um mundo nitidamente dividido e, por fim, em conflito por antigas linhas de nação, tribo, raça e religião. Gostaria de sugerir a vocês hoje que devemos ir adiante e não para trás. Acredito, mesmo imperfeitos como são, nos princípios de mercados abertos, de governança responsável, de democracia, de direitos humanos e de direito internacional (REILLY, 2016, tradução nossa).¹⁴

¹³ “est désormais ouvert entre le relatif, inscrit dans la notion même de droit, identifié à l’État (le terme ‘État de droit’ semblait un pléonisme à Kelsen), et cet universel, devenu juridique par fragments, qui fait son apparition dans les manuels de droit positif [...] droits de l’homme, crimes contre l’humanité [...] ont vocation à s’appliquer sur l’ensemble du territoire planétaire”.

¹⁴ “We can choose to press forward with a better model of cooperation and integration. Or we can retreat into a world sharply divided, and ultimately in conflict, along age-old lines of nation and tribe and race and religion. I want to suggest to you today that we must go forward, and not backward. I believe that as imperfect as they are, the principles of open markets and accountable governance, of democracy and human rights and international law”. REILLY, Katie. Read Barack Obama’s final speech to the United Nations as President. Time, Politics, 20 set. 2016. Disponível em: <<https://time.com/4501910/president-obama-united-nations-speech-transcript/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

Numa perspectiva conciliadora entre o globalizar e o desglobalizar (ou globalizar), Edgar Morin (apud Schüler e Wolf, 2017, p.115) opta por tomar da globalização “tudo aquilo que contribui para a solidariedade humana” e da desglobalização a salvaguarda da “autonomia local, regional e nacional”. Sugere a troca do termo “desenvolvimento” por uma política da humanidade, que seria uma política capaz de fazer o reencontro entre o melhor da cultura nacional e se abrindo às culturas estrangeiras.

Vejam como essa perspectiva tem impacto direto na gestão da aceitação do estrangeiro ou das sociedades primitivas ainda existentes. Nessa esteira, surgem as questões do modelo assimilacionista francês, do multicultural inglês, do direito indígena ou mesmo dos delitos culturalmente motivados.

Mas ainda, partindo da lógica dos elementos do Estado, algumas questões a serem respondidas são: O Estado ainda deve ser caracterizado como Estado Moderno, que é definido como povo, num território delimitado, sobre o qual vige uma soberania e um monismo jurídico? Qual o tipo de Estado? Qual sua base territorial hoje? Esse Estado teria ainda a mesma lógica de sua formação no século XVIII?

Nesse ponto, filiamo-nos à posição de Luhmann sobre o Estado, conforme sua teoria exposta por Trindade (2008, p.102), “não se pode mais ficar preso ao dogma de um Estado soberano cujas fronteiras geográficas delimitam as bases para as relações jurídicas. A visão dada pelo postulado luhmanniano supera a territorialidade e apresenta uma estrutura de sociedade global”.

A essa condição social de ausência de fronteiras e/ou de fundamentos ou valores fixos, em que só o relativo parece universal, que veio em decorrência do ocaso das narrativas totalizantes fundadas no progresso iluminista, Lyotard (apud Chevallier, 2009, p.115) deu o rótulo de condição pós-moderna em seu livro homônimo. O Estado, que surge nesse contexto, é, então, um Estado pós-moderno, e “à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno”.

Quanto ao povo desse “Estado”, poderíamos pensar em uma *Weltgesellschaft* (ou seja, sociedade mundial, conforme Luhmann (2016)), cuja caracterização, fulcrada na comunicação, sai fora dos objetivos deste trabalho. Essa sociedade, segundo esse autor, possuiria um ordenamento jurídico, “mesmo sem uma legislação e sem uma jurisdição centrais” (LUHMANN, 2016, p.457).

Assim, apesar de os elementos estatais terem sofrido um abate, ainda é

utópico se falar em uma norma universal que seja aplicada sem a intermediação do Estado, ou que se tenha um *enforcement* universal. O direito global ainda sofreria com problemas da seletividade de bens jurídicos a serem protegidos e regulamentados, tornando ainda impensável um direito universal fundado no direito e na dignidade do cidadão mundial kantiano (HÖFFE, 2007, p.309).

2. As consequências para o direito penal

A tecnologia, além de globalizar o mundo, como já dito no item anterior, impactando na formação da sociedade, do Estado e do Direito, também permitiu maiores possibilidades à criminalidade.

A globalização é um multiplicador de riscos e na relação tecnologia e criminalidade, o Plano de Ação de luta contra a delinquência, organizada do Conselho Europeu de abril de 1997, apresenta essas novas possibilidades:

O comportamento criminoso já não é apenas obra de indivíduos, mas também de organizações que penetram nas diversas estruturas da sociedade civil e, efetivamente, na sociedade no seu todo. A criminalidade está a ser cada vez mais organizada através das fronteiras nacionais, tirando igualmente partido da livre circulação de bens, capitais, serviços e pessoas. Inovações tecnológicas como a Internet ou as operações bancárias electrónicas acabam por revelar-se veículos extremamente úteis para a perpetração de delitos ou a transferência dos produtos do crime para atividades aparentemente lícitas.¹⁵

Surgem problemas sobre como enfrentar transnacionalmente o “Estado paralelo” das organizações criminosas que atuam em nível global, o terrorismo e o inimigo etéreo que podem explodir a seu lado a qualquer momento, o tráfico de pessoas, que se aproveita das condições de exilados econômicos, ou ainda a criminalidade de empresa que mistura atividades lícitas com ilícitas em pessoas jurídicas legalmente constituídas e que têm grande penetração, por meio da corrupção, nas instituições estatais (vide o caso Odebrecht).

Porém, os códigos penais são regidos pelo princípio da territorialidade e perdura até nossos dias a teoria do delito de raiz germânica, ancorada no

¹⁵ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Plan de Acción para Luchar contra la delincuencia organizada. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 28 de abril de 1997. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/367cd9fb-841b-41c9-a6d6-9f12c8aed4f7/language-es>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

século XIX e na lógica de von Liszt: Estado moderno e soberano, que aplica seu *ius puniendi* na sua base territorial fixa e sobre uma pessoa física, dotada de consciência e culpabilidade, vivente nesse Estado (BALLESTEROS SÁNCHEZ, 2016, p.230).

Mas, como já citado, a tecnologia alterou a forma das relações sociais, da sociedade e do Estado, transformando-o no que pode ser chamado de Estado pós-moderno, cujas fronteiras são fluidas, cuja base territorial foi desterritorializada, não cabendo mais se falar em princípio da territorialidade, nem em *ius puniendi* fulcrado em soberania, mas antes num *ius puniendi* sem soberano (NIETO MARTÍN, 2019, p.19; PASTOR, 2009, p.110), ou mesmo ensaiando uma justificativa para essa condição, Ambos (2014, p.58) responde negativamente à questão: será que falta ao Direito Penal Internacional o poder e a legitimidade para fazer uso do Direito Penal para impor pena aos indivíduos?

Estão em xeque, pois, o território e a soberania, mas também o estão as pessoas quando se constata que na sociedade pós-fordista a pessoa física é responsável por parcela ínfima dentro de um processo produtivo, que “a criminalidade que verdadeiramente produz enormes benefícios na atualidade é a criminalidade organizada empresarial-industrial” (BOTTKKE, 1998, p.2, tradução nossa).¹⁶

As pessoas não são mais físicas, mas grandes corporações (pessoas jurídicas), que sobrepairam as fronteiras estatais e que mesclam negócios lícitos e ilícitos, dificultando a individualização da culpabilidade, base para a aplicação de pena.

O exposto faz parte da análise sociológica, que em âmbito penal é objeto da criminologia.

Avançando para as outras etapas, a formatação do Estado impacta em seu constructo jurídico e também diretamente na sua política criminal e dogmática penal, uma vez que a política criminal é a fonte da construção conceitual penal e sistemática, funcionalizando a teoria do delito e orientando político-criminalmente a dogmática penal (ROXIN, 1992, p.46).

A política criminal, além de ser uma disciplina de estudo, é também a parte da política estatal que reage ao fenômeno criminal, e, por isso, depende do tipo de Estado. Em decorrência disso, no dito Estado Social e Democrático de Direito, em que as pessoas vivem com certo grau de liberdade, a existência do

¹⁶ “la criminalidade que verdadeiramente produce ingentes beneficios en la actualidade es la criminalidade organizada empresarial-industrial”.

fenômeno criminal é considerada normal e esperada (SANZ MULAS, 2019b, p.17; DURKHEIM, 2007, p.68), pois, caso se visasse à sua erradicação, haveria a existência de um único criminoso, o próprio Estado, já que para que não ocorra qualquer crime, tender-se-ia a um panpenalismo e a um Estado necessariamente totalitário (BORJA JIMÉNEZ, 2011, p.92).

E como seria a política criminal na era da globalização? Beck (2011, p.12) diagnosticou que vivemos numa sociedade (industrial) de risco, o que foi agravado ainda mais pelo progresso tecnológico e pela própria globalização. Diante dos novos perigos, a sociedade atual passou a ser obcecada por segurança, o que vem elegendo presidentes com os discursos punitivistas pelo mundo.

Segundo Sanz Mulas (2019b, p.64-70), haveria três maneiras características de se reagir à criminalidade do mundo globalizado, com o direito penal simbólico, com o direito penal do risco e com o direito penal do inimigo.

No direito penal simbólico, colocar-se-ia o direito penal a serviço da tranquilização de inquietudes sociais, utilizando-o com finalidade instrumental para se gerar uma sensação fictícia de segurança, já que viver implica necessariamente em assumir riscos sociais. Essa estratégia é muito utilizada pelos governos, pois é muito mais simples e barato alterar algum artigo da lei penal, enrijecendo-o ou adicionando um novo parágrafo ou mesmo um tipo penal ao código penal frente a algum fato de comoção social, do que gastar muito dinheiro e tempo em políticas sociais de alteração do *éthos*.

Essa estratégia é também largamente utilizada no Brasil e, como exemplo, temos o inciso VI do §2º do art. 121, do Código Penal brasileiro, em que se tipificou o feminicídio. Ora, o custo-benefício político para se inserir esse inciso no código penal vale a pena se comparado a investimentos massivos na mudança cultural do machismo e do sexismo, que só viriam após anos de educação em direitos humanos desde a escola de base. O uso desses bodes expiatórios, que para René Girard¹⁷ são necessários à sociedade, não deveria ser comemorado por qualquer sociedade.

No direito penal do risco, os Estados lançam mão do Direito Penal para tentar aplacar os riscos inerentes e crescentes à vida em sociedade. Tende-se a um direito penal absoluto e a uma antecipação da aplicação do Direito Penal, por meio do uso de delitos de perigo abstrato e da proteção de bens coletivos. O maior exemplo de sua aplicação foi a estratégia da “tolerância zero” implementada pelo prefeito Giuliani em Nova York. Essa estratégia foi baseada num artigo

¹⁷ GIRARD, René. O bode expiatório. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

de 1982 chamado “janelas quebradas”, de Wilson e Kelling, cuja ideia é que a macrocriminalidade é erradicada quando se combate a microcriminalidade; então, não se admite o menor delito. Faz-se analogia com as janelas quebradas de um automóvel, caso se deixe um carro com janelas quebradas em algum lugar, daqui a pouco o carro está depenado e vandalizado. Foi feito um experimento social, nesse sentido, na década de 70.

A crítica a esse modelo é que não se é possível manter uma vigilância sobre todos por tempo indeterminado e em todos os lugares, dessa maneira, onde for implantada essa política criminal não haverá criminalidade, mas a deslocará para outros lugares, sendo pouco efetiva no cômputo geral.

A terceira característica da política criminal da era da globalização é o Direito Penal do inimigo, que é a característica mais famosa. Teve início em um artigo de Günther Jakobs, em 1985 (*Criminalização em um estágio prévio à lesão ao bem jurídico*), e a teoria foi retomada em 2003, após os atentados de 11 de setembro. Nele há a previsão de existência de dois direitos penais, um para o cidadão e outro para o inimigo, sendo este outro aquela pessoa que negou seu status de cidadão e passou a viver à margem do ordenamento jurídico estatal. O criminoso ocasional não estaria enquadrado como inimigo. Para o inimigo do ordenamento jurídico caberia a aplicação de um Direito Penal de terceira velocidade que, conforme Silva Sanchez (2011, p.183), seria a possibilidade da desjudicialização das penas de encarceramento.

Assim, passemos ao estudo de algumas modelagens do “novo direito penal” para tratamento de crimes internacionais e transnacionais, possibilitados pela globalização.

2.1 Possíveis modelagens teórico-penais para o problema da criminalidade do século XXI

O Prof. Ignácio Berdugo, catedrático de Direito Penal da Universidade de Salamanca, nomeou o direito penal atual como “novo direito penal”, em oposição ao velho direito penal do século XIX. Sua internacionalização viria por diferentes manifestações, a primeira viria na proteção de bens jurídicos de que toda a comunidade internacional é titular, o *ius cogens*, passando pela colaboração internacional em delitos transfronteiriços, chegando-se até a uma terceira manifestação que é o condicionamento do direito positivo como consequência de processos de integração regional (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2012, p.157-158).

Com o objetivo de delimitação do objeto do Direito Penal Internacional, o Prof. Kai Ambos ressalta que sua finalidade “é acabar com a impunidade e submeter os autores de graves violações de direitos humanos à persecução penal supranacional” (AMBOS, 2006, p.19)¹⁸ e possui quatro significados: (i) DPI como o direito que rege a jurisdição penal obrigatória dos Estados; (ii) DPI como direito de cooperação internacional em assuntos criminais; (iii) DPI como direito penal transnacional e (iv) DPI como direito penal internacional (supranacional) *stricto sensu* (idem, 2014, p.52).

Encara, assim, o DPI como uma ferramenta protetora dos Direitos Humanos em nível internacional. Devemos observar aqui que, apesar da posição adotada pelo Prof. Ambos, o direito penal tem caráter ambivalente, pois “o leva a proteger direitos humanos precisamente mediante a lesão de outros direitos humanos” (SANZ MULAS, 2019a, p.173)¹⁹. O desafio está, então, no balanceamento entre Direito Penal e Direitos Humanos, pois, como resume Messuti (1999, p.1), “o Direito penal é o direito que aplica penas aos seres humanos, e os direitos humanos são os direitos que têm os seres humanos, antes de tudo, a não sofrer penas”.²⁰

Como já citamos, os principais agentes da criminalidade no mundo globalizado são as pessoas jurídicas e, em relação a elas, colocaremos alguma atenção. As violações de Direitos Humanos promovidas por esses agentes econômicos já justificariam o uso da *ultimaratio*, por meio de sua responsabilização penal. Na Espanha, o modelo já está mais avançado e se encontra na legislação penal desde 2010, apesar de ter havido poucas condenações. No Brasil, é sabido que a pessoa jurídica só pode responder penalmente por crimes ambientais. Nesse contexto, surgem objetos de estudo como as atenuantes e eximentes do programa de compliance penal, a responsabilidade dos dirigentes da empresa e a da figura do *compliance officer*.

Indo um pouco além, há quem defenda ainda que, devido ao grande potencial das empresas em menoscar direitos humanos e sociais, deveria haver um Tribunal Penal Internacional para julgá-las, à analogia do Tribunal Penal Internacional fundado pelo Estatuto de Roma de 1998 e do qual o Brasil

¹⁸ “es acabar com la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional”.

¹⁹ “le lleva a proteger derechos humanos precisamente mediante la lesión de otros derechos humanos”.

²⁰ “el Derecho penal es el derecho que aplica penas a los seres humanos, y los derechos humanos son los derechos que tienen los seres humanos, ante todo, a no sufrir penas”.

é signatário. Assim, a responsabilização penal, nacional ou internacionalmente, das pessoas jurídicas é um meio idôneo, porém, autorregulado, de combate à criminalidade transfronteiriça.

Um outro modelo possível seria partindo do conceito de sociedade em rede de Manuel Castells. Ele diz que as redes constituem a “nova morfologia social”, o que só foi possibilitado pela nova tecnologia da informação (CASTELLS, 2019, p.553). Voltamos a frisar que a alteração na configuração social altera, por conseguinte sua cultura, instituições e também o Direito e a Política Criminal. As redes são estruturas abertas capazes de se expandirem de forma ilimitada, o que é altamente dinâmico e reorganizativo das relações de poder (op.cit, p.554).

No que tange ao Direito Penal, sua globalização descaracterizou sua base estatal tradicional (CORRÊA, 2016, p.38), fazendo surgir, em detrimento de um “direito penal comum, um direito penal em rede, marcado pela interlegalidade, quer a nível mundial, quer a nível regional” (MIRANDA RODRIGUES, 2008, p.359).

Possíveis vácuos no entrecruzamento dos diversos níveis de regulação, faria com que surgissem paraísos jurídicos e um *law shopping*, possibilitando refúgios de criminalidade. O desafio está, então, em traçar “os limites do entrecruzamento dos diversos níveis de regulação penal e de que maneira é possível construir o conteúdo de sentido das normas penais em um contexto de profusão de fontes” (CORRÊA, 2016, p.55).²¹

Um caminho para a integração de ordenamentos formalmente autônomos e que respeitaria a igualdade soberana entre os Estados é a chamada harmonização criminal, que é “o mecanismo preferencial de configuração normativa da política criminal transnacional” (CORRÊA, 2017, p.82) e é definida como a padronização de ordenamentos jurídicos nacionais seguindo fontes internacionais (idem, p.80). A harmonização é um pressuposto para a maior efetividade dos processos de cooperação internacional em matéria penal.

Por fim, como modelagem possível, podemos expor o princípio da jurisdição universal, que é:

um princípio de aplicação extraterritorial da lei penal, que permite a um Estado estender sua jurisdição penal para além de suas fronteiras [...] superando, portanto, o estabelecido pelos princípios tradicionais

²¹ “los limites del entrecruzamento de los diversos niveles de regulación penal y de qué manera es posible construir el contenido del sentido de las normas penales en un contexto de profusión de fuentes”.

de territorialidade, subjetividade ativa e subjetividade passiva (GIL GIL; MACULAN, 2019, p.153).²²

Essa possibilidade de perseguição em qualquer parte do globo vem da natureza dos bens jurídicos protegidos, pois são aqueles que afetam a toda a comunidade internacional, como os crimes-núcleo do DPI, que são os julgados pelo TPI, e os delitos de transcendência internacional.

Assim, restam a nós, juristas, as seguintes perguntas: Aonde vamos chegar, então? À criação de um Direito Penal Universal, fundado no direito do cidadão mundial kantiano (HÖFFE, 2007 p.309), alargando o rol de crimes do Estatuto de Roma? Ou uma simples mudança de Política Criminal será a solução? Questões que permanecem enfocadas e abertas.

Conclusão

Desde o remoto brocardo latino *ubi societas, ibi ius*, pudemos extrair a relação de equivalência entre o fenômeno jurídico e a configuração da sociedade, de modo que para se entender as características do Direito, contemporâneo ou não, primeiramente deve-se realizar uma anamnese social. Desse diagnóstico, demonstramos que o Estado, como constructo social e que, para Kelsen, já fora equivalente ao próprio ordenamento jurídico, pode ser rotulado com Estado pós-moderno.

A globalização, impôs, então, desafios ao Estado que se limita a gerir as consequências desse processo de internacionalização. O Direito pós-moderno surgente tem características próprias e o recurso ao direito penal em sua *ultima ratio*, como gestor de riscos, parece estratégia comum.

À primeira vista, parece-nos inconciliável que tratados, orientações e convenções internacionais determinem aos Estados o uso do seu *ius puniendi*, já que, ao mesmo tempo que há uma queda da soberania decorrente dessa determinação, regional ou não, há a determinação de usar a maior expressão de sua soberania, o direito de punir.

Nesse contexto, surgem modelos de contorno que procuram explicar como esse direito aberto, internacionalizado, multicamada, dinâmico e que se transforma em objeto do Direito Penal Internacional, fará frente à criminalidade

²² “un principio de aplicación extraterritorial de la ley penal, que permite a um Estado extender su jurisdicción penal más allá de sus fronteras [...] superando, por lo tanto, lo establecido por los principios tradicionales de territorialidad, personalidad activa y personalidad pasiva”.

do século XXI, abandonando a lógica territorial dos códigos penais do Estado moderno do século XIX.

Referências bibliográficas

AMBOS, Kai. *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

_____. *Penasem soberano? Ius puniendi e função do Direito Penal Internacional: dois estudos para uma teoria coerente do Direito Penal Internacional*. Trad. Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró e Julia Magalhães Jeuken. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. *Criminalidad empresarial y Derecho penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de la globalización y los llamados programas de cumplimiento efectivo*. In: ALONSO, Héctor Olasolo (Ed.). *Derecho Internacional Penal y humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____. *Delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridad humana: reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa*. In: SANZ MULAS, Nieves (Dir.). *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal: Principios y desafío del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

BOTTKE, Wilfried. *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*. *Revista Penal, Espanha*, nº 2, p. 1-16, 1998. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=324120>>. Acesso em: mar. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 20.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Plan de Acción para Luchar contra la delincuencia organizada. Diario Oficial de las *Comunidades Europeas*, 28 de abril de 1997. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/367cd9fb-841b-41c9-a6d6-9f12c8aed4f7/language-es>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*. Brasília: Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper/CNJ, 2019.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Conexión derecho penal: la reconfiguración subjetiva, normativa y funcional de la política criminal en la sociedad en red. In: CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____. *Política criminal transnacional na sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel: les forces imaginantes du droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

_____. *Direito penal do inumano*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE. Estônia quer substituir os juízes por robôs. *Tecnologia*, 04 de abril de 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/estonia-quer-substituir-os-juizes-por-robos.html>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013a.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 41.ed. Petrópolis: Vozes, 2013b.

GIL GIL, Alicia; MACULAN, Elena (Dir.). *Derecho Penal Internacional*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2019.

GIRARD, René. *O bode expiatório*. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Trad. Enio Paulo Giachini. 2.ed ampliada. Petrópolis: Vozes, 2017.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HÖFFE, Otfried. *Democracy in an age of globalisation*. Trad. Dirk Haubrich e Michael Ludwig. Dordrecht: Springer, 2007.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo. *Fundamentos da bioética e do biodireito*. Campinas: Editora Alínea, 2013.

JUSBRASIL. Robô advogado' já venceu mais de 160.000 apelações contra multas de trânsito. Olhar Digital Uol, 2016. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/354856640/robo-advogado-ja-venceu-160000-apelacoes-contramultas-de-transito>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MESSUTI, Ana. *Derecho penal y derechos humanos: los círculos hermenéuticos de la pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1999, ano 7, nº28. Disponível em: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_31.pdf >. Acesso em: 08 abr. 2020

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Globalização do Direito penal: da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In: MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

NAVARRO, Susana Navas; CLAVIJO, Sandra Camacho. *El ciborg humano: aspectos jurídicos*. Granada: Comares, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. *Transformaciones del ius puniendi en el derecho global*. In: NIETO

MARTÍN, Adán; MORENO, Beatriz García (Dir.). *Ius puniendi y global law: hacia un derecho penal sin Estado*. Valencia: Tirant lo Blach, 2019.

PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006.

RANISCH, Robert; SORGNER, Stefan Lorenz. *Post- and Transhumanism: an introduction*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2014.

REILLY, Katie. Read Barack Obama's final speech to the United Nations as President. Time, Politics, 20 set. 2016. Disponível em: <<https://time.com/4501910/president-obama-united-nations-speech-transcript/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

ROCHA, Gustavo. Escritórios de Advocacia reduzem 59% do prejuízo financeiro usando software jurídico. Jusbrasil, Software Jurídico, out/2019. Disponível em: <<https://gustavorochacom.jusbrasil.com.br/artigos/757117830/escritorios-de-advocacia-reduzem-59-do-prejuizo-financeiro-usando-software-juridico?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Estructura del Delito: elementos del delito em base a la política criminal*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Hermán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANZ MULAS, Nieves. Mundo globalizado y violación de los derechos humanos. Un enfoque desde el derecho penal. In: SANZ MULAS, Nieves (Dir.). *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019a.

_____. *Manual de política criminal*. Trad. Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes M. Filizzola. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019b.

SCHÜLER, Fernando; WOLF, Eduardo (Orgs.). *21 ideias do Fronteiras do Pensamento para compreender o mundo atual*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

SEIXAS, Raul. *O dia em que a terra parou*. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Warner Music Brasil, 1977. 1 disco sonoro (34:40 min).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Buenos Aires: B de f, 2011.

TOMBS, Steve; WHYTE, David. *The corporate criminal: why corporations must be abolished*. New York: Routledge, 2015.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octayn Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

SUBORDINAÇÃO POR ALGORITMO

Subordination by algorithm

Área: Trabalho. Tecnologia.

Paulo Cesar Baria de Castilho¹

Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP

RESUMO: O conceito de subordinação em Direito do Trabalho, tradicionalmente, está atrelado ao dever do empregado de cumprir ordens emanadas de seu empregador. Na realidade da fábrica, especialmente na era fordista, que ainda é a maioria dos casos, essas ordens são dadas diretamente por um chefe de seção e cumpridas pessoalmente pelo empregado. Com o desenvolvimento de novas tecnologias, o trabalho pessoal e humano por meio de plataformas digitais se dá fora dos portões da indústria, sem a fiscalização direta do empregador. As regras são ditadas por aplicativos e sistemas telemáticos e o empregado sequer sabe quem as emite, vez que programadas por meio de algoritmos. O que se pretende discutir no presente artigo é se essa forma de gestão impessoal também enquadra-se na noção do conceito de subordinação jurídica, especialmente para fins de caracterização ou não do vínculo empregatício.

PALAVRAS-CHAVE: Subordinação. Algoritmo. Relação de emprego. Uberização.

ABSTRACT: The concept of subordination in Labor Law has traditionally been linked to the employee's duty to comply with orders issued by his employer. In the reality of the factory, especially in the Fordist era, which is still the majority of cases, these orders are given directly by head of section and personally met by the employee. With the development of new technologies, personal and human work through digital platforms takes place outside the gates of the factory, without direct supervision by the employer. The rules are dictated by applications and telematic systems and the employee does not even know who issues them, since programmed through algorithms. What is intended to discuss in this essay is whether this form of impersonal management also fits into the notion of the concept of legal subordination, especially for the purpose of characterizing the employment relationship or not.

¹ Advogado. paulobaria@fadac.com.br

KEYWORDS: Subordination, Algorithm, Employment relationship, Uberization

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito e noção: distinção entre seus termos. 2. Noção do conceito de relação de emprego. 3. A subordinação como consequência e não como *pressuposto*. 3.1 Subordinação: questão de fato ou de direito? 4. Subordinação estrutural. 5. A subordinação jurídica e seus desafios atuais. 6. Subordinação por algoritmo. 6.1 O controle por meio dos algoritmos. 7. Limites à subordinação por algoritmo. 7.1 Jornada diária máxima de trabalho. 7.2 Remuneração mínima do trabalhador. 8. (Des) necessidade de lei específica para regular o tema. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Discute-se há décadas no âmbito da União Europeia² se a subordinação jurídica é ainda um dos pontos essenciais para reconhecimento da relação de emprego. Inevitavelmente e como reflexo do processo de globalização da economia que atinge, indistintamente, a todos, o tema também está em pauta aqui no Brasil, onde a nossa doutrina similarmente tenta resgatar o sentido jurídico atual do termo *subordinação*, oxigenando-o e reconhecendo, por fim, que se trata de um processo permanente e aberto³, dependente de vários fatores socioeconômicos e culturais.

Essa discussão, que atualmente aflige todos os países europeus, impactará a produção e aplicação de normas, em especial as trabalhistas e previdenciárias,

² FERNANDES, Antonio Monteiro. *Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?* In: *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho*. ABRANTES, José João. Coord. Lisboa: Almedina, 2018, p. 99-107. No mesmo sentido ainda: “A parte mais progressista da doutrina trabalhista italiana há tempos discute a crise do conceito de subordinação, na forma como foi tradicionalmente concebido e vem sendo aplicado por grande parte da jurisprudência do país na atualidade ... Considerando, metaforicamente, que a subordinação seria a torneira das tutelas (rubinetto delle tutele), a vertente monista propõe a sua maior abertura, para que o fluxo das garantias escorra também sobre outras atividades atualmente excluídas, ao passo que a vertente pluralista propõe criar outras torneiras paralelas, eventualmente de menor intensidade... Desde o final da década de 1980, o mesmo debate vem sendo travado na Alemanha, sendo o professor Rolf Wank um dos seus expoentes.” PORTO, Lorena Vasconcelos. *A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação*. Revista de Direito do Trabalho: São Paulo, v. 130-131, p. 125, abr./jun. 2008.

³ MENDES, Marcus Menezes Barberino. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, p. 197, jul./dez. 2007.

em razão das dificuldades relativas à definição da noção do conceito de subordinação e sua extensão, bem como sua diferenciação ao de autonomia⁴, na sempre debatida dicotomia clássica (empregado x autônomo).

Na verdade, o que está em xeque nesse momento crucial da história da humanidade, início de século e do chamado Capitalismo Tecnológico⁵ é exatamente a dimensão clássica da noção do conceito de subordinação jurídica, exigindo-se os desafios próprios de sua releitura⁶, necessária de tempos em tempos.

Não é propósito do presente estudo demonstrar a evolução histórica da noção do conceito atribuído ao termo *subordinação* após a Primeira Revolução Industrial ocorrida na segunda metade no século XVIII, ainda que seja necessária alguma referência esparsa. O que se pretende analisar é se a subordinação jurídica (até aqui tratada com esse nome) de um trabalhador a outrem pode se dar por meio de um algoritmo⁷ e, se positivo, se essa subordinação tem os mesmos efeitos jurídicos como um dos fatos do mundo fenomênico que revelam a existência de um contrato de trabalho com vínculo empregatício.

Na visão de Yuval Noah Harari, “o século XXI será dominado por algoritmos”⁸ e, portanto, as relações pessoais e de emprego também serão afetadas (e já o são) pelas informações que serão catalogadas por meio desses dados, especialmente como instrumento para a tomada de decisões de comando e de gestão.

⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. *Revista de Direito do Trabalho*: São Paulo, v. 130, p. 139, abr./jun. 2008.

⁵ Capitalismo Tecnológico: aqui entendido como uma das facetas do capitalismo moderno, baseado na produção de riqueza especialmente por meio de plataformas digitais gerenciadas por algoritmos.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. In LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017, p. 23. PORTO, Lorena Vasconcelos. *A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação*. *Revista de Direito do Trabalho*: São Paulo, v. 130, p. 119-142, abr./jun. 2008.

⁷ “Um algoritmo é um conjunto metódico de passos que pode ser usado na realização de cálculos, na resolução de problemas e na tomada de decisões. Não se trata de um cálculo específico, mas do método empregado quando se fazem cálculos.” HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 91.

⁸ *Ibid.*, p. 91.

1. Conceito e noção: distinção entre seus termos

É impossível fazer Ciência sem sistematização, sem dar nomes aos institutos da forma que se pretende que sejam entendidos pelo operador do Direito. Em que pese a natureza polissêmica das palavras e dos termos utilizados em todas as áreas das Ciências e que a linguagem natural contém expressões ambíguas⁹, é preciso imprimir o mínimo de certeza ao que se quer expressar.

Quando se fala em “conceito” em Direito, deve-se atentar para o fato de que se difere da sua *noção*.¹⁰ Isso porque os conceitos são atemporais e a-históricos e, via de regra, se aplicam às outras ciências que não as sociais ou humanas. Por exemplo: o conceito geométrico de triângulo (polígono de três lados) é universal e válido em qualquer tempo e cultura. Eles podem ser explicados sem qualquer referência a situações históricas. Nas Ciências Sociais e Humanas, o que prevalece é a *noção* do conceito. Sim, porque os seus termos variam de acordo com o tempo e espaço, ou seja, é temporal e histórico. Por exemplo: o significado de *ato obsceno* previsto no art. 233 do Código Penal hodiernamente, por óbvio, não é o mesmo do século passado.¹¹ A *noção* do conceito muda com o tempo, pois seus “termos morrem aos poucos, quando as funções e experiências na vida concreta da sociedade deixam de se vincular a eles¹²”. A sociedade evolui e, com ela, os termos que expressam as ideias que compõem a noção do conceito.

Nesse sentido, observa Paulo Emílio Ribeiro Vilhena que “a subordinação é um conceito dinâmico, como dinâmicos são em geral os conceitos jurídicos se não querem perder o contato com a realidade social a que visam exprimir e equacionar.”¹³

Feitas essas considerações iniciais, faz-se necessário revisitar a noção do conceito de *subordinação jurídica*, inserindo-a no contexto da relação de emprego hodierna.

⁹ CARRIÓ, Genaro R. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1971, p. 15.

¹⁰ “Os conceitos jurídicos tipológicos (fatispecie) em verdade não são conceitos, mas noções.” GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes. Interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 154.

¹¹ Ibid. p. 83.

¹² Ibid., p. 164.

¹³ *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 510.

2. Noção do conceito de relação de emprego

A noção do conceito de relação de emprego, ao longo das últimas décadas, tem sofrido diversos ataques por parte da doutrina e da jurisprudência.

No mundo tecnológico, que se faz a qualquer hora do dia ou da noite e em qualquer lugar do planeta, não tem propósito fazer indagações antigas para se apurar a existência ou não da relação de emprego. Investigar, por exemplo, se o trabalhador era obrigado a cumprir jornada fixa de trabalho só fazia sentido na organização fordista. Horário de trabalho onde? Na fábrica? Em boa parte dos casos ela não existe mais... Foi substituída por uma plataforma digital. E, atualmente, o trabalhador presta seu serviço na sua casa, na rua, no mundo.

O empregador não está interessado em saber quantas horas o empregado trabalha por dia ou quantas horas ele está a sua disposição para executar seus serviços. Também não lhe interessa onde ele está produzindo. Só lhe interessa o resultado do trabalho que, por fim, se traduz em lucro, atendendo às expectativas do capitalismo.

Desde o fim da chamada *era de ouro do capitalismo* ocorrida a partir do final da década de 70 do século passado, os avanços tecnológicos, a globalização, a reengenharia empresarial e o aumento da competitividade tem afastado progressivamente a noção clássica de subordinação e o poder empregatício se exerce de maneira mais sutil, indireta, por vezes quase imperceptível.¹⁴

A legislação trabalhista em vigor no Brasil foi feita para aquela realidade antiga do chão de fábrica. Adequá-la ao nosso tempo é papel da doutrina e da jurisprudência enquanto a lei não tratar especificamente desse tema. Tem sido assim ao longo do tempo. O Direito não tem por característica, enquanto organismo vivo que é¹⁵, ficar esperando pelo legislador infraconstitucional. A partir da Constituição, norma fundante de um ordenamento jurídico, a ciência jurídica cria suas próprias regras, sempre atenta à coesão e harmonia do sistema.

É nesse contexto da relação de trabalho do início do século XXI, com toda a fluidez da sociedade pós-moderna, líquida e que, por consequência, caminha

¹⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação*. Revista de Direito do Trabalho: São Paulo, v. 130, p. 120-121, abr./jun. 2008.

¹⁵ “O direito é um dinamismo, um organismo vivo. Peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem; é contemporâneo à realidade... o direito é um momento da história.” GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. Interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 44.

também para um *Direito do Trabalho líquido*¹⁶ é que se pretende analisar a noção do conceito de subordinação jurídica.

3. A subordinação como consequência e não como *pressuposto*

A noção clássica de subordinação jurídica constituída pela ideia de sujeição do trabalhador às ordens do empregador de “como” executar o seu trabalho está, há muito tempo, superada pela doutrina. Trata-se de um modelo anacrônico que não reflete mais o que acontece na realidade cotidiana da relação de emprego.¹⁷

É cediço que a subordinação clássica atingiu seu auge no período fordista, com acentuada influência na organização das empresas e no modo de produção até meados dos anos de 1970. O trabalho era realizado essencialmente no chão de fábrica, sob a supervisão direta e pessoal de um chefe de secção. Até o deslocamento e tempo para se ir ao banheiro era por ele controlado. Isso fazia-se necessário em razão do modelo utilizado na linha de produção, com esteiras rolantes nas quais a fabricação se desenvolvia e a ausência de um trabalhador no seu posto, realizando sua função, iria parar toda a engrenagem da montagem. Tudo funcionava como uma máquina “com peças humanas”, no melhor estilo captado pela sensibilidade de Charles Chaplin no seu conhecido filme *Tempos Modernos*.¹⁸

Essa noção clássica do conceito de subordinação jurídica, como sói acontecer, variou no tempo, de país para país, de uma época para outra. E isso é próprio do Direito: interpretar a lei de acordo com a realidade atual, lembrando sempre sua finalidade, eis que toda lei nasce buscando um objetivo de ordem prática.¹⁹

¹⁶ CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida*. – São Paulo: LTr, 2017. O autor define o estágio atual do trabalho da seguinte forma: “Já o Direito do trabalho líquido é a disciplina do descompromisso (entre empregadores e trabalhadores) e da irresponsabilidade social, pautado na insegurança como elemento estrutural e natural do funcionamento da sociedade de consumo (aderente ao capitalismo líquido) e da satisfação e descarte instantâneos.”

¹⁷ FERNANDES, António Monteiro. In ABRANTES, José João. Coord. *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 101.

¹⁸ *TEMPOS modernos*. Produção de Charles Chaplin. New York, 1936. 2 DVD’s (83 min), *widescreen*, preto e branco. Produzido no Brasil por Videolar S/A sob licença de Warner Home Video Inc. Manaus: 2003.

¹⁹ “O fim é o criador de todo direito; não há norma jurídica que não deva a sua criação a um fim,

O que transparece em todas as épocas, independentemente das variáveis observadas (época, local etc.), é que em seu núcleo permanece a ideia de dependência econômica do empregado em relação ao fornecedor do trabalho. Este, aliás, é o conteúdo explicitado no caput do art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Como tem demonstrado a doutrina ao longo do tempo, a subordinação jurídica não se trata meramente de subordinação econômica ou técnica. Foi Paul Colin quem formulou a ideia de que se trata de um “estado de dependência real criado por um direito, o direito de o empregador comandar.”²⁰ Segundo o autor, portanto, o fato do empregado cumprir ordens é o resultado do exercício daquele direito. Direito do empregador (comandar) e dever do empregado (executar ordens). Não é pela consequência (resultado) do direito, portanto, que se define o instituto. Em razão disso se discute, com coerência, que a subordinação jurídica não pode ser um dos *pressupostos* (momento anterior da definição da noção do conceito) da relação de emprego, mas sim seu resultado (momento posterior), “mesmo porque a subordinação está dicionarizada como ato ou efeito e não como condição. Ou seja, a subordinação é consequência e não a causa da relação de emprego.”²¹ É por isso que, Reginaldo Melhado concebe, com razão, a subordinação “não como elemento essencial da relação de emprego e sim como consequência dela.”²²

Dito isso, ou seja, que a subordinação é uma consequência da relação de emprego, uma característica do trabalho com vínculo empregatício e não sua causa, impõe-se analisar se se trata de uma questão de fato ou de direito.

a um propósito, isto é, a um motivo prático.” IHERING, Rudolf von. *El fin e el derecho*. Trad. Adolfo Losada. Madrid: t. 1. Apud: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 55. E ainda: “A finalidade é o criador de todo o direito, e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade.” GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. Interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 87.

²⁰ MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao direito do trabalho*. 8ª ed. Rev., atualizada e ampliada por Antônio Carlos Flores de Moraes, São Paulo: LTr, 2000, p. 242-243.

²¹ MENDES, Marcus Menezes Barberino. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, p. 201, jul./dez. 2007.

²² Ibid. p. 201.

3.1. Subordinação: questão de fato ou de direito?

Diante dos assuntos abordados até este momento, a questão fundamental e que deve ser tratada, antes de se avançar no tema aqui proposto, é o de estabelecer a diferença entre a questão de fato e de direito que envolvem o instituto da subordinação, visto que, não raro, há confusão em seu entendimento e interpretação.

A subordinação jurídica é uma ficção criada pelo Direito²³. Não é e não pode ser confundida com o fato em si. A subordinação jurídica é o estado em que se encontra o trabalhador, aguardando ou executando ordens (art. 4º, da CLT). Ele alienou parte do tempo de sua vida à disposição de outrem. Quando o empregado executa uma ordem e presta um serviço de natureza não eventual (art. 3º da CLT), ele praticou o fato previsto na lei trabalhista.²⁴

A incidência da norma jurídica se dá sempre que ocorra no mundo fenomênico os fatos ou conjunto de fatos (*suporte fático*) por ela previstos. Isso porque o mundo real é infinitamente maior do que o mundo do Direito, que escolhe alguns fatos da vida e os qualifica, tornando-os fatos jurídicos (*juridicizando-os*²⁵). “A norma incidindo sobre determinado fato, esse fato da realidade entra no mundo jurídico, consubstanciando fato jurídico.”²⁶

Assim, a decorrência natural da subordinação não ser um dos elementos constitutivos da noção do conceito da relação de emprego é que se trata de uma questão de fato. Nesse sentido é a observação de Paulo Emílio Ribeiro Vilhena: “Na subordinação jurídica desvenda-se uma linha de encontro do fato com o Direito e da sua transformação em fato-jurídico. E insiste: a subordinação é uma forma de exteriorizar-se a relação de trabalho, que se preenche de atos entre pessoas.”²⁷ A subordinação, por si só, não é a relação de emprego.”

²³ “A subordinação jurídica é um construto do direito, não um fato da relação de produção. É uma ficção que legitima juridicamente o poder empregatício. Daí que essa ficção jurídica não pode ser utilizada como fato configurador de outra ficção jurídica: a relação de emprego.” LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017, p. 174.

²⁴ O direito é uma realidade dialética fático-normativa, em que normas são produzidas por fatos juridicizados por outras normas.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Parte geral. 3ª ed., t. I: Rio de Janeiro: 1970, Borsói, p. 3.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. Interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 130.

²⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3ª ed. São

Discorrendo sobre o tema ora em apreço, Estêvão Mallet demonstra que “fatos são acontecimentos”, os quais são valorados e qualificados pelo direito. “Assim, a partir de certos fatos – a existência de controle de horário, a sujeição a ordens e a obrigação de comparecimento diário ao local de trabalho, por exemplo -, decidir se o trabalho se desenvolvia de forma subordinada ou autônoma é, na verdade, juízo de direito. Como assinalou o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, “a qualificação de um contrato ... é matéria de direito.”²⁸

Portanto, o intérprete deve atentar-se aos fatos ou conjunto de fatos (*suporte fático*) praticados pelo trabalhador para verificar se eles se encaixam na noção do conceito de subordinação jurídica (*subsunção* do fato à norma), como um dos elementos necessários ao reconhecimento da relação de emprego, observando sempre de onde parte o comando para a prestação de serviços, especialmente para verificar se se trata de trabalho autônomo ou subordinado.

Com tais considerações, faz-se necessário analisar a passagem da estrutura clássica do conceito de subordinação (direta e objetiva), para o que a doutrina e a jurisprudência têm designado de subordinação estrutural.

4. Subordinação estrutural

A par do conceito clássico de subordinação jurídica nascido, como se disse, no berço do fordismo e do chão de fábrica, o tempo e a evolução natural da sociedade encarregaram-se de demonstrar outra face: a subordinação estrutural.

Simone Weil, escritora, mística e filósofa francesa tornou-se operária da Renault em 1930 com o objetivo de estudar e escrever sobre o cotidiano dentro das fábricas daquela época. Ela foi uma das primeiras pessoas a perceber que a subordinação estava mudando de eixo, deixando de ser direta ao proprietário capitalista dono da fábrica e passando para a estrutura empresarial. Veja sua observação: “A completa subordinação do operário à empresa e aos que a dirigem se apoia na estrutura da usina, e não no regime de propriedade.”²⁹

Sob esse prisma, esse elemento organizacional passa a ter relevo qualificante e, por vezes, decisivo no reconhecimento da relação de emprego,

Paulo: LTr, 2005, p. 517 e 525.

²⁸ MALET, Estêvão. *A subordinação como elemento do contrato de trabalho*. In: Revista de Direito e de Estudos Sociais. Almedina: Lisboa, Ano LII (XXV da 2ª Série), n. 1-2, p. 46.

²⁹ *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*. In SUPLOT, Alain. *O espírito de Filadélfia. A justiça social diante do mercado total*. Tradução de Tânia do Valle Tshiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 119.

pois “o que avulta é, ainda, uma relação de poder, mas poder essencialmente econômico daquela entidade ... que domina globalmente o processo produtivo de bens ou serviços.”³⁰

Esse fenômeno da *relação de poder, essencialmente econômico* foi percebido na França e é crescente a ideia de que a subordinação jurídica também se revela pelo aspecto da dependência econômica estrutural, o que se vê claramente na jurisprudência da *Cassation* francesa e mesmo nos tribunais portugueses.³¹ A ideia de subordinação estrutural consta do art. 11 do Código do Trabalho Português, quando define o conceito de contrato de trabalho da seguinte forma: “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no **âmbito da organização** e sob a autoridade destas.” (g.).

Como se vê, volta a ter papel importante para se identificar a subordinação numa relação jurídica o critério econômico, que a doutrina, até bem pouco tempo, considerava “ultrapassado” como uma das características definidoras da relação de emprego.

No direito brasileiro Mauricio Godinho Delgado, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho – TST, deu tratamento mais apurado a noção do conceito de subordinação estrutural como sendo aquela que “se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.”³² Dando continuidade aos estudos do Ministro e em época de “economia em rede”, Marcus Menezes Barberino Mendes e José Eduardo de Resende Chaves Júnior denominaram essa nova fase como subordinação estrutural-reticular.³³

³⁰ FERNANDES, Antonio Monteiro. *Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?* In: ABRANTES, José João. Coord. II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho. Lisboa: Almedina, 2016, p. 99-100.

³¹ Essa foi a observação de Antonio Monteiro Fernandes em seu artigo: *Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?* In: ABRANTES, José João. Coord. II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho. Lisboa: Almedina, 2016, p. 99-100.

³² *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Revista LTr, Ano 70, n. 6, jun. de 2006, p. 667.

³³ “A partir das ideias esboçadas por Mauricio Delgado, que enfatiza seu caráter estrutural, articulando-as com a feição reticular da reorganização produtiva, que mescla características protocapitalistas à contemporaneidade do empreendimento em rede.” In: *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, p. 197, jul./dez. 2007.

A tese da subordinação estrutural tem sido acatada por boa parte de nossa jurisprudência³⁴, revitalizando o conceito clássico de subordinação jurídica, sem necessidade de legislação específica sobre o tema.

No mesmo sentido, o professor de Direito do Trabalho da Universidade de São Paulo – USP, Flávio Roberto Batista, discorrendo sobre recente decisão do Supremo Tribunal Federal - STF que permite a terceirização da atividade-fim, afirma que a Recomendação nº 198 da Organização Internacional do Trabalho - OIT “estabelece que a integração do trabalhador na organização da empresa e sua prestação pessoal e direta de trabalho são elementos da relação de emprego.”³⁵ Em outras palavras, afirma que a ideia de *subordinação estrutural* está inserida no âmbito das recomendações da OIT como elemento característico do vínculo

³⁴ É de se observar que todos os Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil já proferiram decisão acatando a tese da subordinação estrutural. Vide a título de exemplo: TRT da 1ª Região – Rio de Janeiro - RO: 0000818-76.2012.5.01.0066; TRT da 2ª Região – São Paulo - RO: 0001531-22.2014.5.02.0432; TRT da 3ª Região RO: 00326-2007-076-03-00-4 – Minas Gerais; TRT da 4ª Região - Rio Grande do Sul - RO: 0020155-36.2015.5.04.0204; TRT da 5ª Região – Bahia - RO: 38100-09.2007.5.05.0133; TRT da 6ª Região – Pernambuco - RO: 0000057-92.2016.5.06.0251; TRT da 7ª Região – Ceará - RO: 0000037-12.2017.5.07.0034; TRT da 8ª Região – Pará - RO: 0000263-93.2016.5.08.0011; TRT da 9ª Região – Paraná - RO: 0000296-02.2015.5.09.0008; TRT da 10ª Região – Distrito Federal - RO: 01571-2012-003-10-00-8; TRT da 11ª Região – Amazonas e Roraima - RO: 0002171-75.2014.5.11.0011; TRT da 12ª Região – Santa Catarina - RO: 00602-2008-013-12-00-3; TRT da 13ª Região – Paraíba RO: 0082600-15.2013.5.13.0009; TRT da 14ª Região - RO 0000156-15.2010.5.14.0101 – Rondônia e Acre; TRT da 15ª Região – Campinas - RO 0012889-39.2015.5.15.0059 – TRT da 16ª Região - Maranhão - RO 0017712-09.2016.5.16.0022; TRT da 17ª Região – Espírito Santo RO: 0140900-77.2013.5.17.0002; TRT da 18ª Região – Goiás - RO: 0002352-89.2011.5.18.0010; TRT da 19ª Região – Alagoas - RO: 0000219-24.2018.5.19.0003; TRT da 20ª Região – Sergipe RO: 0000728-30.2015.5.20.0003; TRT da 21ª Região – Rio Grande do Norte - RO: 0000054-37.2017.5.21.0041; TRT da 22ª Região – Piauí - RO: 00000525-43.2017.5.22.0003; RO: TRT da 23ª Região – Mato Grosso 0000322-62.2016.5.23.0141; TRT da 24ª Região – Mato Grosso do Sul RO: 0025472-15.2014.5.24.0003. O mesmo se diga em relação ao Tribunal Superior do Trabalho – TST, que em diversas oportunidades também já se manifestou sobre o tema, conforme se vê do acórdão proferido em inúmeros processos, dentre eles: Proc. n. TST-RR 581-41.2013.5.06.0010 – 1ª Turma – Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 22 de março de 2017; Proc. n. TST-RR 2053-02.2012.5.03.0138 – 2ª Turma – Rel. Min. Maria Helena Mallmann, julgado em 03 de outubro de 2018; Proc. n. TST-RR – 574-13.2013.5.09.0092 – 3ª Turma - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 8 de outubro de 2014; Proc. n. TST-RR – 2076-76.2011.5.03.0139 – 5ª Turma – Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, julgado em 04 de abril de 2018; Proc. n. TST-RR 1785-39.2012.5.06.0016 – 6ª Turma – Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, julgado em 22 de agosto de 2018; Proc. n. TST-RR 125200-20.2011.5.17.0006 – 7ª Turma – Rel. Min. Vieira de Mello Filho, julgado em 21 de agosto de 2018; Proc. n. TST-RR 1418-52.2010.5.03.0021 – 8ª Turma – Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, julgado em 26 de junho de 2018.

³⁵ Supremo só não erra seu alvo: a destruição de direitos dos trabalhadores. Jornal Folha de São Paulo, 31 de agosto de 2018, Caderno A20.

empregatício.

É certo que nem todo o trabalhador inserido na dinâmica de um processo produtivo de uma organização empresarial é empregado. E essa é a maior crítica que se faz à teoria da subordinação estrutural. A crítica deve ser prestigiada para não incidir no erro de incluir sob o manto da proteção celetista todos os trabalhadores que estão envolvidos no processo produtivo, mas somente aqueles que trabalham mediante subordinação.

Nesse aspecto, a jurisprudência deverá continuar perquirindo sobre o caso concreto, atentando-se de forma prudente para os fatos jurídicos que revelam ou não a existência de subordinação, especialmente considerando-se o estágio do Capitalismo Tecnológico, em que o tema *subordinação* se dá de forma quase sempre dissimulada, de acordo com a natureza do serviço prestado.

5. A subordinação jurídica e seus desafios atuais

Considerando-se que a *subordinação* é a consequência e não a causa da relação de emprego, a doutrina espanhola, representada por Alonso Olea, foca principalmente a condição (e não o efeito - subordinação) e transfere a centralidade identificadora do Direito do Trabalho para o conceito de “ajenidad” que, no Brasil, foi tratado por Pontes de Miranda como sendo *alienidade*, palavra essa que não consta do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – VOLP e nem encontra-se dicionarizada, embora seja um termo relativamente comum na doutrina empresarial e trabalhista de Portugal.³⁶

Segundo a proposta de Alonso Olea, deve-se entender a *alienidade* como a alienação dos frutos do trabalho à outrem.³⁷ Um trabalhador põe o tempo de sua

³⁶ MENDES, Marcus Menezes Barberino. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, p. 201-205, jul./dez. 2007. E esclarece: “É importante assinalar que a doutrina espanhola tem três correntes a respeito da ajenidad. A primeira e mais tradicional é a de Olea, em que a alienidade é encarada a partir da alienação dos frutos do trabalho (ajenidad en los frutos). Uma segunda, na qual a alienidade é aferida em função da não-assunção dos riscos da atividade econômica, defendida por Bayón Chacón e Perez Botija (ajenidad en los riesgos) e uma terceira, da alienidade em razão da desvinculação da pessoa do trabalhador da utilidade patrimonial do trabalho (ajenidad en la utilidad patrimonial), apresentada por Montoya Melgar.”

³⁷ “A subordinação consistiria, assim, no fato de os frutos produzidos pelo empregado através da sua prestação pertencerem, originariamente, ao empregador, devendo a ele ser entregues ou colocados à sua disposição em virtude da celebração anterior do contrato de trabalho.” PORTO, Lorena Vasconcelos. *A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação*.

vida e sua força de trabalho à serviço de uma outra pessoa, que irá *mercantilizar* esses frutos, suportando os riscos do negócio (art. 2º da CLT).

Focar a noção do conceito de subordinação jurídica a partir da ideia central de *alienidade* torna o Direito do Trabalho mais sistemático e estável.³⁸ Isso facilita o critério de interpretação da norma.

A interpretação do direito tem caráter alográfico, como a música ou o teatro.³⁹ Alguém faz a obra (lei) e outro a interpreta (operadores do direito). Nesse processo, sempre haverá a aplicação de novas ideias e noção de conceitos. Isso é inevitável. É próprio do ser humano.

Como é de conhecimento público, a lei é geral e abstrata. A norma é individual e concreta. Esses dogmas que aprendemos nos bancos da faculdade perdem-se com o tempo. E nada mais tradicional que, em tempos de instabilidade social como a que vivemos, revisitar a noção desses conceitos “clássicos” que a Ciência Jurídica nos fornece. Aliás, ela existe é justamente para isso: apontar o rumo sem se perder no caminho.

Como já dito, a noção do conceito de subordinação jurídica, varia de acordo com o ordenamento jurídico de cada país. O seu cerne, contudo, está presente em todos eles, seja por meio da lei que tenta defini-lo, seja por meio da jurisprudência aplicada aos casos concretos.

Na Alemanha, p. ex., o legislador não oferece nenhuma definição legal do que seja trabalhador, empregado, relação ou contrato de trabalho. Diversas leis alemãs, referem-se a esses institutos, mas o legislador abdicou, até agora, de definir os conceitos correspondentes, abrindo espaço para os Tribunais fazê-lo. O mesmo ocorre na França. O novo Código do Trabalho de 2008 também não define o que seja um empregador ou assalariado e muito menos define o contrato de trabalho. “Trata-se, no fundo, de conceitos indeterminados, entregues

Revista de Direito do Trabalho: São Paulo, v. 130, p. 128, abr./jun. 2008.

³⁸ MENDES, Marcus Menezes Barberino. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, p. 216, jul./dez. 2007.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. Interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 37. Importante destacar o pensamento do autor: “O que pretendo sustentar é o caráter alográfico da interpretação do direito. Podemos distinguir dois tipos de expressão artística: as artes alográficas e as artes autográficas. Nas artes alográficas (música e teatro) a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. Nas artes autográficas (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra. Em ambas (artes alográficas e artes autográficas) há interpretação, mas são distintas uma e outra.”

à concretização pela jurisprudência⁴⁰, embora centrados na concepção de subordinação jurídica. As mesmas ideias e concepções valem para o Direito europeu, inclusive o direito anglo-saxão, representado pelo Reino Unido.⁴¹

A noção do conceito de subordinação jurídica precisa ser revista e este é o papel da doutrina, fornecendo as diretrizes necessárias dentro do sistema normativo para a jurisprudência se consolidar sem a tentação ao indesejado “ativismo judicial”.

6. Subordinação por algoritmo

O atual estágio da globalização e as novas tecnologias aplicadas ao processo de produção de riqueza mudou o formato do mundo do trabalho. O Capitalismo Tecnológico e a economia digital são realidades que não podem ser ignoradas pelo Direito e como esclarece o jurista francês Alain Supiot, “as novas tecnologias estão a criar novas formas de subordinação.”⁴²

Nesse contexto é que surge a subordinação por algoritmo, foco deste trabalho, que é aquela implementada pelas empresas e organizações que se utilizam de um sistema de computador aliado a outros instrumentos telemáticos e a uma plataforma digital que emitem ordens e comandos ao trabalhador, ainda que sob o pseudônimo de sugestão ou outros rótulos mais amenos.

Muitas dessas ordens e comandos são ocultos e dissimulados por sua própria natureza, fazendo com que o trabalhador seja obrigado a ficar conectado indefinidamente à plataforma digital como condição para executar seu trabalho.⁴³

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Monteiro. *Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?* In: ABRANTES, José João. Coord. *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 103.

⁴¹ FERNANDES, Antonio Monteiro. *Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?* In: ABRANTES, José João. Coord. *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 102-104.

⁴² SUPIOT, Alain. *Les nouveaux visages de la subordination*. In DS, n. 2, 2000, cit. p. 32. Apud: MOREIRA, Teresa Coelho. *O direito à desconexão dos trabalhadores*. Revista Questões Laborais, Ano XXIII, n. 49 – jul./dez 2016, p. 12. Lisboa: Almedina.

⁴³ “A grande questão neste tipo de situações é a de que, na maior parte dos casos, não há uma ordem expressa do empregador nesse sentido. Há, sim, uma interiorização desta ideia pelos trabalhadores e uma gestão realizada por objetivos de tal forma que, após algum tempo, são os próprios trabalhadores a não conseguirem separar a vida profissional da vida privada e a levar, voluntariamente, trabalho para casa.” MOREIRA, Teresa Coelho. *O direito à desconexão dos trabalhadores*. Revista Questões Laborais, Ano XXIII, n. 49 – jul./dez 2016, p. 14. Lisboa: Almedina.

Não há, necessariamente, uma ordem expressa do empregador. Há sim, metas a cumprir e uma cobrança, ainda que velada. A ordem passa a ser interiorizada pelo trabalhador, que vê no seu colega de trabalho um concorrente a tomar-lhe a promoção ou o próprio emprego, caso não consiga executar todas as tarefas designadas para a sua função.

A subordinação jurídica, que no modelo socioeconômico anterior exigia uma jornada predeterminada de trabalho na fábrica, agora coloca o trabalhador à sua disposição o tempo todo (*full time*), por meio de smartphone, Ipad, tablets e outros aparelhos eletroeletrônicos.

Essas mudanças na forma de estruturar a organização empresarial trazem insegurança ao empregado que não tem um chefe direto a quem recorrer em caso de dúvidas ao executar seu serviço. O trabalho torna-se impessoal.

Nessa perspectiva, as profissões também vão se inovando e tornam-se cada vez mais específicas e especializadas. Com isso, é maior a facilidade com que podem ser substituídas por inteligência artificial. Até mesmo a atividade de gerenciar a função de outros trabalhadores pode ser substituída. “O Uber é capaz de gerenciar milhões de taxistas empregando apenas alguns humanos. A maioria dos comandos é acionada pelos algoritmos sem necessidade de supervisão humana.”⁴⁴ Não há gerente, não há supervisor (pessoa física), mas esse algoritmo pode dispensar, e efetivamente dispensa, o motorista de continuar prestando seus serviços à estrutura empresarial que comanda o negócio, apenas desligando-o do aplicativo. Sem aviso prévio.

Os efeitos da decisão do algoritmo são sentidos no mundo fenomênico, pois o trabalhador não terá mais acesso ao aplicativo que gera a riqueza econômica e, no seu caso, à remuneração que garante sua subsistência. Ele alienou o tempo da sua vida e sua força de trabalho e não tem qualquer ingerência sobre o processo produtivo. Realizava trabalho à um terceiro alheio. Foi “desligado” do sistema de forma unilateral. Foi dispensado por uma máquina.⁴⁵

Não cabe afirmar que isso que o algoritmo faz não pode ser considerado como um fato jurídico que induz à subordinação, argumentando que se trata apenas do controle do negócio. Nesse caso “controle do negócio” é mero eufemismo. Em verdade, o algoritmo somente executa aquilo que um ser humano programou e, nesse sentido, é mero instrumento de gestão de alguém

⁴⁴ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 325-326.

⁴⁵ WAKEFIELD, Jane. *O homem que foi demitido por uma máquina*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-44600350> >. Acesso em: 25.6.2018.

ou de alguma organização empresarial. O capital deu-se ao luxo de abrir mão da *subsunção material do trabalho*⁴⁶ ou seja, de controlar pessoal e diretamente o empregado, preferindo fazê-lo à distância, exigindo comportamentos e resultados pelos meios telemáticos. É um direito potestativo do empregador na antiga noção de *jus variand*.

A interação dos algoritmos com os seres humanos levou Yuval Noah Harari a defender a ideia do algoritmo como uma “pessoa” com direitos e deveres, “enquanto uma entidade intersubjetiva não humana” que, em razão disso, poderia ser inscrito nas repartições públicas e existir como uma empresa que, aliás, também é uma ficção jurídica⁴⁷. A verdade é que “O direito cria suas próprias realidades.”⁴⁸

Até alguns anos atrás, a ideia que se tinha de um algoritmo era algo como um mero cálculo matemático, abstrato, com regras definidas e limitadas. Essa realidade está mudando, pois “Em maio de 2014, a Deep Knowledge Ventures – uma firma de capital de risco de Hong Kong especializada em medicina regenerativa – abriu novos caminhos ao nomear para seu conselho diretor um algoritmo chamado VITAL. VITAL recomenda investimentos por meio da análise de uma quantidade enorme de dados sobre a situação financeira, experimentos clínicos e propriedade intelectual de companhias que estão sendo avaliadas. Assim como os outros cinco membros do conselho, o algoritmo participa da votação que decide se a firma investirá ou não em determinada companhia.”⁴⁹

Como se vê, o algoritmo, com os demais diretores, *decide* se a empresa irá ou não investir em determinado setor. Ainda que pareça óbvio, não custa afirmar: ele também pode decidir (e tem decidido, como visto linhas atrás) se um trabalhador deve ou não ser dispensado.

Não há limites para atuação dos algoritmos. Eles não se limitam mais

⁴⁶ MENDES, Marcus Menezes Barberino. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, p. 217, jul./dez. 2007.

⁴⁷ “Isso pode soar impossível, mas, antes de descartar a ideia, lembre-se de que a maior parte do nosso planeta já pertence legalmente a entidades intersubjetivas não humanas, a saber, nações e corporações. De fato, 5 mil anos atrás uma grande porção da Suméria pertencia a deuses imaginários, como Enki e Inana. Se deuses podiam possuir terras e empregar pessoas, por que não os algoritmos?” HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 327.

⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. IPI – *Comentários sobre as regras de interpretação da tabela NBM/SH – TIPI/TAB*. RDDT n. 12, p. 45.

⁴⁹ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 326.

a fornecer dados. Eles decidem junto com os humanos ou no seu lugar. Essa realidade atual torna incontestável a existência da subordinação por algoritmo, lembrando sempre que, em última análise e por enquanto⁵⁰, ela é antes a decisão de alguém que o programou para isso.

6.1 O controle por meio dos algoritmos

O controle do trabalho à distância por meio de plataformas digitais que se utilizam de algoritmos é muito mais severo e eficaz do que aquele feito pessoalmente pelo chefe de seção no chão de fábrica da década de 70. Além de oculto, é mais denso e concentrado, o que contrasta com seu caráter dissimulado, fenômeno que também se observa na flexibilização.⁵¹

Conforme bem observa Rodrigo de Lacerda Carelli, “O controle hoje é feito de maneira dispersa, seja pela própria organização algorítmica do trabalho, seja pela dispersão do controle por meio da sua clientela. O controle é do tipo panóptico difuso, muito mais eficaz do que qualquer controle pessoal. Isso não é exclusivo do trabalho por plataforma: hoje em qualquer call center ao final de cada ligação o controle é realizado pelo consumidor, que se transforma em um preposto do empregador sem receber nada por isso.”⁵²

O Uber, por meio de contrato de adesão, “termo de uso” ou qualquer outro instrumento com nome diverso mas com o mesmo objetivo submete seus motoristas a controles rigorosos, em que os consumidores que se utilizam dos serviços da empresa são convidados a avaliar o motorista e, de acordo com a nota auferida, ele pode ser suspenso ou desligado da plataforma. O que são essas regras contratuais senão formas de controlar a prestação dos serviços, com a previsão de punição disciplinar ou dispensa sem justa causa, exatamente nos mesmos moldes da legislação trabalhista? Mudar o nome não altera a natureza

⁵⁰ *Por enquanto* porque a expectativa no futuro é que a Inteligência Artificial – IA dispense a programação por um ser humano, que poderia ser feita pelo próprio sistema de computador, por meio da chamada “aprendizagem de máquina.”

⁵¹ “Outra característica do poder oculto na flexibilização é a denominada “concentração sem centralização.” ... Há um enorme e maior continente de poder no “poder flexível” e dissimulado.” CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida*. – São Paulo: LTr, 2017, p. 59.

⁵² CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Trabalho no século XXI: as novas formas de trabalho por plataformas*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018> >. Acesso em 2.8.2018.

jurídica do instituto.⁵³

A estipulação de regras de comportamento pela empresa, controladas por meio dos algoritmos, nada mais é do que a “antiga” subordinação com uma roupa nova. E é por isso que “Eu vejo o futuro repetir o passado, eu vejo um museu de grandes novidades”, como na canção de Cazuza, roqueiro brasileiro.⁵⁴

O fato dos prestadores dos serviços possuírem alguns instrumentos de trabalho não mudam em nada essa realidade de estado de submissão a ordens do empregador. “Carros, motocicletas, bicicletas, computadores, smartphones ou os próprios pés são apenas ferramentas, não podendo ser confundidos como meio de produção”, como salienta acertadamente Rodrigo de Lacerda Carelli.⁵⁵

O controle do trabalhador por meio de algoritmos, portanto, é muito mais intenso e eficaz do que o controle pessoal direto, pois além de dirigir a prestação pessoal dos serviços, também avalia de forma estatística o trabalho prestado, ficando sujeito às mesmas consequências jurídicas de uma relação de emprego clássica, com advertência, punição e, inclusive, sua dispensa.

7. Limites à subordinação por algoritmo

Vivemos a era da hiperconexão, com seus benefícios e malefícios. Um tempo em que as relações sociais são cada vez mais afetadas. E, como as relações de trabalho fazem parte deste mundo, elas também sofrem com isso. O volume de trabalho atribuído aos seres humanos (empregados e patrões) aumentou na mesma velocidade que os dados que são fornecidos e catalogados por meio de algoritmos.

Alain Supiot adverte que a governança pelos números sonhada pelo ultraliberalismo pode nos levar ao pesadelo, pois a faculdade de julgamento e de interpretação de textos pode se limitar aos cálculos matemáticos, ou seja, nas operações de quantificação por meio de algoritmos “e nos dispensaria da

⁵³ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017 - Artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2017, p. 54. Observa o autor: “Rótulos nunca foram relevantes para o direito do trabalho. Simples nomenclatura utilizada representa aspecto secundário em quase todas as análises trabalhistas.”

⁵⁴ CAZUZA; BRANDÃO, Arnaldo (Compos.). *O tempo não para*. Manaus: Som Livre, 2003. 1 DVD (51'25), widescreen, color.

⁵⁵ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Trabalho no século XXI: as novas formas de trabalho por plataformas*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018> >. Acesso em 2.8.2018.

compreensão e da confrontação das experiências, e nos economizaria, assim, o esforço de julgar e, em decorrência, de pensar.”⁵⁶

A submissão de um humano às ordens de uma plataforma digital comandada por algoritmos, ainda que veladas sob o pseudônimo de “sugestão”, deve vir regrada de limitações, objetivando garantir o mínimo vital necessário à subsistência do trabalhador. Nesse sentido foi a decisão proferida do *Employment Tribunal* de Londres, no *Case n. 2202551/2015 & Other* (sentença proferida em 28 de outubro de 2016). Na conhecida decisão daquele Tribunal, independente da denominação jurídica que foi dada à relação entre o Uber e os motoristas (*employees* ou *workers*) há dois direitos básicos do trabalhador, enquanto ser humano, que não podem ser desrespeitados: jornada diária máxima de trabalho e remuneração mínima digna de sobrevivência (que objetivamente considerada poderia ser entendida como um piso mínimo da categoria profissional, salário mínimo ou algo equivalente).⁵⁷

7.1 Jornada diária máxima de trabalho

Considerando sua finitude torna-se possível afirmar que o maior bem da vida de um homem é o seu tempo. Ele não pode ser comprado para prolongar seus dias na terra. Se esquecido ou ignorado, ele avançará do mesmo modo, independentemente da nossa vontade. Acabado seu tempo terreno, resta ao homem apenas a incerteza do viver depois da morte.

O contrato de trabalho implica na alienação do tempo de vida do empregado ao seu patrão. Ele vende seu mais valioso bem. Não vende seu corpo ou sua alma, mas vende parte do seu tempo.⁵⁸

⁵⁶ SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia. A justiça social diante do mercado total*. Tradução de Tânia do Valle Tshiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 70, 102-103.

⁵⁷ “Com efeito, entre o *employee stricto sensu* (trabalhador subordinado, empregado) e o genuíno *self-employed/independent contractor* (profissional independente) existe uma categoria intermédia, a de *dependent worker*, que merece a (e carece da) proteção das leis do trabalho, máxime no que à jornada de trabalho e ao salário diz respeito ... *Employee ou worker*, o certo é que, para o Tribunal do Trabalho de Londres, os motoristas da Uber não são *self-employed independent contractors*. Tanto basta para que as leis do trabalho, em matéria de jornada e de salário, lhes sejam aplicáveis. E não há manobras de engenharia jurídica, efetuadas por argutos advogados, que possam obstar a tal aplicação. A Uber e os seus motoristas: *mind the gap!*” AMADO, João Leal; SANTOS, Catarina Gomes. In LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. (Coord.) *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017, p. 347.

⁵⁸ AMADO, João Leal. *Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão*

Aliás, cabe lembrar que a primeira norma sobre Direito do Trabalho no mundo ocidental contemporâneo surgiu na Inglaterra exatamente para limitar a jornada diária de trabalho, bem como o trabalho infantil. Seu objetivo era defender a saúde do empregado, exposta à longa duração da jornada de trabalho.⁵⁹

Surgiu em 1802 a chamada *Lei de Peel*, que buscava limitar em 12 (doze) horas diárias o tempo de trabalho dos aprendizes nos moinhos da Inglaterra, que deveriam trabalhar sempre após as 06 (seis) horas da manhã e antes das 21 (vinte e uma) horas. Mas foi somente a partir de 1886 que se definiu que a jornada de trabalhado deveria ser limitada à 08 (oito) horas diárias. Em 1891, a *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII previa essa mesma limitação. Não é por acaso também que, em 1919, a 1ª Convenção da OIT – Organização Internacional do Trabalho versou exatamente sobre jornada de trabalho, limitando-a à mesma quantidade de 08 (oito) horas diárias. No Brasil, a primeira lei que tratou do assunto é de 1932. Essa singela digressão história é apenas para demonstrar que não se pode transigir nesse tema, em respeito à própria evolução humana.

Como se vê, limitar a jornada diária de trabalho a patamares razoáveis, *in casu*, 08 (oito) horas diárias, é o piso civilizatório mínimo exigido pelos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, conforme destacados na Constituição brasileira de 1988 (art. 1º, incisos III e IV).

Diante da realidade atual e das necessidades do Capitalismo Tecnológico, “quem pode dizer, atualmente, qual é o tempo de um trabalhador digital?” Essa é a indagação que tem feito Teresa Coelho Moreira, professora da Universidade do Minho, Portugal⁶⁰, que tem pesquisado sobre o tema do direito à desconexão dos trabalhadores.⁶¹

profissional. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 52, jan./jun. 2018, p. 255.

⁵⁹ Nesse sentido, a Reforma Trabalhista introduzida no Brasil pela Lei 13.467/17 que alterou a CLT está em sentido oposto à toda a história construída pelo Direito laboral, pois prevê: Art. 611-B: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou redução dos seguintes direitos: ...Parágrafo único: Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”

⁶⁰ MOREIRA, Teresa Coelho. *Algumas questões sobre trabalho 4.0*. Revista Prontuário de Direito do Trabalho, n. 016-II, p. 245-264. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários.

⁶¹ Quanto à expressão *direito à desconexão dos trabalhadores*, o juslaborista português João Leal Amado faz uma observação muito pertinente, pois prefere referir-se à um *direito à não conexão*. Diz o ilustre professor doutor: “Diríamos, pelo exposto, que o período de descanso equivale, deve equivaler, a um período de do not disturb patronal! Vale dizer: ... a obrigação de não perturbar, de não incomodar, recai sobre a empresa. O trabalhador goza, assim, de um “direito à não conexão”.

Não é possível aceitar um retrocesso nesse assunto relativo ao tempo do trabalhador à disposição do empregador, especialmente aquele do trabalho realizado sob as ordens e vigilância constante dos algoritmos que, como se viu, é mais intenso, severo e eficaz do que na subordinação clássica e direta, pois isso importaria em voltar aos primórdios da legislação protetiva, razão de ser do Direito do Trabalho.

7.2 Remuneração mínima do trabalhador

Ainda que executando suas tarefas à distância e controlado por um algoritmo, o trabalhador, independentemente da qualificação jurídica que lhe for dada (com ou sem vínculo empregatício) e desde que executando uma jornada de trabalho de 08 (oito) horas diárias, como é comum na maioria das atividades, certo é que deve ser-lhe garantido uma remuneração mínima (diária ou mensal) que seja suficiente para atender suas necessidades básicas de sobrevivência, principalmente quando sua remuneração se dá exclusivamente por meio de “produtividade”.

Nesses casos e considerando-se que, o que interessa para a estrutura empresarial contratante dos serviços é o resultado do trabalho que gera lucro e não o modo como ele é feito, o fato de laborar exclusivamente por produtividade irá impor na consciência do trabalhador a ideia de que “ele faz a sua própria remuneração” e, quanto mais ele trabalhar, maior será seu ganho, independentemente dos prejuízos causados à sua saúde. Esses custos sociais, num futuro bem próximo, serão suportados por toda a sociedade, desde a proteção universal oferecida pela Estado por meio do Serviço Único de Saúde – SUS, até na área dos benefícios previdenciários (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez etc.), bancados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Os resultados desse tipo de remuneração são catastróficos e conhecidos no interior do Estado mais rico da Federação brasileira, especialmente na indústria canavieira, que resultou, inclusive, em diversas ações judiciais movidas pelo Ministério Público do Trabalho – MPT para inibir a prática que levou à morte diversos trabalhadores por exaustão.⁶²

In: *Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 52, p. 263, jan./jun. 2018.

⁶² COSTA, Cândida. *Morte por exaustão no trabalho*. Cad. CRH [online]. 2017, vol. 30, n.79, p. 105. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-49792017000100007> >. Acesso em 9.1.2019.

Como já visto, foi nesse sentido que decidiu o Tribunal do Reino Unido no caso do motorista que trabalha por meio da plataforma digital do aplicativo Uber, ou seja, de reconhecer que o trabalhador deve receber uma remuneração mínima mensal que lhe garanta o mínimo existencial, necessário à sua proteção e à sobrevivência de sua família.

Essa equação (jornada máxima diária x remuneração mínima) deve orientar qualquer relação jurídica que envolva o trabalho humano, sob pena de retorno à idade das trevas dos direitos fundamentais, em visível ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV da Constituição da República de 1988).

8. (Des)necessidade de lei específica para regular o tema

A questão ora posta é saber se há necessidade de uma lei específica para alterar ou complementar o conceito de subordinação jurídica diante dos avanços sociais e tecnológicos e da chamada economia em rede ou se, a análise sistemática do Direito do Trabalho, enquanto “ramo” da ciência jurídica, é suficiente para enfrentar os problemas da conceituação dos institutos jurídicos em debate.

Como assevera o professor português Antonio Monteiro Fernandes, a aplicação da classificação binária subordinação/autonomia, diante de um caso concreto a ser solucionado, comporta duas questões: uma de natureza *prático-jurídica*, atribuída ao intérprete da legislação trabalho e outra de *concepção político-jurídica*, seja mediante a elaboração de leis sobre o tema ou sobre a definição da noção do seu conceito pela própria jurisprudência.⁶³

Como em qualquer ciência social, a percepção dos fatos que nos rodeiam mudam. Se alteram com o tempo. A evolução da noção de um determinado instituto jurídico não é novidade, muito menos em Direito Laboral. A título de exemplo, vale citar o conceito de acidente do trabalho.

No Brasil, no início da legislação sobre o tema (1919), só se admitia o acidente de trabalho quando este era originário de causa única. Desde o Decreto-Lei n. 7.036/44, passou-se a ser admitida a teoria das concausas, com todos os seus efeitos. Atualmente, a Lei n. 8.213/91, não deixa nenhuma dúvida sobre o tema, pois seu art. 21 estabelece que: “Equiparam-se também ao acidente de

⁶³ FERNANDES, Antonio Monteiro. *Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?* ABRANTES, José João. Coord. In: II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho. Lisboa: Almedina, 2016, p. 99.

trabalho, para os efeitos desta Lei o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.” Observe-se que neste período de um século a noção do conceito doutrinário sobre o tema evoluiu e, com ele, houve também a alteração legislativa.

Não há dúvidas, portanto, que a mudança nos fatos sociais implementadas pelo Capitalismo Tecnológico irá resultar, futuramente, na elaboração de leis que redefinam ou ajudem a compreender melhor a noção do conceito de subordinação, a exemplo do que ocorreu com o teletrabalho e o trabalho à distância, por meio da Lei 12.551/11, que deu nova redação ao artigo 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT⁶⁴, frutos que são dessa nova onda tecnológica. Ainda mais num país como o Brasil que é de tradição jurídica escrita.

Contudo e no que diz respeito à alteração promovida no art. 6º da CLT pela Lei 12.551/11, é de se observar que autores como Valentin Carrion entendem que “A lei nada modifica. A CLT, em seu art. 3º, define o trabalho subordinado; a relação de emprego independe da forma que o empregador usa para comandar, controlar e subordinar o empregado, seja ao vivo ou por meios telemáticos.”⁶⁵

Interessante notar que o termo subordinação jurídica não existia na lei antes da nova redação do artigo 6º da CLT, ocorrida no ano de 2011. A noção desse conceito sempre foi doutrinária. E nunca se discutiu isso. No mesmo sentido, a Lei 12.551/11 também se referiu aos *pressupostos* caracterizadores da relação do emprego.⁶⁶ Embora o artigo 3º da CLT elencasse uma série de fatos que, se ocorridos no mundo fenomênico, considerar-se-ia existente a relação de emprego, nunca se utilizou essa expressão *pressupostos*, fruto que sempre foi da definição constatada pela doutrina. E isso também nunca foi objeto de relutância ou de maiores celeumas na seara trabalhista quando da aplicação do direito ao caso concreto.

⁶⁴ Art. 6º da CLT: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único: Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

⁶⁵ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas*. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 56.

⁶⁶ Lembrando aqui as observações já feitas neste trabalho quanto a questão da subordinação se tratar de consequência e não de pressupostos da relação de emprego.

Todos os tipos de questões e problemas sociais acontecem diariamente, inclusive essas geradas pelo Capitalismo Tecnológico que fomentou o trabalho por meio de plataformas digitais. E, via de regra, desaguam no Poder Judiciário para que seja resolvida a questão da existência ou não da relação de emprego.

Enquanto não existir lei específica sobre o tema, cabe ao julgador suprir esse vácuo legislativo se encontrar ali os fatos-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, mesmo quando a subordinação se exterioriza por meio dos comandos gerados por algoritmos. Nesse caso, a interpretação sistemática é necessária para dar a coesão que a Ciência exige e isto é assim há, pelo menos, um milênio antes da Era Cristã.⁶⁷ Não existe texto legal solto e pairando no ar, sem qualquer conexão com os outros comandos normativos que compõem o ordenamento jurídico. E esse tema dispensa maiores elucubrações.

Para atender às novas demandas sociais e econômicas, o certo é que “o Direito do Trabalho precisa apenas alargar as molduras do conceito de subordinação jurídica,”⁶⁸ enfrentando os desafios atuais. Tanto no Brasil, quanto em Portugal, não há legislação específica sobre o tema. Enquanto isso, a doutrina e a jurisprudência irão moldar a noção deste conceito neste período de transição.⁶⁹

Essas transformações socioeconômicas exigem ferramentas de trabalho e de interpretação diferentes, adequados a proteger esse contingente de pessoas que vivem (ou sobrevivem) do seu trabalho sem a devida proteção das leis trabalhistas. Caso contrário, seria fazer letra morta aos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição da República).

Nesse momento, a Ciência Jurídica deve fazê-lo por meio da interpretação sistemática, que leva em consideração o contexto no qual os fatos dessa nova realidade estão inseridos, sem olvidar a interpretação constitucional que, como

⁶⁷ “O Código de Manu, legislação indiana, cujo texto original foi escrito em sânscrito, promulgado aproximadamente mil anos antes de Cristo... Assim, com seu método de investigação, interpretação e integração do direito, foram os hindus muito além do método gramatical e lógico, num verdadeiro processo sistemático e de criação do direito no caso concreto.” GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 13.

⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. In LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017, p. 26.

⁶⁹ Lorena Vasconcelos Porto entende que não é necessária a intervenção legislativa, podendo a releitura da noção do conceito de subordinação ser operada pela jurisprudência. In *A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação*. Revista de Direito do Trabalho: São Paulo, v. 130, p. 122, abr./jun. 2008.

visto, traz o trabalho humano como um dos seus princípios fundamentais.

9. Conclusão

A guisa de conclusão, podemos definir o seguinte:

a) A noção do conceito de subordinação jurídica é um termo aberto, que evolui a todo tempo, com e como a sociedade pós-moderna, líquida e contemporânea, marcada por relações pessoais e jurídicas em constante transformação.

b) A subordinação jurídica é o estado em que se encontra o trabalhador, aguardando ou executando ordens e se revela por meio de fatos do mundo real que se encaixam na hipótese de incidência legal, tornando-se fatos-jurídicos. Isso posto, constata-se que não é um pressuposto da relação de emprego, mas sua consequência.

c) A subordinação estrutural é acatada pela doutrina e jurisprudência brasileira como uma forma de extensão à noção do conceito clássico de subordinação jurídica, oxigenando o instituto para atender a evolução de uma economia em rede, denominando-se nessa nova fase do Capitalismo Tecnológico como subordinação estrutural-reticular.

d) As condições socioeconômicas contemporâneas exigem que seja revisitada a noção do conceito de subordinação jurídica, alargando suas fronteiras por meio da interpretação sistemática para incluir sob a proteção da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT os trabalhadores que estão à sua margem, independentemente da denominação que é dada a essas novas relações jurídicas, garantindo-lhes direitos básicos que representem um piso civilizatório mínimo, especialmente quanto à limitação da jornada de trabalho e à remuneração mínima.

e) A subordinação por algoritmo é apenas mais umas das facetas da noção clássica da subordinação jurídica que caracteriza-se pelo estado em que se encontra o trabalhador, aguardando ou executando ordens emitidas por um sistema informacional criado por uma estrutura organizacional, permeado por soluções tecnológicas complexas mas que, ao final, revelam apenas mais uma das etapas do capitalismo contemporâneo, aqui designado de Capitalismo Tecnológico.

f) A subordinação por algoritmo, ao mesmo tempo em que tenta ser dissimulada, revela-se como mais densa, intensa e eficaz do que a subordinação clássica que é feita por meio de ordens diretas, compelindo o trabalhador a executar cada vez mais tarefas e avaliando-o continuamente e automaticamente por meio de sofisticados sistemas computacionais de gestão.

g) Num país em que a tradição escrita do direito tem enorme relevância como é o caso do Brasil, uma nova lei para regular o tema da subordinação por algoritmo é bem vinda. Contudo, sua falta não impede o reconhecimento de sua existência como instituto jurídico com base na interpretação sistemática, levando sempre em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, como um dos pilares do Contrato Social firmado pela Carta da República.

As mudanças sociais que estamos vivenciando, muitas delas fruto do Capitalismo Tecnológico, irão impactar as relações de trabalho neste início de século XXI e seus efeitos jurídicos já são sentidos pela doutrina e jurisprudência. A regulamentação de tais fatos sociais pelo direito será consequência disso, até como necessidade própria do capitalismo, que precisa de segurança jurídica e calculabilidade para continuar sua trajetória. O que se deseja neste *Admirável Mundo Novo* é que a humanidade também avance no respeito à dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho.

Referências bibliográficas

ABRANTES, José João. Coord. *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2016.

AMADO, João Leal. *Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 52, p. 255-268, jan./jun. 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Trabalho no século XXI: as novas formas de trabalho por plataformas*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018> >. Acesso em 2.8.2018.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas*. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. IPI – *Comentários sobre as regras de interpretação da tabela NBM/SH – TIPI/TAB*. RDDT n. 12.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida*. – São Paulo: LTr, 2017.

CAZUZA; BRANDÃO, Arnaldo (Compos.). *O tempo não para*. Manaus: Som Livre, 2003. 1 DVD (51'25), widescreen, color.

CHAPLIN, Charles. *TEMPOS modernos*. Produção de Charles Chaplin. New York, 1936. 2 DVD's (83 min), widescreen, preto e branco. Produzido no Brasil por Videolar S/A sob licença de Warner Home Video Inc. Manaus: 2003

COSTA, Cândida. *Morte por exaustão no trabalho*. Cad. CRH [online]. 2017, vol. 30, n.79, p.105-120. ISSN 0103-4979. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-49792017000100007> >. Acesso em 9.1.2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Revista LTr, Ano 70, n. 6, jun. de 2006, p. 657-667.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERNANDES, Antonio Monteiro. *Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?* In: II Congresso Europeu de Direito do Trabalho – os desafios atuais do Direito do Trabalho. ABRANTES, José João. Coord. Lisboa: Almedina, 2018. p. 99-107.

GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

GRANDI, Mario. *Il problema della subordinazione tra attualità e storia. In Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro.* ANGELI, Franco. Milano: Fondazione Giulio Pastore, 1999, p. 11-20.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes. Interpretação/aplicação do direito e os princípios.* 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2017.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus.* São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo.* Trad. de Lino Vallandro e Vidal Serrano. 22ª ed. São Paulo: Globo, 2014.

LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. (Coord.) *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano.* São Paulo: LTr, 2017.

MALET, Estêvão. *A subordinação como elemento do contrato de trabalho.* In: Revista de Direito e de Estudos Sociais. Almedina: Lisboa, Ano LII (XXV da 2ª Série), n. 1-2, p. 7-48.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, p. 197-218, jul./dez. 2007.

MOREIRA, Teresa Coelho. *O direito à desconexão dos trabalhadores.* Revista *Questões Laborais*, Ano XXIII, n. 49 – jul./dez 2016, p. 7-28. Lisboa: Almedina. _____ . Algumas questões sobre trabalho 4.0. Revista *Prontuário de Direito do Trabalho*, n. 016-II, p. 245-264. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado.* Parte geral. 3ª ed., t. I: Rio de Janeiro: 1970, Borsói.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação*. Revista de Direito do Trabalho: São Paulo, v. 130, p. 119-142, abr./jun. 2008.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 199, p. 22.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017 - Artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2017.

SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia. A justiça social diante do mercado total*. Tradução de Tânia do Valle Tshiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

_____. *Les nouveaux visages de la subordination*. In DS, n. 2, 2000, cit. p. 32. Apud: MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores. Revista Questões Laborais, Ano XXIII, n. 49 – jul./dez 2016, p. 7-28. Lisboa: Almedina.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

WAKEFIELD, Jane. *O homem que foi demitido por uma máquina*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-44600350> >. Acesso em: 25.6.2018.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-LITERÁRIA ACERCA DOS JULGAMENTOS AOS NAZISTAS E DO ATO PATRIÓTICO

The criminal law of the enemy: an historical-literary perspective about nazi trials and U. S. Patriot act

Área: Direito Penal

João Paulo Vani¹

Doutor em Teoria Literária pela UNESP

RESUMO: O Direito Penal do Inimigo, controversa teoria que defende a divisão do Direito Penal em duas frentes, chamadas de Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, postulada pelo professor e filósofo alemão Günter Jakobs nos últimos anos da Guerra Fria, é, neste artigo, discutido e exemplificado a partir de fatos históricos, em contextos de Guerra, narrados por Jonathan Safran Foer, um escritor judeu-americano, nos romances *Everything is Illuminated* (2002) e *Extremely Loud & Incredibly Close* (2005): os julgamentos de Nuremberg, Frankfurt e, também, de Adolf Eichmann, em Jerusalém; e a promulgação do Ato Patriótico pós-11 de setembro. Com o objetivo de fornecer um levantamento histórico, tendo como base os romances de Foer, este artigo oferece uma breve análise do entrelaçamento dos fatos históricos, recriados pelo autor nas referidas obras, e a perspectiva de poder realizar a separação entre cidadão e inimigos do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo. Ato Patriótico. Holocausto. História. Literatura.

ABSTRACT: The Criminal Law of the Enemy, a controversial theory that defends the division of the Criminal Law on two fronts, called Citizen's Criminal Law and Criminal Law of the Enemy, postulated by the German professor and philosopher Günter Jakobs in the last years of the Cold War, is discussed in this article and exemplified from historical facts in war contexts narrated by Jonathan Safran Foer, a Jewish-American writer, in the novels *Everything is Illuminated* (2002) and *Extremely Loud & Incredibly Close* (2005): the Nuremberg trials, Frankfurt and also by Adolf Eichmann, in Jerusalem; and the enactment of the post-9/11 Patriotic Act.

¹ Especialista em Administração (MBA). Presidente da Academia Brasileira de Escritores. Coordenador nacional do programa "Brazilian Studies" da University of Louisville, nos Estados Unidos. contato@jpvani.com.br

In order to provide a historical survey, based on Foer's novels, this article offers a brief analysis of the intertwining of the historical facts recreated by the author in the referred works and the perspective of being able to separate citizens and enemies of the State.

KEYWORDS: Criminal Law of the Enemy. Patriotic Act. Holocaust. History. Literature.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Perspectiva história; 1.1 O Ato Patriótico; 1.2 Julgamentos de Guerra e a condenação nazista; 2. Breve análise; Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Este trabalho tem por objetivo oferecer uma perspectiva histórico-literária ao conceito de Direito Penal do Inimigo, doutrina elaborada nos anos finais da Guerra Fria pelo professor e filósofo Günter Jakobs, da Universidade de Bonn, na Alemanha, tendo como *corpus* a obra *Extremely Loud & Incredibly Close* (2005), de Jonathan Safran Foer, autor judeu-americano.

Apresentado por Jakobs durante seminário em Frankfurt, em 1985, o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*, em alemão) é uma polêmica doutrina filosófica que parte da proposta de divisão do Direito Penal em duas vertentes: o Direito Penal do Cidadão, considerado pelo autor como o “criminoso comum”, que atenta contra outro indivíduo e que deve ser julgado observando as normas vigentes, enquanto no Direito Penal do Inimigo, o indivíduo não merece ser tratado pelo Estado como “pessoa”, mas como “inimigo”, ou seja, uma fonte de perigo constante contra a nação, como terroristas, criminosos sexuais e criminosos econômicos, cujos atos promovem a quebra do Contrato Social, como descrito por Rousseau (2006).

Ao proceder uma divisão entre “inimigos” e “cidadãos”, Jakobs (2007) deixa clara sua matriz filosófica contratualista de Estado, trazendo para seu texto não apenas os fundamentos de Rosseau, mas também de Hobbes, Kant e Fichte, reforçando a perspectiva de que tais pensadores, já haviam conceituado os inimigos de uma nação.

Dentre as principais características do Direito Penal do inimigo, mister se faz salientar o momento em que ocorre a atuação penal. O Direito Penal passa a ser prospectivo ao invés de retrospectivo. Para

Jakobs, o inimigo deve ser interceptado prontamente, em estágio prévio, devido a sua periculosidade, consagrando-se, pois, um Direito Penal do Autor. Nesta acepção, o infrator é punido pelo “o que ele é”, pelo perigo que representa. (SILVA, 2013)

A perspectiva filosófica de Jakobs não é inédita. Após o final da 2ª Guerra Mundial, os julgamentos especiais realizados puniram os autores pelo que eles eram (Direito Penal do Autor), e não pelo que haviam feito (Direito Penal do Fato). Desse modo, tendo sido a máxima expressão do Direito Penal de autor verificada durante o nazismo, o Direito Penal do Inimigo – como apresentado por Jakobs, retoma esse trágico período, propondo a despersonalização e/ou desumanização de indivíduos pertencentes a grupos organizados. Acerca dos julgamentos especiais, anteriormente citados, podemos usar, como exemplo, o **Julgamento de Eichmann em Jerusalém** – O julgamento de Otto Adolf Eichmann aconteceu na cidade de Jerusalém, tendo começado em 11 de abril e terminado em 15 de dezembro de 1961. Após o julgamento das apelações, Eichmann foi enforcado em 1 de junho de 1962. Considerado um dos responsáveis pela “Solução Final”, o extermínio em massa dos judeus, Eichmann foi julgado por crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime contra o povo judeu e associação em organização criminosa. A filósofa Hanna Arendt foi responsável pela cobertura do julgamento para a Revista *The New Yorker*, cujos relatos foram posteriormente publicados na obra *Eichmann em Jerusalém*. (KREMER, 2003; KONRAD, 2014).

A reação extremada e violenta do Estado Nazista, iniciada com a Noite dos Cristais², revelou-se uma força de perseguição crescente contra os judeus. Após terem sido desalojados, muitos judeus começaram a ser enviados aos guetos fechados, tanto em Lodz quanto em Varsóvia, cuja criação teve, inicialmente, o objetivo de extorqui-los ainda mais (BURRIN, 1990, p. 101). Em face a esse método brutal, aplicado pelo Estado Nazista, e aos desdobramentos oriundos dos atos insanos, perpetrados pelo Terceiro Reich ao povo e ao Estado Alemão, consideramos aqui ser, naquele contexto histórico, o próprio Estado Nazista

² *Pogrom* sancionado pelo governo nazista, ocorrido entre os dias 9 e 10 de novembro de 1938, episódio no qual policiais e bombeiros, sob comando de oficiais nazistas, atacaram casas, e estabelecimentos comerciais de judeus e sinagogas, tendo como efeito ruas inteiras cobertas de vidro estilhaçado — vindo daí a alcunha de “Noite dos Cristais”. Estima-se que no curto período de tempo que os atos de violência foram praticados contra os judeus, 267 sinagogas tenham sido vandalizadas e 20 mil judeus tenham sido presos, enviados para campos de concentração. (KREMER, 2003)

inimigo da nação alemã.

1. Perspectiva histórica

A relação estreita que pode ser observada entre História e Literatura não é recente. Para essas duas disciplinas, o processo de produção do profissional, seja do historiador, seja do autor de ficção, é um processo bem semelhante, no qual utilizam, via de regra, a mesma ferramenta: a linguagem.

Para Hutcheon (1991), na representação tanto da História quanto da Literatura, há um entrelaçamento entre o fato histórico e a ficção, fazendo o leitor não ter o alcance do quanto de realidade e de ficção existe nas narrativas, uma vez que a fronteira entre ambas pode se confundir, em uma mútua contaminação: fato histórico permeado de ficção e ficção permeada por fatos históricos. A diferença conceitual entre os dois trabalhos reside no fato de o historiador ter um “dever social” com a verdade, enquanto o autor de ficção tem liberdade para produzir narrativas assumidamente ficcionais, ainda que permeadas por elementos reais.

E, ao assumir uma análise que englobe o entroncamento de Literatura e História, envolvendo um fato com desdobramentos sociais tão profundos como o 11 de setembro, temos, então, a possibilidade de análise da supressão dos direitos individuais – como os julgamentos especiais de Nuremberg e Jerusalém, ou a promulgação do Ato Patriótico – sendo aqui tratados como exemplos de aplicação do Direito Penal do Inimigo, uma vez que a despersonalização proposta por Jakobs ganha incontestável força tanto diante da resposta do governo americano aos Ataques Terroristas de 11 de setembro, com a promulgação do Ato Patriótico, quanto com os exemplos resgatados dos julgamentos de Eichmann ou dos demais oficiais nazistas em Nuremberg.

Como se pode compreender, à base do Direito Penal do Inimigo, doutrina elaborada e defendida por Jakobs, está a supressão de direitos individuais do “inimigo”, sendo também perdidas as garantias penais e processuais: uma vez que esse indivíduo, inimigo do estado, deve ter, a qualquer custo, sua trajetória criminosa interrompida por ser “um perigo latente” e não simplesmente um delinquente, não são obedecidos os ritos do processo democrático, ainda que esse método não seja corroborado pelo estado de direito.

Em uma perspectiva didática, Gomes (2010) tece considerações acerca da

doutrina de Jakobs:

Fundamentos (filosóficos) do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant).

Características do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

1.1 O Ato Patriótico

Os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001 ocasionaram uma imediata mudança de sentido que o termo “segurança” assumiu dentro da

sociedade americana, com efeitos ao redor do mundo. Uma catastrófica realidade teve de ser absorvida pelo público de forma bastante cruel. Essa mudança de paradigma foi confirmada pela assinatura do USA *Patriot Act* (“Ato Patriótico dos Estados Unidos”), em 26 de outubro que, na prática, suprimiu as liberdades civis, os direitos constitucionais do cidadão americano, promulgado pouco antes da criação da *National Commission On Terrorist Attacks Upon The United States* (Comissão Nacional de Ataques Terroristas contra os Estados Unidos, em tradução livre).

Aprovado pelo Congresso Americano dentro do contexto da Guerra ao Terror, durante o governo de George W. Bush, o USA *Patriot Act* é um acrônimo de *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001* (Lei de 2001 para unir e fortalecer a América, fornecendo instrumentos apropriados requeridos para interceptar e obstruir o terrorismo), diante do desgaste sofrido pelas autoridades públicas, CIA e FBI, três pontos foram considerados prioritários pelo governo americano: 1) proteger os Estados Unidos de ataques terroristas; 2) proteger os Estados Unidos de operações de inteligência estrangeira e espionagem; e 3) proteger os Estados Unidos de ataques cibernéticos e de crimes de alta tecnologia.

O Ato Patriótico, lei que mais rapidamente tramitou no Congresso Americano em toda história, desde a sua criação, foi duramente criticado, principalmente pelo senador democrata Russell Feingold, que advertiu publicamente para o fato de que a guerra contra o terror estaria perdida “sem dar-se um tiro sequer”, quando as liberdades individuais fossem sacrificadas. Dividido em dez medidas, o Ato Patriótico diminui os direitos civis do cidadão; amplia o poder das agências governamentais; exige mais rigor das instituições bancárias, de modo a evitar lavagem de dinheiro; autoriza o reforço da segurança nas fronteiras; fortalece as CNS — Cartas de Segurança Nacional — instrumento por meio do qual pode-se exigir a entrega de informações e documentos relacionados a uma pessoa em investigação; permite que seja fornecido auxílio financeiro a famílias de vítimas de terrorismo; autoriza o aumento da verba para ampliação de compartilhamento de informações entre agências governamentais de cumprimento da lei; amplia a lista de crimes considerados atos de terrorismo, como ataque a sistemas de transporte coletivo, uso de armas biológicas, apoio a terrorismo e ataques a computadores; permite a criação de método de compartilhamento de informações entre a inteligência nacional americana e as agências governamentais e, em sua última seção, o Ato Patriótico discorre ainda sobre outras cláusulas.

Entretanto, ainda que o governo americano tenha tomado diversas medidas, os impactos, que os atentados terroristas de 11 de setembro geraram no *American Way of Life*, foram enormes. Entre as sequelas dos ataques, estão o medo e o retorno da paranoia. Bauman trata do modo como os ataques terroristas de 11 de setembro e os desdobramentos para a sociedade civil americana foram, sob determinado ponto de vista, bem-sucedidos:

Se o propósito dos terroristas é espalhar o terror entre a população inimiga, o exército e a polícia dos inimigos certamente vão assegurar que esse objetivo seja atingido num grau muito maior que o nível ao qual os terroristas seriam capazes de alcançar. (BAUMAN, 2008, p.26)

O Ato Patriótico viola a 1ª e a 4ª emendas da Constituição Americana, tornando permitidas medidas como: invasão de lares, espionagem, interrogatórios e tortura de possíveis suspeitos de espionagem e terrorismo.

1ª emenda: O Congresso não deve fazer leis no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao governo petições para a reparação de seus agravos;

4ª emenda: O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. (JORDAN, 2012, tradução nossa)

Os atentados de 11 de setembro não somente marcaram o início de um novo momento histórico nos Estados Unidos da América, o da Guerra ao Terror, como também se tornaram tema de publicações, artísticas ou não, em todo o mundo.

De acordo com Chomsky (2002), os ataques terroristas de 11 de setembro

são considerados o maior atentado contra os Estados Unidos em seu próprio território, tendo contabilizado 3.022 vítimas. Medo, insegurança, incerteza e trauma são alguns dos reflexos de atos terroristas fartamente citados.

As horripilantes atrocidades cometidas em 11 de setembro são algo inteiramente novo na política mundial, não em sua dimensão ou caráter, mas em relação ao alvo atingido. Para os Estados Unidos, é a primeira vez, desde a Guerra de 1812, que o território nacional sofre um ataque, ou mesmo é ameaçado. Muitos comentaristas tentaram fazer uma analogia com Pearl Harbor, mas se trata de um equívoco. Em 7 de dezembro de 1941, as bases militares em duas colônias americanas foram atacadas — e não o território nacional [...] (CHOMSKY, 2002, p.12)

Entretanto, o que é terrorismo? De acordo com o *Federal Bureau of Investigations* (FBI), a polícia federal dos Estados Unidos, terrorismo é “propriedades para intimidar ou coagir um governo, a população civil, ou qualquer segmento da população, em prol de objetivos políticos ou sociais”³. (FBI, tradução nossa)

Considerando a imediata mudança de sentido que o termo “segurança” sofreu dentro da sociedade americana, a partir da primeira notícia de que o choque entre aviões comerciais e torres do *World Trade Center* havia sido planejado por um grupo terrorista, essa variação estilhaça a ideia anterior de invulnerabilidade e exprime uma catastrófica realidade, a ser absorvida pelo público de forma bastante cruel. Esse episódio permite uma reflexão à luz da noção de mimese. Costa, ao revisitar o conceito de mimese de Aristóteles, faz a seguinte colocação: “um recurso da mimese trágica é o efeito de surpresa, o qual, mesmo inverossímil, pode parecer verossímil, porque é verossímil que aconteçam coisas inverossímeis.” (2001, p.50)

Ao refletirmos acerca dos eventos de 11 de setembro, com base nas constatações sobre mimese, podemos traçar um paralelo entre a representação mimética da arte e os ataques terroristas no momento em que o inverossímil se torna verossímil e, diante de algo que não se podia sequer imaginar, o poderio

³ The unlawful use of force or violence against persons or property to intimidate or coerce a Government, the civilian population, or any segment thereof, in furtherance of political or social objectives.

americano se vê ameaçado. Assim, uma vítima de acontecimentos inverossímeis pode não conseguir compreender a magnitude do acontecimento devido à falta de um referencial verossímil, gerando um trauma, condição que pode ser observada nos narradores de *Extremely Loud & Incredibly Close*. Tanto a noção de estilhaçamento da invulnerabilidade americana quanto a verossimilhança dos acontecimentos são noções discutidas por Baudrillard (2002), que não exime os Estados Unidos da responsabilidade sobre os acontecimentos:

Com os atentados de Nova York e do World Trade Center, estamos mesmo a braços com o acontecimento absoluto, com a “mãe” dos acontecimentos, com o acontecimento puro que concentra nele todos os acontecimentos que nunca tiveram lugar [...] Todo o jogo da história e do poder está alterado por ele [...] A condenação moral, a união sagrada contra o terrorismo são à medida da prodigiosa jubilação de ver destruída essa superpotência mundial, melhor, de a ver, de certo modo, destruir -se a si mesma, suicidar-se em beleza. Porque foi ela que, devido ao seu insuportável poderio, fomentou toda esta violência infundida mundo afora, e portanto também esta imaginação terrorista [...] É aliás verossímil que os terroristas (tal como os experts!) não tenham previsto o desmoronamento das Twin Towers, que foi, bem mais do que o ataque ao Pentágono, o choque simbólico mais forte. O desmoronamento simbólico de todo um sistema foi feito através de uma cumplicidade imprevisível, como se, desmoronando-se por si mesmas, suicidando-se, as torres tivessem entrado no jogo para assim concretizar o acontecimento. (2002, p.8-12, grifo nosso)

Enquanto Baudrillard (2002) questiona o próprio papel do Estado, no sombrio episódio do 11 de setembro, Jakobs refere-se ao inimigo como alguém que não se submete ou não admite fazer parte do Estado e, por isso, não deve usufruir do estatuto de cidadão, nem mesmo de pessoa, estabelecendo, assim, uma distinção entre cidadão e inimigo, ou “inimigo público”, ou “inimigo de estado”, definido segundo disposições de ordem cultural ou moral, mas, sobretudo, a partir de interesses políticos, de dominação e poder. Ou seja, ao falarmos especificamente do evento, ocorrido em Nova York, e considerando os efeitos do Ato Patriótico, há total consonância entre a filosofia de Jakobs e a

emergencial lei americana.

1.2 Julgamentos de Guerra e a condenação nazista

Enquanto as atrocidades nazistas eram reveladas e os Julgamentos de Nuremberg estavam em andamento, prevaleceram entre o público alemão a negação e as racionalizações. O nacional-socialismo era um assunto da literatura alemã não-judaica do pós-guerra, mas o genocídio dos judeus europeus não era; a memória do Holocausto foi reprimida. Não se priorizava, naquele momento, o enorme sofrimento que a Alemanha, enquanto Estado Nazista, infligiu aos outros, mas sua própria dor e a necessidade de reconstrução enquanto nação:

Todas as vítimas do Nacional-Socialismo foram vistas como iguais; os judeus não eram diferentes das outras vítimas; eles não eram a única população designada para a aniquilação. Ernestine Schlant explica que o profundo silêncio do holocausto na literatura alemã “repousava no pensamento compartilhado não declarado, estabelecia laços inconscientes de cumplicidade e contava com palavras de código para a comunicação” (The Language of Silence, p. 25). 23 (KREMER, 2003, p. xxviii, tradução nossa).

O julgamento de Adolf Eichmann, ocorrido em 1961, em Jerusalém, e o Julgamento de Auschwitz, ocorrido entre os anos de 1963 a 1965, em Frankfurt - no qual os 22 réus, ex-guardas do referido campo, que não demonstraram remorso, calando-se em juízo - encerraram o silêncio e a repressão do Holocausto na Alemanha.

De modo a revelar alguns poucos detalhes sobre o julgamento de Adolf Eichmann, Hanna Arendt, em sua obra *Eichmann em Jerusalém* (1999), destaca os quatro eixos de sua condenação: i) provocar o assassinato de milhões de judeus; ii) levar milhões de judeus a condições que poderiam provocar destruição física; iii) causar sérios danos físicos e mentais aos judeus; iv) determinar que fossem proibidos os nascimentos e interrompidas as gestações de mulheres judias em Theresienstadt. Especialmente sobre a prática de esterilização dos judeus, além dos males emocionais que restaram aos jovens — homens e mulheres — que sobreviveram, mas não puderam seguir o curso normal de suas vidas, formando famílias naturais, chamam-nos a atenção documentos recuperados e editados

por Arad (1981), que revelam terem os oficiais nazistas procurado soluções para manter um exército de trabalhadores judeus, desde que fossem “incapazes de reprodução”. Para tanto, era necessário que práticas eficazes e baratas, de esterilização fossem sugeridas, como podemos ver no trecho a seguir:

De acordo com a minha impressão, há pelo menos 2-3 milhões de homens e mulheres bem aptos para o trabalho entre os aproximadamente 10 milhões de judeus europeus. Tendo em conta as dificuldades excepcionais colocadas por nós à questão do trabalho, eu sou da opinião que estes 2-3 milhões devem, eventualmente, serem retirados e mantidos vivos. É claro que isso só pode ser feito se eles forem incapazes de reprodução. Relatei-lhe cerca de um ano atrás, que as pessoas sob minha instrução têm concluído as experiências necessárias para esse propósito. Eu gostaria de trazer esses fatos novamente. O tipo de esterilização que é normalmente levada a cabo em pessoas com doença genética está fora de questão neste caso, uma vez que leva muito tempo e é caro. A castração, por meio de raios-X, contudo, não só é relativamente barata, mas pode ser realizada em muitos milhares em um tempo muito curto. Eu acredito que se tornou irrelevante no presente momento se as pessoas afetadas, no decorrer de algumas semanas ou meses, perceberem, pelos efeitos, que são castradas.

(ARAD; GUTMAN; MARGALLOT, 1981, p. 272).

Foi a partir desses eventos que os judeus passaram a ser vistos como vítimas; o judaísmo, razão de sua perseguição, não era tematizado. Na Alemanha, entre os escritores não judeus, apenas Alfred Andersch dá ressonância às questões judaicas. De seus quatro romances, o mais ilustrativo é *Efraim* (1967), cujo narrador, um judeu-alemão naturalizado inglês, retorna à Alemanha e relembra o destino de seus pais mortos em Theresienstadt e Auschwitz. Trata-se, portanto, de um personagem que assim percebe a identidade judaica como diretamente relacionada ao Holocausto.

Essa falta de perspectiva do judeu como vítima nos primeiros anos, após o fim da 2ª Guerra, permearam também a literatura polonesa, marcada pela dominação política soviética.

Do final de 1948 até 1956, as publicações polonesas do Holocausto foram

limitadas a uma versão estreitamente definida pelo realismo socialista. Henryk Grynberg caracteriza o período como um tempo em que

[...] o escritor teve de criar a impressão de que as classes pobres polonesas ajudaram os judeus sob a ocupação nazista, eles próprios não buscavam compensação material, enquanto a classe média fazia denúncias à Gestapo, embora a literatura polonesa anterior provasse que, na realidade, a situação era frequentemente invertida. Além disso, os judeus tinham de ser apresentados sob forma prescrita: os corajosos e os sacrifícios deveriam ser proletários judeus, particularmente de orientação esquerdista, enquanto os judeus ricos eram vistos como egoístas e covardes⁴ (GRYNBERG, 1979, p. 127, tradução nossa).

Como podemos perceber, a percepção acerca do judeu na literatura imediata ao pós-guerra irá variar de país a país.

Embora a Itália não tenha tantos escritores sobreviventes ao Holocausto como outros países europeus, se tivesse apenas um, Primo Levi, ela teria o escritor mais profundo e mais aclamado pela crítica. O poder extraordinário de *É isto um homem?* (1987), o coloca como texto canônico sobre o Holocausto: o relato da transformação de um homem em prisioneiro de um campo de concentração, o exame analítico de vários tipos de prisioneiros e sua acomodação e resistência ao universo nazista oferece um testemunho extraordinário sobre o que Auschwitz representou e como afetou suas vítimas. Sobre a obra de Levi, Cytrynowicz (2003) comenta:

É isto um homem?, de Primo Levi, demorou vários anos para ganhar sua primeira edição mais comercial. No pós-guerra não havia a circulação de testemunhos que existe hoje, transformados em tema de cinema de entretenimento e em tema de conferências internacionais que atraem a participação de chefes de Estado. Falar o máximo possível do Holocausto não é necessariamente mais

⁴ a writer had to create the impression that the Polish poor classes helped the Jews under the Nazi occupation, themselves seeking no material compensation, whereas the middle class made denunciations to the Gestapo, although the earlier Polish literature proved that in reality the situation was often reversed. Also, Jews had to be presented in a prescribed fashion: the brave and sacrificing were to be Jewish proletarians, particularly leftist-oriented, whereas affluent Jews were viewed as selfish and cowardly. (GRYNBERG, 1979, p. 127).

interessante do que entender o momento em que é preciso também saber silenciar. (CYTRYNOWICZ, 2003, p. 133-134).

São testemunhos como os de Primo Levi, citados por Cytrynowicz, que nos dão o parâmetro do horror perpetrado pelos nazistas àqueles nomeados seus inimigos. Reiteramos, neste ponto, a perspectiva de que o Estado Nazista – e, sobretudo, seus oficiais, sob a perspectiva de Jakob - eram os “inimigos” da nação alemã.

2. Breve Análise

A proposta deste trabalho de analisar uma das narrativas de Jonathan Safran Foer, deve ser considerada levando em conta, também, quem é esse autor e o lugar que veio a ocupar na literatura americana: judeu-americano e neto de um judeu ucraniano, é representante da Terceira Geração de sobreviventes do Holocausto, e está intimamente ligado com as memórias daquele fato. Em *Everything is Illuminated*, seu romance de estreia, com pistas autobiográficas, o autor oferece um panorama da importância da memória para o povo judeu:

Tato, paladar, visão, olfato, audição... memória. Enquanto os Gentios apreendem e processam o mundo através de seus sentidos tradicionais, e usam a memória apenas como um recurso de segunda categoria para interpretar os acontecimentos, para os judeus a memória é não menos primordial do que a picada de um alfinete, seu brilho prateado, ou o gosto de sangue que sai do dedo. O judeu é picado por um alfinete e se lembra de outros alfinetes. É somente rastreando a picada do alfinete e voltando a outras picadas de alfinete [...] que o judeu consegue saber por que aquilo dói⁵. (FOER, 2003, p. 270).

Em seu segundo romance, *Extremely Loud & Incredibly Close* (2005),

⁵ Touch, taste, sight, smell, hearing...memory. While Gentiles experience and process the world through the traditional senses, and use memory only as a second-order means of interpreting events, for Jews memory is no less primary than the prick of a pin, or its silver glimmer, or the taste of the blood it pulls from the finger. The Jew is pricked by a pin and remembers other pins. It is only by tracing the pinprick back to other pinpricks...that the Jew is able to know why it hurts. (FOER, 2002, p. 198).

ambientado em uma Nova York pós-11 de setembro, Jonathan Safran Foer revela, em uma das três linhas narrativas (a mesma que foi levada às telas do cinema com Tom Hanks e Sandra Bullock), a história de Oskar Schell, um menino de 9 anos que perde o pai, Thomas Schell, nos atentados terroristas contra as Torres Gêmeas.

Para Oskar, a fantasia do que não viveu ao lado do pai é apagada pelo pesadelo de tentar recompor os últimos momentos vividos por todos os que estavam no *World Trade Center* naquele dia – para o menino, “o pior dos dias”.

Na tentativa de reencontrar seu pai, pelo cheiro, pela sua forte presença que ainda resiste em seu closet, intacto, Oskar entra no armário no dia em que os atentados completam o primeiro aniversário e, mexendo nas prateleiras, quebra um vaso e descobre um envelope com uma chave dentro. A única inscrição no envelope é “Black”, o que insere o menino em uma busca fantasiosa, em uma “expedição de reconhecimento” pela cidade de Nova York nos endereços habitados por famílias de sobrenome “Black”, em uma busca de uma fechadura para sua chave, processo que não apenas evita o esquecimento, mas leva ao amadurecimento e à cura.

Em contato com outras pessoas, Oskar (re)descobre um mundo que havia ficado soterrado nos escombros dos prédios, um processo quase arqueológico de desenterrar a vida que vivia antes do “pior dos dias”, de se permitir encontrar o que havia ficado para trás, numa ruptura emocional absolutamente indesejada.

Foer resgata os bens arqueológicos da Humanidade, seja no século XX, com o Holocausto, seja no século XXI, com o 11 de setembro, e oferece ao leitor uma possibilidade de se identificar, revisitar, descobrir e redescobrir e, principalmente, se curar dos traumas.

Como podemos compreender, Jonathan Safran Foer propõe em seu trabalho uma relação dialógica entre passado e presente, da percepção sobre a identidade judaica e sobre o Holocausto na sociedade pós-moderna. As obras ficcionais permitem ao autor defender ideias ou propor novos caminhos às celebrações inerentes à cultura judaica. É na ficção que o autor encontra a melhor forma de confrontar a história e recriar possibilidades.

E, portanto, nesse contexto, de recriar a própria possibilidade é que a sociedade americana aprova o endurecimento das leis antiterror, uma vez que os atentados de 11 de setembro, ocorridos em 2001, não somente marcaram o início de um novo momento histórico nos Estados Unidos da América, o da Guerra ao Terror, como também exigiram que o povo americano aprendesse a viver

dentro de nossos paradigmas, visto que o conjunto de regras anterior e a suposta invulnerabilidade americana haviam ruído.

Conclusão

A aceitação social da supressão de direitos individuais como garantia do aumento da segurança da nação foi, de modo simplificado, o fator de sucesso do Ato Patriótico ante a opinião pública.

Entretanto, a polêmica teoria de Jakobs - que traz em seu bojo a criação de duas vertentes no Direito Penal, sendo de um lado, o Direito Penal do Cidadão e, de outro, o Direito Penal do Inimigo - cria imediatamente a leitura de nós versus eles: de um lado, o cidadão civilizado, membro de uma sociedade, em contraposição ao inimigo cruel e desumano, o pária. Essa dualidade, que remonta o bem versus mal, pode ser claramente observada nos julgamentos aos membros do exército nazista e, também, na proposta de criação do Ato Patriótico, no contexto pós-11 de setembro.

Considerando o panorama histórico aqui apresentado e a breve análise literária empreendida, com a premissa de que a literatura pode reescrever a história, podemos concluir que as medidas extremas, tomadas em circunstâncias correlatas a guerras, não devem ser aplicadas a contextos que não sejam de exceção.

Referências bibliográficas

ARAD, Y.; GUTMAN, I; MARGALIT, A. *Documents on Holocaust*. Lincoln: University of Nebraska Press, 1981.

BAUDRILLARD, J. *O Espírito do Terrorismo*, Trad. de Fernanda Bernardo, Porto: Campo das Letras, 2002.

BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008.

BURRIN, P. *Hitler e os judeus: gênese de um genocídio*. Trad. Ana Maria

Capovilla. Porto Alegre: LP&M, 1990.

CHOMSKY, N. *11 de setembro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CONNOR, S. *Cultura Pós-Moderna: Introdução às Teorias do Contemporâneo*. São Paulo: Loyola, 1992.

COSTA, L. M. *A poética de Aristóteles: mimese e verossimilhança*. São Paulo: Ática, 2001.

CYTRYNOWICZ, R. *O silêncio do sobrevivente: Diálogo e rupturas entre memória e história do holocausto*. In: SELIGMANN-SILVA, M. História, Memória, Literatura. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2003.

FOER, J. S. *Extremamente Alto & Incrivelmente Perto*. Trad. Daniel Galera. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

FOER, J. S. *Tudo se Ilumina*. Trad. Paulo Reis e Sérgio Morais Rego. Rio de Janeiro: Rocco, 2005b.

FOER, J. S. *Extremely Loud & Incredibly Close*. New York: Mariner Books, 2005a.

FOER, S. J. *Everything is Illuminated*. London, Penguin Books Group, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal) *Conteúdo Jurídico*, Brasília – DF: 30 mar 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

HUTCHEON, L. *A Poetics of Postmodernism: History, Theory, Fiction*. London & New York: Routledge, 1991.

JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do Inimigo*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

JORDAN, T. *The U. S. Constitution And Fascinating Facts About It*. Naperville: Oak Hill, 2012.

KONRAD, L. R. Eichmann em Jerusalém e a Banalidade do Mal: Percepções Necessárias para A Urgência de uma Educação em Direitos Humanos. *Caderno Pedagógico, Lajeado*, v. 11, n. 2, p. 50-72, 2014.

KREMER, S. L. *Holocaust Literature: An Encyclopedia of Writers and Their Word*. New York: Routledge, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Escala, 2006.

SILVA, I. C. “O Direito Penal do Inimigo”. Núcleo de Direitos Humanos Unisinos. Disponível em: <<http://unisinos.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

A POLÊMICA OPÇÃO PELA MERITOCRACIA

The controversial option for meritocracy

Área: Direito do trabalho. Filosofia.

José Affonso Dallegrave Neto
Advogado. Pós-doutor em Direito

RESUMO: Adotar a meritocracia como critério para a concessão de prêmios ou reconhecimento individual profissional deve ser visto com reservas, vez que devem ser respeitadas as diferentes situações em que se pretende aplicá-los, sopesando-se as condições e circunstâncias diferenciadas. Deixar de observar a equidade pode gerar injustiças na avaliação. A visão de mundo e a doutrina econômica, adotada pelo criador dos critérios de avaliação da meritocracia, irão influenciar o resultado final, num sistema em que os poderosos moldam os processos econômico e político de uma nação em proveito próprio. Ao mesmo tempo, o Estado não se preocupa em tributar a população, utilizando a equidade como critério relevante, reforçando as injustiças sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Meritocracia. Isonomia. Equidade. Doutrina econômica.

ABSTRACT: Adopting meritocracy as a criterion for the awarding of awards or individual professional recognition should be viewed with reservations, since the different situations in which they are to be applied must be respected, considering the different conditions and circumstances. Failure to observe equity can lead to injustices in the assessment. The worldview and economic doctrine adopted by the creator of the criteria for evaluating meritocracy will influence the final result, in a system in which the powerful shape the economic and political processes of a nation to their own advantage. At the same time, the State is not concerned with taxing the population using equity as a relevant criterion, reinforcing social injustices.

KEYWORDS: Meritocracy. Isonomy. Equity. Economic doctrine.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A equidade como critério essencial. 2. Doutrinas econômicas e sua repercussão na avaliação da meritocracia. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O termo “meritocracia” teve origem no livro *The rise of the meritocracy* (em tradução livre: *A ascensão da meritocracia*), publicado, em 1958, pelo sociólogo e político Michael Young. A obra descreve uma sociedade do futuro, oprimida e distópica que se baseia apenas em resultados lógicos de QI (quociente de inteligência). Como apenas pessoas com acesso a boas escolas conseguem se sair bem nestes testes, a “meritocracia” acabava por perpetuar o desequilíbrio social. Eis a crítica de Young em relação ao sistema educacional britânico, de sua época, que privilegiava uma elite social.¹

De nossa parte, a meritocracia pode ser válida em inúmeras situações, a exemplo do pai que condiciona a concessão de determinado prêmio ao desempenho escolar do filho. São casos em que o esforço é medido pelo histórico de resultado do próprio avaliado. Ao contrário, quando se trata de mensurar a disputa de um grupo ou equipe, a meritocracia há que ser vista com cautela, aplicando-a não como critério absoluto, mas de modo suplementar e em um contexto em que os participantes estejam em pé de igualdade. Dito de outro jeito: mais do que simplesmente conferir a premiação ao campeão, importa perceber o esforço de cada um na medida de suas limitações. Mais do que a meritocracia, deve-se prevalecer a *equidade*, evitando, por exemplo, o mesmo critério de promoção funcional entre colegas em condições e circunstâncias diferentes. O gerente *trainee* jamais poderá ser avaliado nos mesmos moldes de um gerente sênior.

Em uma Olimpíada, você nunca verá atletas olímpicos e paralímpicos disputando a mesma prova atlética. Por que será? Porque a deficiência física os impede de atingir o mesmo resultado. Da mesma forma, em tempos de quarentena provocada por coronavírus não se pode esperar iguais resultados de vendas, ou de fechamento de negócios, comparadas a períodos de normalidade.

1. A equidade como critério essencial

Pesquisa realizada, em 2016, pelo MIT (*Massachusetts Institute of Technology*), revelou que as organizações que usam a meritocracia apresentam

¹ “O livro que criou o termo ‘meritocracia’ é uma distopia”. Por Camilo Rocha. Matéria publicada no *Nexo Jornal*, em 06 de novembro de 2017. Disponível em: < <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/11/06/O-livro-que-criou-o-termo-%E2%80%98meritocracia%E2%80%99-%C3%A9-uma-distopia> >. Acesso em: 25 abr. 2020.

maior chance de oferecer recompensas desiguais para indivíduos com performance similar, mas de gênero, etnia ou origem social diferentes. O autor do estudo, professor Emilio Castilla, analisou o desempenho de nove mil funcionários de uma grande empresa da área de serviços. A conclusão foi a de que as mulheres, minorias e estrangeiros tinham que trabalhar mais e obter resultado superior para conseguirem aumentos similares aos dos homens brancos nas mesmas condições. Em outra pesquisa complementar, Castilla concluiu que gestores que usam a meritocracia pensam estarem decidindo de forma imparcial quando, na verdade, não estão:

“Em um ambiente que reforça recompensas baseadas em merecimento, gestores tendem a se questionar menos sobre seus preconceitos, noções de estereótipos e visões de mundo.”²

A essência da justiça não está no princípio da igualdade meramente formal (“todos são iguais perante a lei”), mas na *equidade* que identifica e protege grupos e condições vulneráveis. Conceituada como a justiça do caso concreto, ela é o fundamento dos direitos tutelares nascidos sob o signo desenvolvimentista do Estado Social, como o Direito do Trabalho, do Consumidor, além dos Estatutos do Deficiente, da Criança e do Adolescente. A proteção jurídica ao mais pobre (hipossuficiente econômico) ou àquele que se encontra em condição de vulnerabilidade contratual (contratos de adesão) constitui a forma mais eficiente de equilibrar a relação entre desiguais. Nesta medida, a força da lei, dos programas sociais e das ações afirmativas surge para reequilibrar e estabelecer uma justiça comutativa. Afastar-se desta noção e tratar todos de forma igual (como quer a ideologia de mercado) é privilegiar uma elite privilegiada, justificando a injustiça e, quiçá, a opressão. Logo, todo cuidado é pouco com a empolgação pós-moderna deste simplista método da meritocracia. É preciso aplicá-la com moderação, seja para se adequar ao caso concreto, seja para coibir a vitimização despropositada daqueles que tentam tirar vantagens espúrias desta tutela.

Um pequeno teste ajuda-nos a identificar qual modelo ideológico nos enquadrámos. Trata-se de responder à seguinte pergunta: *A existência de uma sociedade economicamente desigual é um fato natural ou, ao contrário, deve*

² “Como a meritocracia no ambiente corporativo pode aumentar a desigualdade”. Por Ana Freitas. Matéria publicada no Nexo Jornal, em 15 de abril de 2016. Disponível em: < <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/04/15/Como-a-meritocracia-no-ambiente-corporativo-pode-aumentar-a-desigualdade> >. Acesso em: 25 abr. 2020.

ser compensada com programas de governo? Caso a sua resposta considere a acentuada existência de ricos e pobres uma mera consequência natural derivada do mérito das pessoas, por certo seu viés ideológico se aproxima do neoliberalismo. Oportuno lembrar que os fundadores deste pensamento (Friedrich Hayek e Milton Friedman) reputam a desigualdade social como uma prática saudável e necessária à competitividade.

Ao contrário, caso sua resposta considere que nem sempre a ascensão social se dá por esforço pessoal, vez que as oportunidades dos ricos são diferentes das dos pobres, cabendo ao Estado compensar, rigorosamente, estes pontos de desequilíbrio (a exemplo do programa “Bolsa Família”) o seu viés ideológico será mais social. Oportuno lembrar que o fundador deste pensamento (*Welfare State*) foi John Maynard Keynes, defensor da intervenção do Estado capitalista para assegurar renda, educação, assistência médica, salário-mínimo, seguro-desemprego e leis de proteção ao trabalho.

2. Doutrinas econômicas e sua repercussão na avaliação da meritocracia

Costuma-se chamar de *direita* o segmento neoliberal do livre mercado total, e de esquerda (ou centro esquerda) o modelo desenvolvimentista social.³ O socialismo se situa em outro patamar: extrema esquerda. Até hoje não conseguiu demonstrar êxito, vez que nele prevalece a noção do *bolo finito e divisível*, enquanto no capitalismo (ao menos em sua versão consciente) o bolo é fermentado, progressivo e aproveitado a todos. Há entre as duas pontas (da esquerda e direita) várias nuances ideológicas voltadas para o papel do Estado na Economia. Assim, intervenção mínima com pouca preocupação social e ampla liberdade ao mercado: Neoliberalismo. Regulação do mercado e ações afirmativas de compensação e/ou emancipação das classes mais vulneráveis, por meio de programas públicos de saúde, educação, sustentabilidade e previdência social: Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) ou Keynesianismo.⁴ Aliás,

³ As expressões ideológicas “esquerda” e “direita” surgiram durante a Revolução Francesa, em 1789. Neste período, os extremistas jacobinos (baixa burguesia que defendia os direitos populares) sentavam à esquerda e os liberais girondinos (da alta burguesia) ficavam à direita do salão da Assembleia Nacional Constituinte.

⁴ Ações afirmativas são políticas públicas ou privadas que visam proteger, compensar e/ou emancipar as minorias sociais. Elas se fundamentam na igualdade material que procura prestigiar a diversidade de classes, além de discriminar positivamente aquelas mais vulneráveis por força de uma política de justiça retributiva.

este modelo, forte nos países nórdicos, é o que melhor resultado apresentou até o momento.

A maioria dos países do cenário mundial segue a cartilha de um capitalismo conveniente às classes de poder. Algo exagerado e iníquo. Não por acaso, neste jogo econômico, algumas atividades estão supervalorizadas. Coincidência? Por óbvio que não. Enquanto boa parte do trabalho braçal e educacional sequer é valorizada, de outro lado há áreas altamente lucrativas, como as empreiteiras, corporações de tecnologia e agentes financeiros. Outro ponto injusto está na discrepância de ganhos entre os cargos de deliberação e operação. O capitalismo de mercado hipervaloriza o grande empreendedor em detrimento de quase todas as demais classes, conforme se constata dos índices anuais de concentração de renda.

Em maio de 2018, o *The New York Times* publicou a 12ª edição de sua pesquisa anual ‘Equilar 200’, divulgando o valor recebido pelos CEOs de empresas com faturamento superior a US\$ 1 bilhão. O resultado revelou que foi de US\$ 6,9 milhões o montante médio do ano fiscal de 2017. Além do alto valor, alguns fatos chamaram atenção. Os CEOs receberam aumento médio de 14% em relação aos anos anteriores e, pela primeira vez, as empresas foram obrigadas a divulgar a proporção do salário destes em relação a de seus funcionários. Surpresa: os ganhos foram 275 (duzentas e setenta e cinco) vezes maiores do que os da média de seus subalternos.⁵ E a cada ano aumenta este fosso de rendimento entre comandantes e comandados. O mundo corporativo, até então, vem caminhando sobre o tópos da meritocracia. Será que este dogma não contribui para (tentar) justificar a riqueza de muitos e a pobreza de muitos?

No atual cenário, os bancos lideram a lista da classe poderosa, seguidos das empresas que conseguem atingir o amplo e transnacional mercado de

⁵ “Os CEOs mais bem pagos em 2017. A remuneração média dos 200 presidentes de empresa mais bem pagos foi de US\$ 17,5 milhões”. Matéria publicada na Revista Época Negócios, em 26 de maio de 2018. Disponível em: < <https://epocanegocios.globo.com/Dinheiro/noticia/2018/05/o-ceos-mais-bem-pagos-em-2017.html> >. Acesso em 25 abr. 2020. Em junho de 2018, a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) determinou a divulgação dos valores com base na decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região, que derrubou liminar de 2010 que permitia a dezenas de empresas omitir os valores. A discrepância salarial segue na mesma toada da lista das empresa americanas. Dentre as trinta maiores empresas brasileiras, o salário médio dos CEOs atinge R\$ 1 Milhão por mês. Sobre o tema, consultar: “Executivo ganha até R\$ 40,9 milhões ao ano; veja lista dos maiores salários. Confira a lista com as remunerações dos diretores das grandes empresas brasileiras”. Matéria publicada em 26 de junho de 2018. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/saiba-quanto-ganham-os-presidentes-de-empresas-como-itau-vale-e-bradesco.shtml> >. Acesso em 25 abr. 2020.

consumo, a exemplo das marcas: *Amazon, Apple, Google, Samsung, Facebook, AT&T e Microsoft*, conforme registra o *InfoMoney*.⁶ Aliás, as duas primeiras foram as únicas a alcançar o histórico valor de mercado de 1 trilhão de dólares, em meados de 2018. Ainda dentro deste tema, cabe lembrar que, apesar da Constituição Federal de 1988, anunciar a tributação sobre grandes fortunas, até hoje o legislador não se deu ao trabalho de regulamentar este dispositivo.⁷ O mesmo se diga em relação à pífia tributação sobre a herança. Ao contrário de países como o Japão, França, EUA e Alemanha que cobram, respectivamente, 55%, 45%, 40% e 30%, no Brasil, o Imposto de Transmissão e Doação (ITCD) não ultrapassa a casa dos 8%.

Por que razão o trabalhador assalariado tem descontado em sua folha de pagamento altíssimos valores de Imposto de Renda (que pode chegar até 27,5% na fonte), enquanto o herdeiro presenteado pela morte do pai rico paga apenas 8% de ITCD?

Por que razão o Estado de Direito não faz justiça nestes casos, utilizando-se do mesmo argumento da meritocracia? Afinal, qual é o mérito do herdeiro que já nasce rico?

As respostas podem estar na observação de Joseph Stiglitz, vencedor do Nobel de Economia em 2001: “os ricos não precisam do Estado de Direito, pois eles podem (e de fato fazem) moldar os processos econômicos e políticos em seu proveito.”⁸ Como se vê, a conveniência impera sobre a coerência da lei. O mesmo argumento da meritocracia, antes valorizado, é agora ignorado pelos capitalistas detentores do poder, fato que reforça a conclusão de que o sistema privilegia os mais ricos em detrimento dos mais pobres.

Não estou com isso a defender o aumento da carga tributária. O brasileiro, como um todo (empresário e trabalhador), paga muito imposto, sobretudo para cobrir os rombos da corrupção, impunidade e má gestão do Estado. Sobre o tema, trago os comentários do escritor Eduardo Giannetti, em entrevista ao Jornal Valor Econômico: “a operação Lava-Jato escancarou a deformação patrimonialista do Estado brasileiro.”⁹ Segundo este economista, o problema resulta da combinação

⁶ Disponível em: < <http://www.infomoney.com.br/negocios/como-vender-mais/noticia/7257631/amazon-desbanca-google-empresa-mais-valiosa-mundo-veja-ranking>. >. Acesso em 25 abr. 2020. Matéria publicada em 8 de fevereiro de 2018.

⁷ Conforme prevê o art. 153, VII da Constituição Federal de 1988 (em vigor): “Compete à União instituir impostos sobre: VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar.”

⁸ STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editora, 2014, p. 208.

⁹ “No Brasil, economia de mercado é ‘caricatura’, diz Eduardo Giannetti.” Por Sergio Lamucci. Matéria publicada em 06/07/2017. Disponível em: < <https://www.valor.com.br/brasil/5028488/no-brasil-economia-de-mercado-e-caricatura-diz-eduardo-giannetti> >. Acesso em 25 abr. 2020.

de “um patronato político que usa as suas prerrogativas para se perpetuar no poder” e de “empresários de peso, do setor privado, que buscam desesperadamente atalhos de enriquecimento junto a governantes dispostos a negociar”. Em outra entrevista mais recente, Giannetti assim descreveu a atual conjuntura nacional:

“A população brasileira precisa saber que está transferindo anualmente para União, Estados e municípios 34% de tudo que ela produz. Só que não para aí. O Estado brasileiro gasta mais do que arrecada. Hoje, o *deficit* nominal é de 6% do PIB. Então, 40% de toda renda nacional transita pelo setor público. E metade dos domicílios brasileiros não tem sequer saneamento básico. Como é possível isso? O Bolsa Família representa apenas 0,5% do PIB. É a migalha que cai da mesa. E tem impacto gigantesco na vida de milhões de famílias. Então, existe alguma coisa profundamente errada nas finanças públicas brasileiras. E, por isso, precisamos entender, trabalhar e mudar.”¹⁰

Conclusão

Ainda que possa soar um lugar comum (novamente um *topos*), a verdade é que o Brasil precisa combater os desvios das verbas públicas, elegendo governantes que saibam administrar com equidade e competência o erário proveniente desta alta arrecadação tributária. Mais que isso: importa termos organismos democráticos de fiscalização e coerção para expurgar a gestão maliciosa ou fraudulenta. Não um modelo intervencionista que manipule preços, tampouco um governo neoliberal que adote o fundamentalismo de mercado em total insensibilidade social¹¹, como este que estamos assistindo em tempo de aguda pandemia.

Referências bibliográficas

STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editora, 2014.

¹⁰ “Economista Eduardo Giannetti: ‘O Brasil caminha para uma situação-limite’”. Por Jaqueline Mendes. Entrevista para o Correio Braziliense, em 04/06/2018.

¹¹ Em igual sentido, é o pensamento de Eduardo Giannetti ao responder sobre o modelo de controle de preços adotados no governo do PT e depois no de Michel Temer, conforme a referida entrevista ao Jornal Correio Braziliense. Como primeiro exemplo, mencione o governo Dilma e sua manipulação nos preços dos combustíveis. Como exemplo de insensibilidade social e políticas públicas cite o governo Temer e agora o da dupla Bolsonaro/Paulo Guedes.

O DIREITO AUTORAL DO EMPREGADO AUTOR

Copyright of employee authorship

Área: Trabalho. Direito autoral.

Renata Lázaro Alves da Costa¹

Especialista em Direito do Trabalho

Paulo Cesar Baria de Castilho²

Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP

RESUMO: O presente trabalho teve por objetivo analisar o direito autoral do empregado autor de determinada obra protegida pela Lei nº 9.610/1998. Com base no artigo 5º da Constituição da República e na legislação infraconstitucional, foi possível concluir que os direitos autorais, ao albergarem direitos morais e patrimoniais, são irrenunciáveis no tocante à relação do criador com a sua criação, mas podem ser objeto de negociação com o empregador no que se refere à exploração econômica da obra. Analisando o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência, destacou-se que os direitos morais são inerentes ao autor da obra, mas os direitos patrimoniais podem ser cedidos ao patrão, por meio do contrato de trabalho ou termo de cessão, respeitada a contraprestação desvinculada das verbas salariais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autoral. Empregado. Autor.

ABSTRACT: This work aims to analyze the copyright of the employee who authored a specific work protected by Law No. 9,610 / 1998. Based on article 5 of the Federal Constitution and infraconstitutional legislation, it was possible to conclude that copyrights, when hosting moral and patrimonial rights, are irrevocable with respect to the creator's relationship with his creation, but can be the subject of negotiations with the employer regarding the economic exploitation of the work. Analyzing the legal system, doctrine and jurisprudence, it was highlighted that moral rights are inherent to the author of the work, but patrimonial rights can be assigned to the boss through the employment contract or assignment term, respecting the consideration unrelated to the wage funds.

¹ Advogada. Especialista em Processo do Trabalho pela PUC - Londrina/PR.

² Advogado. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal.
paulobaria@fadac.com.br

KEYWORDS: Copyright. Employee. Author.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito autoral. 1.1 Conceito. 1.2 O Autor e as obras protegidas. 2. A relação de emprego. 2.1 O empregado e o empregador. 2.2 Os efeitos do contrato de trabalho. 2.3 A natureza jurídica das parcelas de Direito Intelectual. 3. O direito autoral do empregado autor. 3.1 A Omissão da Lei de Direitos Autorais (LDA). 3.2 A jurisprudência. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Nas antigas civilizações grega e romana, inexistiam os direitos autorais porque, como pontuado por Pedro Paranaguá e Sérgio Branco, acreditava-se, na época, que o criador intelectual não devia “descer à condição de comerciante dos produtos de sua inteligência” (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p.13).

Contudo, já existiam discussões acerca da titularidade dos direitos autorais, uma vez que a opinião pública desprezava os plagiadores e não encontrava na lei remédios eficazes contra a reprodução indevida de trabalhos alheios.

Vale dizer que o crescimento da valorização do direito autoral esteve diretamente relacionado com os interesses econômicos e políticos do momento, pois o que se desejava era proteger os lucros que poderiam advir de determinada obra e não ela em si.

Neste sentido, em 1886, diversos países se reuniram na Suíça para definir os padrões mínimos de proteção a serem concedidos aos autores de obras literárias, artísticas e científicas, sendo estas as primeiras diretrizes para a regulação ampla dos direitos autorais.

No Brasil, a primeira lei a tratar especificamente da proteção autoral foi a Lei nº 496/1898, chamada de Lei Medeiros e Albuquerque. Até o advento deste texto normativo, as regras não eram respeitadas, existindo “ladrões habituais” de obras.

Para chegar à Lei nº 9.610/1998, denominada Lei dos Direitos Autorais e abreviada por “LDA”, a qual está em vigência até hoje, o caminho legislativo dos direitos autorais passou pelo Código Civil de 1916 e pela Lei nº 5.988/73, sendo incluído na Constituição da República de 1988 como um direito fundamental.

Todavia, ainda assim, a legislação brasileira acerca do tema não possui solução para todos os casos levados ao Judiciário. Especialmente no tocante à

relação de emprego, os direitos autorais levantam à seguinte questão: sendo o autor de determinada obra empregado de certa empresa, de quem são os direitos autorais? Do obreiro ou do empregador?

Analisando as normas constitucionais, infraconstitucionais e a doutrina, o presente trabalho demonstrará que os direitos autorais se subdividem em direitos morais e patrimoniais, sendo estes últimos passíveis de negociação com o empregador.

E, com base no entendimento dos tribunais, evidenciará a grande importância do contrato de trabalho, o qual poderá, ao mesmo tempo, garantir o respeito aos direitos autorais do empregado autor, impedir que a empresa arque com indenizações indesejadas e garantir a segurança jurídica na interpretação do caso concreto.

1. O direito autoral

Para abordar o direito autoral, é necessário entender o seu conceito – especialmente o fato de que abrange, ao mesmo tempo, direitos morais e patrimoniais do autor – e também verificar quais são as obras protegidas por este ramo jurídico.

1.1 Conceito

No Brasil, o direito autoral encontra proteção no artigo 5º da Constituição da República de 1988, especialmente nos incisos XXVII e XXVIII que assim dispõem:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e

às respectivas representações sindicais e associativas;

Além disso, a Lei nº 9.610/1998 (LDA) consolida a legislação sobre os direitos autorais no âmbito infraconstitucional e os definem como bens móveis, dotados de natureza híbrida, pois abrangem, ao mesmo tempo, os direitos morais e patrimoniais do autor.

Roberto Senise Lisboa assim aborda o tema:

Os direitos autorais não são direitos meramente patrimoniais, pois se constituem como categoria com especificidade própria, ante a existência de direitos morais do criador da obra, a serem devidamente protegidos. Pelo fato de os direitos intelectuais possuírem aspectos morais e patrimoniais, pode-se afirmar que os direitos autorais são direitos *sui generis*, o que perfeitamente explica a sistematização própria que lhe é conferida (LISBOA, 2005, p. 501).

Com base no artigo 24 da Lei nº 9.610/1998, os direitos morais do autor são extrapatrimoniais e estão ligados com a elaboração, divulgação e a titulação de sua obra. Portanto, tem como objetivo defender a relação do criador com a sua própria criação, sem avaliação pecuniária.

Neste sentido, a legislação brasileira garante que o autor: a) sempre terá o direito de ter seu nome vinculado à obra; b) poderá manter a obra inédita ou retirá-la de circulação; c) poderá modificar a sua obra sempre que lhe convier ou vetar qualquer modificação a ela; d) terá acesso a exemplar único e raro da obra.

De acordo com o artigo 27 da LDA, ainda, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, transmitindo-se aos sucessores somente em caso de morte (art. 41, Lei nº 9.610/1998).

Os direitos patrimoniais, por sua vez, são os direitos econômicos da obra, aqueles de avaliação pecuniária, ou seja, os que autorizam seu titular a explorar a obra economicamente (art. 17, § 2º, Lei nº 9.610/1998).

E, seguindo os ditames legais, é do autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo de sua autorização expressa a reprodução, edição, adaptação, tradução, exibição audiovisual, execução musical ou qualquer outra modalidade de uso (artigo 28 e 29 da Lei nº 9.610/1998).

1.2 O autor e as obras protegidas

Para a lei, o autor é o criador de obra literária, artística ou científica, podendo ser pessoa física ou jurídica (art. 11, Lei nº 9.610/1998). A partir desta definição, verifica-se a diferença existente entre “autoria” e titularidade”.

Somente a pessoa física pode ser efetivamente a autora de determinada obra, uma vez que apenas o ser humano é capaz de criar - a pessoa jurídica atua na criação por meio de suas pessoas físicas.

Todavia, ainda que apenas a pessoa física possa ser autora, ela pode transferir a titularidade de seus direitos patrimoniais para qualquer terceiro, pessoa física ou jurídica. Um exemplo trazido por Pedro Paranaguá e Sérgio Branco esclarece:

(...) o escritor Paulo Coelho pode transferir seus direitos econômicos sobre determinada obra que escreveu para a editora responsável por sua publicação. Nesse caso, Paulo Coelho será para sempre autor da obra, mas não exercerá pessoalmente o direito sobre ela, já que, com a transferência, a editora é que terá legitimidade para exercê-lo. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p.40).

Além do mais, o autor não precisa se identificar com o seu nome verdadeiro, tendo em vista que o artigo 12 da Lei nº 9.610/1998 dispõe que, para se identificar, o criador da obra pode usar seu nome civil, completo ou abreviado até por iniciais, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

Quanto às obras, o artigo 7º da LDA traz o rol exemplificativo de quais são aquelas protegidas por direitos autorais, tais como: a) os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; b) as conferências, sermões; c) as obras dramáticas e dramático-musicais; d) as obras coreográficas; e) as composições musicais; f) as obras audiovisuais e fotográficas; g) as obras de desenho, ilustrações; h) os programas de computador; i) as traduções.

Com isso, ressalta-se que apenas são protegidas as obras que tenham sido exteriorizadas, independente do meio em que são expressas. Silvio Rodrigues e Goffredo Telles Junior assim explicam:

Sendo expressão de um pensamento, a obra intelectual, assim exteriorizada, é manifestação própria de quem teve o pensamento, e

o revelou. É obra própria do manifestante. E, por ser obra própria, ela é propriedade do seu autor. Mas este tipo de propriedade nada deve ao Direito. Ela é qualidade, uma certa maneira de ser, manifestada na obra produzida. (TELLES JUNIOR, 2006, p. 300).

Salienta-se, ainda, que o direito autoral não se confunde com o direito industrial regulado pela Lei nº 9.279/1996, sendo este último direcionado para as marcas, patentes e modelos de utilidade.

Tais invenções e modelos de utilidade, objetos da concessão de patente, costumam ter como finalidade a solução de um problema técnico - diferentemente da composição de determinada música ou a realização de uma pintura – e não são protegidos pela Lei de Direitos Autorais.

Por fim, para sanar eventuais dúvidas remanescentes, o artigo 8º da Lei nº 9.610/1998 (LDA) aponta quais objetos não são protegidos pelos direitos autorais, como as ideias, os formulários, os esquemas, jogos, as informações de uso comum, os nomes e títulos isolados, entre outros.

2. A relação de emprego

A fim de entender o direito autoral do empregado autor, faz-se necessário analisar a relação de emprego, pontuando as características das partes envolvidas (empregado e empregador), os efeitos decorrentes do contrato de trabalho e a natureza jurídica dos valores pagos ao trabalhador a título de direito intelectual.

2.1 O empregado e o empregador

Segundo o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), considera-se empregador aquele que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços.

Admitir significa acolher o empregado na empresa, permitir que ele inicie o seu trabalho. Sérgio Pinto Martins explica que “admitir vem do latim *admitio* (*ad* + *mitio*, *misi*, *missum*), que significa dar acesso, acolher, deixar entrar” (MARTINS, 2018, p. 23).

Ao assalariar, o empregador comprova que o contrato de trabalho é oneroso, pois remunera o empregado pelas atividades prestadas em favor da empresa. Com isso, destaca-se: o serviço voluntário não gera vínculo de emprego.

Vale dizer ainda que o empregador possui poder de comando em

relação ao empregado e, por conseguinte, define como serão desenvolvidas as atividades decorrentes do contrato de trabalho, estabelecendo, inclusive, normas disciplinares no âmbito da empresa.

O poder de direção do empregador não é só o poder de organizar as atividades do obreiro, mas também o de controlar e disciplinar o trabalho de acordo com os fins do empreendimento.

Considera-se empregado, por sua vez, toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador, de maneira subordinada e mediante salário, nos termos do art. 2º da CLT.

Neste sentido, observa-se que tanto a subordinação do empregado quanto o poder de direção do empregador são decorrentes do contrato de trabalho.

Como ensina Sérgio Pinto Martins, “a subordinação não pode ser considerada como *status* do empregado. Ela é decorrente da atividade do empregado, ao prestar serviços ao empregador” (MARTINS, 2018, p. 33).

O salário é o conjunto de prestações fornecidas diretamente ao trabalhador em decorrência do contrato de trabalho. Ou seja, o empregador recebe a prestação de serviços por parte do empregado e, em contrapartida, paga um valor pelos serviços que receber daquela pessoa.

Frisa-se também que o contrato de trabalho é feito com pessoa física determinada, daí se dizer que é *intuitu personae*, marcado pela “pessoalidade”. O empregado não se faz substituir constantemente por outra pessoa.

Em síntese, o teor do artigo 2º e 3º da CLT, ao definirem o empregado e o empregador, determinam todos os requisitos necessários para formar a relação de emprego, quais sejam: a) pessoa física; b) personalidade; c) subordinação; d) onerosidade; e) não eventualidade.

Tal relação empregatícia, conforme será visto a seguir, possui consequências que se cruzam com os direitos autorais protegidos pela Lei nº 9.610/1998 e, portanto, deve ser analisada com bastante prudência.

2.2 Os efeitos do contrato de trabalho

O contrato de trabalho materializa a relação de emprego, sendo o ato jurídico hábil a descrever a multiplicidade de direitos e obrigações entre as partes pactuantes. Ou seja, dele advém os efeitos obrigacionais sobre a figura do empregador e do empregado.

Seguindo a doutrina de Maurício Godinho Delgado, os efeitos resultantes

do contrato de trabalho podem ser classificados em “próprios” e “conexos”, dependendo da sua vinculação ao conteúdo contratual trabalhista.

Explica-se:

Próprios são os efeitos inerentes ao contrato empregatício, por decorrerem de sua natureza, de seu objeto, do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas. São repercussões obrigacionais inevitáveis à estrutura e dinâmica do contrato empregatício ou que, ajustada pelas partes, não se afastam do conjunto básico do conteúdo do contrato. (DELGADO, 2002, p.592).

Os exemplos mais importantes dos efeitos próprios são a obrigação do empregador em pagar as parcelas salariais, assinar a CTPS do obreiro e emitir o CAT quando necessário. Ao empregado incumbe a obrigação de prestar serviços ou colocar-se, profissionalmente, à disposição do seu patrão.

Sob a responsabilidade do empregador, os principais efeitos próprios ao contrato empregatício constituem, essencialmente, em obrigações de dar (pagamento) e algumas obrigações de fazer.

Para o empregado, os principais efeitos próprios ao contrato de trabalho consubstanciam, principalmente, em obrigações de fazer (prestação de serviços efetuada pelo obreiro) que se associam também à boa-fé, diligência e assiduidade na execução laboral.

A partir disso, observa-se que os efeitos próprios podem ser considerados como aqueles “básicos”, inerentes à relação de emprego, enquanto os efeitos conexos apresentam caráter acessório.

Para Maurício Godinho Delgado:

Conexos são os efeitos resultantes do contrato empregatício que não decorrem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas, mas que, por razões de acessoriedade ou conexão, acoplam-se ao contrato de trabalho. Trata-se, pois, de efeitos que não tem natureza trabalhista, mas que se submetem à estrutura e dinâmica do contrato de trabalho, por terem surgido em função ou em vinculação a ele. (DELGADO, 2002, p.592).

Como exemplos destes efeitos conexos, vejam-se os direitos intelectuais (art. 5º, XXVII e XXVIII da CF/88) devidos ao empregado que produz invenção ou outra obra intelectual no curso do contrato – quando não há previsão no objeto contratual - assim como a indenização por dano moral.

Para Maurício Godinho Delgado, os direitos intelectuais são “os que se relacionam à autoria e utilização de obra decorrente da produção mental da pessoa. São vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística”. (DELGADO, 2002, p.594).

Com essa definição, é possível afirmar que os direitos autorais são efeitos conexos do contrato de trabalho do empregado que, eventualmente, for o autor das obras protegidas pelo artigo 7º da Lei nº 9.610/1998 (LDA).

2.3 A natureza jurídica das parcelas de direito intelectual

No contexto do contrato de trabalho, reconhecidos os direitos autorais como efeitos conexos, são devidos, ao empregado autor, parcelas (pecúnia) com natureza de direito intelectual que são distintas do salário.

Isto porque tais parcelas advêm de direito específico adquirido pelo trabalhador ao longo do contrato, podendo até mesmo ocorrer um contrato paralelo ao pacto empregatício original para proteger o direito intelectual do autor.

Em outras palavras, aquilo que é devido ao empregado a título de direito intelectual (abrangendo, aqui, os direitos autorais) não se comunica com o salário do obreiro, preservando natureza específica e distinta.

Sob tal argumento, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), nos autos de Recurso de Revista RR nº 12894520125240004, manteve a decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 24ª Região para condenar a empregadora ao pagamento de indenização, por ofensa aos direitos autorais do empregado autor, em R\$5.000,00.

Analisando alguns trechos importantes da decisão do Regional, mantida pela Corte Superior, observa-se que não há dúvidas de que pertencem ao autor os seus direitos autorais, ainda que na condição de empregado:

(...) Ora, se nos termos do art. 459 da CLT, salvo determinação

em contrário, pressupõe-se que o empregado deverá desempenhar toda e qualquer atividade compatível com a função para a qual foi contratado, por outro lado, de acordo com o art. 22 da Lei 9610/98, pertencem ao autor os direitos morais (indicação de autoria) e patrimoniais (publicação, reprodução, divulgação) sobre a obra que criou. (TST - RR: 12894520125240004, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 12/08/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015).

E, para a 2ª Turma do TRT- 24ª Região, confirmado pelo TST, o contrato de trabalho, por si só, não é uma cessão dos direitos autorais do empregado e estes não se comunicam automaticamente com o salário, uma vez “reconhecida a desvinculação salarial dos direitos pleiteados pelo autor” (TST - RR: 12894520125240004, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 12/08/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015).

Portanto, as parcelas com natureza de direito intelectual (abrangendo os direitos autorais), quando devidas pelo empregador ao obreiro no contexto do contrato empregatício, possuem natureza jurídica própria (híbrida entre direitos reais e pessoais), distinta da salarial.

3. O direito autoral do empregado autor

A análise do direito autoral do empregado autor inicia-se com a omissão da Lei de Direitos Autorais sobre o tema, recorrendo-se à doutrina e à jurisprudência para firmar a tese quanto à existência do direito autoral do empregado autor e da possibilidade dos direitos patrimoniais serem cedidos ao patrão.

3.1 A omissão da Lei de Direitos Autorais (LDA)

Em relação às patentes, desenhos industriais e softwares, a legislação é clara ao prever que os direitos sobre as criações pertencem, exclusivamente, ao empregador, desde que não haja previsão contratual em contrário e que não haja provas de que o empregado tenha criado o produto fora do ambiente do trabalho, com seus próprios recursos.

Isto pode ser facilmente visto no teor do artigo 88 da Lei nº 9.279/1996 (propriedade industrial) e no artigo 4º da Lei nº 9.609/1998 (lei do software), conforme segue:

Art. 88 da Lei nº 9.279/1996: A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

Art. 4º da Lei nº 9.609/1998: Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

Mas, a previsão legal não se repete com a Lei nº 9610/98 (direitos autorais), pois tal norma é omissa quanto ao direito autoral do empregado autor e, por isso, carece da interpretação do juiz de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, observando-se os fins sociais e ao bem comum (artigo 4º e 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB e artigo 8º da CLT).

Ao lembrar que os direitos autorais subdividem-se em direitos morais (irrenunciáveis) e patrimoniais, o empregado criador de uma obra intelectual ou artística será reconhecido como autor e terá o seu nome atribuído a ela (artigo 24, Lei nº 9.610/98), independente do que constar no contrato de trabalho.

Entretanto, os direitos econômicos de utilização da obra não pertencem, necessariamente, ao criador, pois podem ser transferidos ao empregador por meio do contrato de trabalho ou outro de natureza civil.

Os artigos 17, parágrafo 2º e 36 da Lei nº 9.610/98, pontuam duas situações em que os direitos patrimoniais da obra não pertencem ao autor. Veja-se:

Art. 17: ...

§1º: ...

§2º: Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

Art. 36. O direito de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, diária ou periódica, com exceção dos assinados ou que apresentem sinal de reserva, pertence ao editor, salvo convenção em contrário.

Além dessas duas previsões legais, são necessárias analisar as cláusulas e as obrigações do contrato de trabalho, celebrado entre o empregador e o empregado, para saber a quem pertencerão os direitos patrimoniais da obra, pois estes não são irrenunciáveis ou inalienáveis como os direitos morais, como já visto.

3.2 A jurisprudência

Em síntese, se o contrato de trabalho previr, com a cessão dos direitos autorais, que o empregado foi contratado para criar ou produzir determinadas obras, o direito patrimonial desta criação pertence à empresa e o direito moral continua sendo do autor.

Contudo, referida cessão de direito do autor empregado para o patrão deve ocorrer por escrito, de forma onerosa, nos termos do art. 50 da Lei nº 9.610/98. Retomando o Recurso de Revista RR nº 12894520125240004, analisado pelo TST, observa-se: o autor alegou na inicial que elaborou o livro “Manual para Elaboração de Monografias e Trabalhos de Conclusão de Curso”, disponibilizado no site da instituição, sem declaração de cessão de direitos autorais e sem haver recebido qualquer contraprestação.

Na hipótese, reconhecida a desvinculação salarial dos direitos, restou incontroversa a divulgação da obra sem o consentimento do empregado autor, o que resultou na condenação da empregadora ao pagamento da indenização.

Contudo, se a instituição de ensino tivesse inserido a cessão onerosa dos direitos autorais no contrato de trabalho do empregado ou feito um contrato à parte, contemplando a criação de obras literárias mediante uma contraprestação, a decisão judicial poderia ter sido diferente. Veja o trecho da decisão do TRT – 24 mantida pelo TST:

Admite-se, é verdade, a possibilidade de a instituição de ensino deter os direitos patrimoniais sobre a obra, contudo, desde que autores e coautores concedam esse direito, mediante contrato, cuja interpretação é restritiva. E na hipótese, a ausência de consentimento do reclamante é incontroversa. (TST - RR: 12894520125240004, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 12/08/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015)

Da análise de tal caso concreto, retiram-se duas conclusões: a) os direitos patrimoniais são devidos ao empregado autor; b) tais direitos podem ser cedidos à empregadora por meio de um contrato, eximindo a empresa de indenizações posteriores.

Todavia, tendo em vista que as parcelas referentes aos direitos intelectuais não se comunicam com o salário do empregado, a jurisprudência se inclina a entender que não basta só a existência do termo de cessão dos direitos autorais, sendo necessária também a contraprestação complementar a este título, nos termos do art. 50 da Lei nº 9.610/98.

Na ausência de disposição contratual acerca do prazo para a cessão dos direitos autorais, o art. 51 da Lei nº 9.610/98 determina o máximo de cinco anos. Contudo, havendo previsão no contrato, a cessão pode continuar existindo para além do período da vigência da relação de emprego. Veja-se:

(...) Por outro lado, preservada a natureza jurídica distinta dos direitos autorais, admite-se a cessão de direitos sobre obras e imagem/voz para além do período de vigência do vínculo de emprego, mas, ausente disposição nesse sentido, não pode o empregador/cessionário deles se valer indefinidamente. Ocorre que, no caso, a ré negou a utilização dos vídeos-aulas após o vínculo, e a autora não produziu prova em sentido contrário. (TST - RR: 15536220125240004, Data de Julgamento: 11/02/2015, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015).

A cessão transfere a titularidade da obra intelectual com exclusividade para o cessionário e, desta maneira, assemelha-se a uma compra e venda. Entretanto, o autor empregado também pode permitir que o empregador utilize sua obra mediante licença, que se aproxima mais de uma autorização (art. 49 da Lei nº 9.610/98).

Se o autor empregado foi contratado para ser coordenador de uma escola de música, e produz alguma obra, deve transferir a titularidade dela para o empregador mediante a cessão de direitos autorais, recebendo uma contraprestação específica em razão disso.

Contudo, se a obra intelectual for produzida em cumprimento ao dever funcional do autor (quando este foi contratado para ser o criador de coreografias/ professor em escola de dança, por exemplo), a titularidade do direito autoral deve ser transferida para o patrão por meio de licença gratuita (autorização), pois o empregado já recebe o salário que engloba tal atividade.

Tanto a cessão quanto a licença dos direitos autorais pode estar inserida nas cláusulas do contrato de trabalho ou ser feita em documento à parte, sendo certo que a contraprestação, pela transferência dos direitos autorais, deve ser paga pelo empregador ao empregado separadamente, sem indicação no holerite, a fim de garantir a segurança jurídica da transação.

Portanto, observa-se que, no contexto da relação empregatícia, para definir a quem pertencem os direitos patrimoniais de determinada obra, deve-se basear, principalmente, na lei, nos contratos de trabalho, termos de cessão e/ou licença de uso de direitos autorais existentes entre empregado e empregador, os quais devem prever também o tempo de validade para o empregador utilizar-se da obra.

Conclusão

Pelo exposto, verificou-se, primeiramente, que não há lei expressa sobre os direitos autorais do empregado autor, uma vez que tanto a Constituição da República quanto a Lei nº 9.610/1998 são omissas acerca do assunto.

Contudo, pelo exposto, restou demonstrado que os direitos intelectuais, os quais abrangem os direitos autorais, tratam-se de efeitos conexos do contrato de trabalho e, portanto, devem ser respeitados pelas partes pactuantes, quais sejam empregados e empregadores.

Da análise do ordenamento jurídico brasileiro atual, que os direitos autorais são formados pelo conjunto dos direitos morais com os direitos patrimoniais, sendo estes últimos àqueles relacionados ao aspecto econômico de determinada obra.

Enquanto os direitos morais defendem a relação do criador com a sua própria criação, os direitos patrimoniais tutelam a exploração econômica e a

avaliação pecuniária dela.

Neste sentido, em respeito aos direitos extrapatrimoniais, o empregado criador de uma obra intelectual ou artística sempre será reconhecido como autor e terá o seu nome atribuído a ela, independente de cláusulas contratuais de trabalho. Já os direitos patrimoniais de utilização da obra não pertencem, necessariamente, ao empregado autor, pois podem ser transferidos ao empregador por meio do contrato de trabalho ou outro de natureza civil.

Além das duas hipóteses elucidadas pela Lei nº 9.610/1998, em que os direitos econômicos da obra não pertencem ao autor (art.17, parágrafo 2º e art. 36), a jurisprudência e a legislação mostram que tais direitos podem ser cedidos ao empregador por meio de termos de cessão de uso ou licença, eximindo a empresa de indenizações posteriores.

Referidas modalidades de transferência dos direitos patrimoniais da obra devem prever também o tempo de validade para o empregador utilizar-se da obra, podendo ser por prazo determinado (enquanto durar a relação de emprego) ou indeterminado (com efeitos após a extinção do vínculo empregatício).

Todavia, o entendimento dos tribunais também demonstra que, além da previsão contratual cedendo os direitos patrimoniais da obra ao empregador, é necessário que o patrão pague um valor complementar ao empregado pela obra criada.

Referida contraprestação não se confunde com os valores devidos ao obreiro a título de salário, devendo ser quitada separadamente (fora do holerite), a fim de garantir a segurança jurídica da transação, uma vez que tal montante possui natureza jurídica própria e distinta.

Se a obra intelectual for produzida em cumprimento ao dever funcional do autor (quando este foi contratado para ser o criador de coreografias/professor em escola de dança, por exemplo), não existe esta contraprestação paga separadamente, uma vez que o empregado já recebe o salário que engloba tal atividade, devendo transferir a titularidade daquela obra para o patrão por meio de licença gratuita.

Ademais, também se constatou que, na ausência de disposição contratual acerca do prazo para a cessão dos direitos autorais, o art. 51 da Lei nº 9.610/98 determina o máximo de cinco anos. Contudo, se houver previsão específica no contrato de trabalho, a cessão dos direitos autorais do empregado autor pode continuar existindo, mesmo quando posto fim à relação empregatícia.

Neste contexto, verificou-se que a omissão legislativa induz à

interpretação de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, observando-se aos fins sociais e ao bem comum (artigo 4º e 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB).

Entretanto, mais do que isso, por não se tratar de verba típica trabalhista, percebeu-se que o tema acerca dos direitos autorais do empregado autor está diretamente ligado e condicionado às disposições contidas no contrato de trabalho celebrado com o empregador.

Assim, concluiu-se que este ato jurídico, que materializa a relação de emprego, hábil a descrever a multiplicidade de direitos e obrigações entre as partes, é o instrumento mais importante para garantir, ao mesmo tempo: a) o respeito aos direitos autorais do empregado; b) o afastamento de condenações indevidas às empresas a título de indenização por ofensa aos danos autorais do empregado e c) a correta interpretação à luz do caso concreto, especialmente da prova documental produzida.

Não há dúvidas quanto à existência do direito autoral do empregado autor, da mesma forma que é nítida a possibilidade dos direitos patrimoniais serem cedidos ao patrão. Portanto, no momento da elaboração do contrato de trabalho, deve-se atentar à descrição dos direitos e obrigações de cada parte, para que sejam respeitados e garantam a segurança jurídica almejada.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 5,452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm> . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.609, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm> . Acesso em: 04 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.610, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm> . Acesso em: 01 fev. 2020.

DELGADO, Mauricio Goudinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

FANUCCHI, Renata Rocha. *Autoria na relação trabalhista – Propriedade Intelectual*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/173215/autoria-na-relacao-trabalhista-propriedade-intelectual>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 4.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PARANAGUÁ, Pedro E Sérgio Branco. *Direitos autorais*. São Paulo: FGV, 2009.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TST. RECURSO DE REVISTA: RR 12894520125240004, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 12/08/2015. *JusBrasil*, 2015. Disponível em: < <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219770984/recurso-de-revista-rr-12894520125240004/inteiro-teor-219771006?ref=serp>> . Acesso em: 04 fev. 2020.

TST. RECURSO DE REVISTA: RR 15536220125240004, Relator: Tarcísio Régis Valente, Data de Julgamento: 11/02/2015. *JusBrasil*, 2015. Disponível em: < <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168417950/recurso-de-revista-rr-15536220125240004/inteiro-teor-168417967?ref=serp>> . Acesso em: 04 fev. 2020.

O PRAZO PARA PROPOR EMBARGOS DE TERCEIRO

The deadline for proposing third party embargoes

Área: Processo civil. Embargos.

Nelson Finotti Silva¹

Doutor em Direitos das Relações Sociais

Paulo Cesar Baria de Castilho²

Doutor em Direito do Trabalho

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade discutir, sem a pretensão de esgotar o tema, qual o prazo para opor os embargos de terceiro e, havendo sua inobservância, qual a relevância, já que o uso dos embargos de terceiro é uma faculdade, cabendo ao legitimado outras formas de buscar a tutela de seu direito. Para tanto, fez-se uma breve passagem pela doutrina e por alguns julgados, concluindo sobre a possibilidade do uso extemporâneo dos embargos de terceiro ou propor ação anulatória de ato jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de terceiro. Prazo. Faculdade. Ação extemporânea. Ação anulatória.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss, without the intention of exhausting the topic, what is the deadline for opposing third party embargoes and the non-observance of the term, what is the relevance, since the use of third party embargoes is a faculty, leaving the legitimacy other ways of seeking the protection of their right. To this end, a brief passage through the doctrine and by some judges was made, concluding on the possibility of the extemporaneous use of third party embargoes or proposing an annulment action of a legal act.

KEYWORDS: Third. Term embargo. Option. Extemporaneous action. Annulment action.

SUMÁRIO: 1. Problematização. 2. Introdução. 3. Legitimidade ativa. 4. Legitimidade passiva. 5. Competência para processar os embargos. 6. Prazo para propositura dos embargos de terceiro. 7. Conhecimento prévio da constrição judicial pelo terceiro. 8. Consequências da eventual perda

¹ Procurador do Estado de São Paulo.

² Advogado. paulobaria@fadac.com.br

de prazo dos embargos de terceiro. 9. Prazo dos embargos de terceiro em caso de arrematação do bem em hasta pública. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Problematização

O terceiro que teve bem pessoal objeto de constrição em processo judicial alheio deve exercer seu direito de resistência junto ao juízo competente no prazo de 15 (quinze) dias após o conhecimento deste fato, ainda que não intimado judicialmente (art. 792, § 4º do CPC/15) ou, mesmo tendo conhecimento inequívoco disso, aguardar passivamente o andamento normal daquele feito e, mesmo assim, opor embargos de terceiro somente quando o bem for levado a leilão ou praça pública, no prazo de até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, desde que ainda não tenha sido assinada a respectiva carta (art. 675, *caput*, do CPC/15)?

A questão é saber, portanto, quando se dá o início do prazo para contagem da interposição dos embargos de terceiro: a data da alienação judicial (em qualquer uma de suas modalidades) ou a data em que o terceiro interessado teve ciência inequívoca da constrição judicial?

2. Introdução

Os embargos de terceiro é uma ação utilizada por quem não sendo parte em um determinado processo. Portanto, não é alcançado pela coisa julgada, sofre ou está ameaçado de sofrer ato de constrição judicial sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo e, por meio dos embargos, mas busca o desfazimento ou a inibição do ato de constrição, podendo, não se utilizando dos embargos, fazer uso de outros meios ordinários para tutelar o seu domínio ou posse de bens ou direitos alcançados por ato de constrição judicial.

Trata-se de uma ação de conhecimento de natureza incidental que tem por finalidade, como acima apontado, impedir ou desfazer ato de constrição judicial indevido, seja no processo de conhecimento, enquanto não transitada em julgado a decisão definitiva, no curso do processo de cumprimento de sentença ou no próprio processo de execução, assim, os embargos de terceiro tem finalidade preventiva ou liberatória. (Marcato 193).

Desse modo, os embargos de terceiro pressupõem a possibilidade de um

terceiro sofrer ameaça ou efetiva constrição, sobre posse ou propriedade de um patrimônio, móvel ou imóvel, ou direito, que possua e seja incompatível com o ato construtivo, razão pela qual se trata de uma ação incidental, tendo por requisito um processo principal em andamento.

3. Legitimidade ativa

A legitimidade ativa é do terceiro que não é parte na relação jurídica processual pendente, não só o proprietário, como também o possuidor, sendo que o § 1º do art. 674 do CPC/15 inovou ao incluir o proprietário fiduciário.

Além do próprio terceiro, o legislador também considera parte legítima para propor os embargos, ou seja, equipara-se a terceiro, nos termos do § 2º do ar. 674 do CPC/15, o cônjuge ou companheiro, para defender bens próprios, os que não se comunicam por força do regime de casamento adotado ou pacto firmado entre os companheiros ou da meação, salvo quando o ato de constrição recair sobre bem indivisível, porquanto o art. 843 do CPC/15 prevê que, recaindo a penhora sobre bem indivisível, o equivalente à meação do cônjuge ou do companheiro recairá sobre o produto da alienação do bem. Portanto, a penhora não será desfeita, salvo se o bem indivisível for considerado, nos termos da Lei nº 8.009/90, como bem de família, hipótese em que o cônjuge ou o companheiro poderão alegar a matéria em sede de embargos de terceiro com o objetivo de desfazer o ato de constrição judicial, que é a hipótese prevista no inciso I, do citado art. 674, do CPC/15.

Na hipótese, o cônjuge ou companheiro poderão ter dupla legitimidade, uma para se for o caso, opor embargos à execução na hipótese de processo de execução, para por exemplo, desconstituir o título e, simultaneamente, opor embargos de terceiro para defender sua meação.

Também é considerado terceiro pelo legislador para fins de legitimidade ativa para os embargos o adquirente de bens, cuja constrição decorreu de decisão judicial que declarou a ineficácia da alienação em fraude à execução (hipótese prevista no inciso II, do citado art. 674 do CPC/15). A novidade está na necessidade de se intimar o terceiro antes de se declarar a fraude à execução, para, querendo, opor os embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme determina o art. 792, § 4º do CPC/15.

Ainda, será considerado terceiro aquele que teve seu patrimônio objeto de constrição judicial por força da decisão proferida na desconsideração da

personalidade jurídica da qual não tenha participado do incidente (inciso III, do art. 674 do CPC/15).

Por fim, o legislador considerou como terceiro, o credor com garantia real para afastar a expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado nos termos do art. 804 do CPC/15. Se foi devidamente intimado, não poderá se valer dos embargos de terceiro, porque a intimação foi justamente para abrir a oportunidade do credor, com garantia real, manifestar-se nos autos em que houve a constrição judicial (inciso IV, do art. 674 do CPC/15).

4. Legitimidade passiva

A legitimidade passiva inclui o autor da ação em que foi determinado o ato de constrição judicial, porquanto ele é beneficiado com o ato, entretanto, se o réu da ação principal tiver concorrido para a constrição, formar-se-á um litisconsórcio passivo necessário, nesse sentido, o § 4º do art. 677 do CPC/15, que reconhece que o sujeito passivo será *a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.*

5. Competência para processar os embargos

Nos termos do art. 676 do CPC/15, é competente para o processamento dos embargos de terceiro o mesmo juízo que ordenou a constrição judicial, pois se trata de regra de competência funcional. Portanto, é regra de competência absoluta. Quando o ato de constrição se concretiza em cumprimento de carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta.

Os embargos de terceiro, ainda que distribuídos por dependência, correm em autos distintos e não serão apensados aos autos em que ocorreu o ato de constrição judicial.

Na hipótese de os embargos serem opostos pela União ou qualquer de suas autarquias ou fundações, nos termos do art. 109 da Constituição Federal, a competência para processamento e julgamento desloca-se para a Justiça Federal.

6. Prazo para propositura dos embargos de terceiro

Ponto de alguma discórdia na doutrina e nos tribunais é o termo inicial ou final para a propositura dos embargos de terceiro.

O art. 675 *caput* do CPC/15, com redação semelhante ao art. 1.048 do CPC/73 disciplina o prazo, preclusivo, decadencial, para a oposição dos embargos de terceiro.

Pendente um processo de conhecimento, no qual um terceiro possa sofrer ou seja ameaçado de sofrer a constrição judicial sobre bem ou direito seu, mesmo em se tratando de tutela cautelar em caráter antecedente, como arresto, será possível a oposição dos embargos de terceiro, que terá, por termo final no processo de conhecimento, o trânsito em julgado da sentença ou da decisão que julgar antecipado, parcialmente, o mérito nos termos do art. 356 do CPC/15.

Prevê o art. 675 do CPC/15 que, na hipótese do cumprimento de sentença ou processo de execução de título executivo extrajudicial, o termo final será de até 05 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta, que, portanto, será o termo final.

Nesse sentido, se transcorridos 05 (cinco) dias e, mesmo assim, ainda não foi assinada a carta, não mais será possível opor embargos de terceiro, porquanto o termo final previsto em lei se esgotou. Caso a carta seja assinada antes de vencer o prazo dos 5 (cinco) dias, também estará esgotado o prazo. Restará, ao terceiro interessado, o uso das vias ordinárias, ou seja, deverá propor ação autônoma para fazer a defesa de seus direitos, e não os embargos de terceiro, porque já terá ocorrido o termo final para tanto.

Logo, pode-se afirmar que dois são os momentos previstos no art. 675 do CPC/17, se o ato de constrição foi determinado na fase do conhecimento, o limite será o trânsito em julgado da sentença; por outro lado, se o ato da constrição foi determinado na fase do cumprimento de sentença ou no processo de execução, os embargos poderão ser opostos até 5 (cinco) dias após a alienação do bem, sua adjudicação ou arrematação, mas em qualquer caso, sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Não se pode confundir a carta de adjudicação, de alienação ou de arrematação com o auto de adjudicação, de alienação ou de arrematação. Considera-se perfeita e acabada a adjudicação com a lavratura e a assinatura do respectivo auto, conforme art. 877 § 1º e art. 903 *caput* ambos do CPC/15.

A carta é um documento expedido pelo cartório, após assinado o auto, na qual conterà a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e aos seus registros, a cópia do auto e a prova de quitação do imposto de transmissão, conforme preceitua o art. 877, § 2º do CPC/15. Portanto, a carta é o documento, o título hábil que o adquirente deverá utilizar para promover, junto ao Cartório de Imóvel, o competente registro da alienação. Por fim, vale destacar que a carta diz respeito a bens imóveis (inciso I do citado dispositivo legal) e, quando se tratar de bens móveis, será expedida a ordem de entrega do bem (previsto no inciso II, do mesmo diploma legal).

Embora o artigo 675 do CPC/15 não faça referência expressa à execução de quantia certa, nada afasta o uso dos embargos de terceiro, quando se tratar de execução para a entrega de coisa certa, sendo que o prazo dos 5 (cinco) dias será contado, por analogia, da data da lavratura do auto (art. 877, *caput*, do CPC/15), desde que ainda não tenha sido assinada a ordem de entrega definitiva da coisa. Se assinada a ordem pelo juiz, mesmo antes de transcorrer o prazo acima previsto, o tema somente poderá ser discutido em ação autônoma, conforme visto anteriormente (art. 675, *caput* c.c. art. 877 do CPC/15).

Em se tratando de fraude à execução, há regra específica de contagem do termo inicial para o terceiro adquirente opor embargos que, neste caso, é de 15 (quinze) dias e terá início a partir de sua intimação, nos termos do § 4º do artigo 792 do CPC/15.

Com exceção de fraude à execução, depreende-se das regras processuais que existem dois marcos distintos para contagem do prazo para opor os embargos de terceiro. No processo de conhecimento e, portanto, antes de iniciar a fase do cumprimento de sentença, os embargos poderão ser opostos a qualquer momento antes do trânsito em julgado. Após este marco temporal, na fase do cumprimento de sentença ou no processo de execução, o prazo fatal será de até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta, conforme previsto no art. 675, *caput*, do CPC/15.

Como visto acima, havendo assinatura da carta de arrematação, mesmo antes dos 5 (cinco) dias após a alienação judicial, o prazo estará esgotado e a propositura dos embargos de terceiro será considerada extemporânea.

7. Conhecimento prévio da constrição judicial pelo terceiro

Dois pontos parecem ser relevantes quanto ao prazo para os embargos de terceiro. O primeiro, quando o terceiro não tem qualquer conhecimento ou ciência do ato de constrição judicial, senão somente quando da efetiva prática do ato da turbação ou esbulho e, o segundo, quando há todos os elementos, os quais indicam que o terceiro tinha conhecimento da existência do ato de constrição judicial.

Em relação ao terceiro, o qual não tinha ciência do ato que possibilitou a arrematação, a adjudicação ou a remição, afirmam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“... não havia como ter o conhecimento necessário para ajuizar a medida. Por isso, a jurisprudência tem admitido que, nesses casos, o prazo passe a ser contado da data da efetiva turbação ou do efetivo esbulho – ou seja, da ciência concreta do ato de constrição judicial-, não obstante seja outra data da arrematação, da adjudicação ou da remição.” (Marinoni 220).

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. PRAZO PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO. TERMO INICIAL. DATA DO CONHECIMENTO DO ATO DE TURBAÇÃO. 1. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, o prazo para a oposição de Embargos de Terceiro é contado da data em que se configurou a turbação da posse. 2. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 419697 SC 2002/0029278-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/02/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 04/03/2009)”.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal garante no artigo 5º, inc. LIV, que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*, razão pela qual, quando o patrimônio de alguém for alcançado por ato de constrição judicial, ao terceiro sempre estará facultado o uso do procedimento comum para a tutela do bem alcançado pelo ato de constrição judicial, inclusive, obtendo a suspensão do processo que originou a constrição.

Por outro lado, existe divergência quanto ao termo inicial para contagem

do prazo, quando o terceiro tinha ciência inequívoca do ato de constrição judicial.

Imagine-se o caso em que há penhora de um imóvel para garantia do juízo, em favor de um exequente, que pretende levar o bem à hasta pública para receber o crédito que lhe é devido. Formalmente, no Cartório de Registro de Imóveis, o bem está em nome do devedor. Contudo, há notícias de que o imóvel fora vendido a terceiro por meio de contrato particular verbal ou escrito. O credor diligente faz notificação judicial ou extrajudicial ao suposto comprador, que, atualmente, está na posse do imóvel, de boa ou má-fé, dando notícias da constrição judicial que recai sobre ele. Assim, tendo ciência inequívoca da penhora, começa aí o termo inicial da contagem do prazo de 15 (quinze) dias para propor os embargos de terceiro, conforme previsto no art. 792, § 4º, do CPC/15.

Embora o dispositivo legal determine que o juiz deverá intimar o terceiro adquirente para defender seus interesses, nada impede que o credor o faça, por conta própria. O que importa, neste caso, é a notificação que dá ciência ao terceiro interessado da existência da constrição judicial. O conteúdo material é mais importante do que o mero ato formal de onde partiu o aviso, se do juiz ou do credor. Até porque, se a suposta alienação não está registrada na matrícula do imóvel, o magistrado não tem elementos para sabê-lo e fazê-lo. Neste caso, o maior interessado é o próprio credor, que não estará disposto a gastar tempo e dinheiro com uma execução frustrada, em razão de o bem penhorado, supostamente, não pertencer ao devedor.

Não seria juridicamente razoável que um terceiro, tendo ciência do ato de constrição judicial sobre um bem que, supostamente é de sua propriedade, fique inerte aguardando o desenrolar do processo para, somente anos depois, na fase final de praxeamento, propor uma ação incidental de embargos para invocar um direito que poderia/deveria ter sido exercido muito tempo atrás.

No caso de uma execução forçada, desde o início do processo, houve diversos atos processuais onerosos para as partes, em especial para o credor: penhora de bens, pagamento de custas e diligências, embargos à execução pelo devedor, contestação, sentença, recolhimento de preparo, recursos, cálculos de liquidação, avaliação do imóvel, edital de praça etc. para, ao final, desconstituir a penhora e começar tudo de novo. Esse comportamento do terceiro, que assiste o desenrolar do processo à distância, não se coaduna com os princípios modernos do processo civil, em especial o da boa-fé e da duração razoável e efetiva do processo, nos estritos termos dos art. 5º e 6º do CPC/15, fundamentados em norma constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88).

Como já asseverado inicialmente, a propositura dos embargos é uma faculdade de seu titular, o que não impede o terceiro de fazer uso de outros meios ordinários, para tutelar o seu domínio ou posse de bens ou direitos alcançados por ato de constrição judicial, especialmente por meio da ação anulatória de ato jurídico (art. 966, § 4º, do CPC/15).

Assim, eventual perda do prazo para a oposição dos embargos de terceiro não produz nenhuma modificação no plano do direito material do domínio ou da posse de seu detentor, que poderá ser tutelado de outro modo, especialmente se reconhecida a intempestividade dos embargos. O terceiro interessado poderá repetir a demanda, ou seja, com as mesmas partes, causa de pedir e pedido, mediante ação autônoma com outro procedimento judicial.

8. Consequências da eventual perda de prazo dos embargos de terceiro

Diante do exposto até aqui, qual seria, então, a diferença ou vantagem no manejo dos embargos de terceiro ou de ação autônoma?

No caso de propositura dos embargos de terceiro ainda que intempestivos, a resposta está no fato de o juiz, reconhecendo suficientemente provado o domínio ou a posse, determinar a suspensão automática das medidas constritivas sobre os bens litigiosos, objetos dos embargos levadas a efeito no processo principal. Pode o juiz também determinar na ação incidental a manutenção ou reintegração provisória da posse, se assim requereu o embargante, exigindo ou não a prestação de caução – exceto quando o embargante for economicamente hipossuficiente, caso em que não poderá ser exigida (art. 678, parágrafo único, do CPC/15).

Na hipótese de os embargos atingirem todos os bens do processo principal, o curso deste deverá ficar suspenso até o julgamento dos embargos de terceiro. Ainda que não tenha no CPC/15 uma regra expressa, como o artigo 1.052 do CPC/73, não há como pensar no prosseguimento do processo principal diante da decisão judicial, a qual suspendeu as medidas constritivas sobre eles.

Caso existam bens que não foram objetos dos embargos de terceiro, a ação principal poderá ter seu curso normal em relação a eles, inclusive com a adoção de atos expropriatórios.

Dessa forma, ainda que intempestivos os embargos - e mesmo sendo inegável que o terceiro embargante tivesse ciência do ato de constrição judicial - poderá seu direito à tutela, possessória ou dominial, ser reconhecido em ação autônoma, caso existam os requisitos legais para tanto.

É possível ainda que, mesmo intempestivos, o juiz receba os embargos de terceiro e o processe como ação autônoma, concedendo eventual decisão preventiva antecipatória para restringir os efeitos da constrição judicial sobre os bens apreendidos judicialmente, tudo isso levando-se em consideração o princípio da economia processual e o direito à duração razoável do processo.

A propósito e em abono do ora sustentado, a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“Em doutrina, há quem considere, ao que parece com mais razão, que os embargos de terceiro podem ser opostos depois do prazo mencionado sem, todavia, que possam gerar a suspensão do processo ‘principal’. Por esse entendimento, o prazo em questão não é propriamente para que se possa discutir a apreensão do bem, mas, antes para que se possa promover essa discussão com a paralisação da ação outra (em que a apreensão foi gerada). Parece muito mais razoável esse entendimento, que enxerga os percalços da realidade e percebe que nem sempre é fácil ao terceiro perceber a existência da constrição judicial. Mais do que isso, esse entendimento torna mais flexível o extremamente exíguo prazo (de cinco dias) para a apresentação da medida. Nota-se que a submissão do direito aos embargos ao curto prazo de cinco dias é, muitas vezes o suficiente para gerar perecimento do direito, já que não raramente a parte não terá condição de, nesse curto espaço de tempo, conseguir um advogado e instruí-lo suficientemente para o ajuizamento de uma medida com o mínimo de chance de vitória.

Por isso, parece mais razoável mesmo concluir que, não ajuizada a medida dentro dos prazos do art. 675 do CPC, perde-se o direito de postular a suspensão da ação principal, mas não a discutir a constrição tido como ilegítima.” (Marinoni 220).

No mesmo sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRAZO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO. ART. 1.048 DO CPC. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DECURSO DO PRAZO DE 5 DIAS. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1.

O art. 1.048 do CPC fixa dois momentos para o ajuizamento dos embargos de terceiro: (1) a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença; e, (2) no processo de execução, até 5 dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. (...)4. A utilização dos embargos de terceiro é facultativa; decorrido o prazo para sua oposição, subsiste o direito material que o terceiro poderá alegar em ação autônoma. A adoção da tese de intempestividade resultaria no prolongamento da discussão judicial com o ajuizamento de nova ação, medida de todo contrária à economia processual e à necessidade de solução dos litígios em tempo razoável. Recurso especial não provido. (Grifado no original. STJ - REsp: 1.548.882/SP, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 01/12/2015, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/12/2015)”.

E, ainda, há decisão específica do Superior Tribunal de Justiça em caso que o terceiro tinha plena ciência da constrição judicial e, mesmo assim, apresentou os embargos fora do prazo legal:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/1973. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EMBARGOS DE TERCEIRO. CIÊNCIA PRÉVIA DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRAZO DE CINCO DIAS DO ART. 1.048 DO CPC/1973. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. SUSPENSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. 1. Controvérsia acerca da tempestividade dos embargos de terceiro opostos após o prazo de 5 (cinco) dias previsto no art. 1.048 do CPC/1973, por terceiro que tinha ciência do cumprimento de sentença. (...) 5. Caso concreto em que o terceiro tinha ciência do cumprimento de sentença, tendo ajuizado os embargos intempestivamente. Incolumidade, porém, do direito material vindicado a despeito da intempestividade dos embargos de terceiro. 6. Possibilidade de defesa do direito material mediante o ajuizamento de outras ações após o transcurso do

prazo dos embargos de terceiro. 7. Conhecimento dos embargos de terceiro intempestivos, processando-os como ação autônoma sem a agregação automática do efeito suspensivo previsto no art. 1.052 do CPC/1973. 8. Aplicação dos princípios da economia processual e da duração razoável do processo. 9. Caso concreto em que os embargos de terceiro, interpostos por possuidores de boa-fé, encontravam-se devidamente instruídos, inclusive com prova pericial, a justificar, com mais razão, a concreção do princípio da economia processual. (...). Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1.627.608/SP, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 06/12/2016, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2016)". (g.).

Vale a pena destacar do acórdão acima citado, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o seguinte trecho:

“(...) seria possível conhecer dos embargos de terceiro intempestivamente opostos como se fosse uma ação autônoma com idêntico objeto (...) a perda do prazo para oposição dos embargos de terceiro não produz qualquer modificação no plano do direito material de modo que a parte interessada poderia repetir a demanda (com as mesmas partes, pedido e causa de pedir), sob a forma de uma ação autônoma. (...) Não parece justificável, portanto, à luz dos princípios da economia processual e da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), que os embargos de terceiros sejam extintos, para que uma demanda idêntica seja ajuizada, sob outro nomem iuris, diferenciando-se apenas quanto ao efeitos suspensivo automático do art. 1.052 do CPC/1973”.

À evidência, no caso dos embargos de terceiro intempestivos serem recebidos pelo juiz como uma ação autônoma (anulatória de ato jurídico), com todas as garantias do devido processo legal, especialmente quanto à realização de provas (testemunhais, documentais, periciais etc.), o seu destino estará selado, ao final, com a coisa julgada. Vale dizer, não haverá oportunidade para uma nova discussão judicial do tema, ressalvado os casos excepcionais da ação rescisória, sob a pena de se eternizar a discussão judicial.

9. Prazo dos embargos de terceiro em caso de arrematação do bem em hasta pública

Como visto em itens precedentes, após encerrado o processo de conhecimento com o trânsito em julgado da sentença, o legislador fixou taxativamente o termo final para oposição dos embargos de terceiro no cumprimento de sentença ou processo de execução: 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta, conforme expressamente previsto no art. 675, *caput*, do CPC/15.

É verdade que, no caso de leilão judicial, o art. 903, § 3º do CPC/15, determina que o juiz deve aguardar o prazo de 10 (dez) dias para o aperfeiçoamento da arrematação. Somente depois desse interregno e, não havendo oposição de terceiros interessados, é que o juiz deverá assinar a carta de arrematação ou ordem de entrega ou mandado de imissão na posse, conforme previsto no § 2º daquele dispositivo legal.

Ocorre que os interessados citados no § 1º, do art. 903, do CPC/15, legitimados a promoverem a oposição à arrematação, não se tratam, nem de longe, daquele que teve seu bem constricto supostamente de forma indevida e que teria legitimidade para propor embargos de terceiro.

Isso porque o comando legal citado é expresso em afirmar que somente poderão impugnar a arrematação, a qual é considerada perfeita, acabada e irretratável após a assinatura do auto pelo juiz, as seguintes pessoas: I) o executado, quando alegar preço vil; II) o credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado da hasta pública e, por fim, III) o próprio juízo, quando o arrematante não pagar o preço ou se não for prestada a caução, quando exigível.

Como se vê, dentre as hipóteses legais acima citadas, não há menção ao terceiro interessado que teve seu bem indevidamente penhorado. Ele não se encaixa em nenhuma das exceções previstas pela lei.

Consequência lógica disso é que ele deve exercer o seu direito de propor os embargos de terceiro no prazo legal já assinalado, qual seja, o de 5 (cinco) dias após a arrematação (art. 675, *caput*, do CPC/15).

O fato da carta ser assinada somente depois de 10 (dez) dias no caso de arrematação judicial do bem, se não houver oposição dos legitimados a impugná-la (art. 903, §§ 2º e 3º do CPC), não estende o prazo para propositura dos embargos de terceiro, lembrando que, como já dito, a previsão legal expressa é de redução do prazo de 5 (cinco) dias, se a carta for expedida em período inferior.

Fato é também que isso não impede que o terceiro promova os embargos

de forma extemporânea, como já exaustivamente tratado em tópicos anteriores, com as mesmas consequências jurídicas: recebimento dos embargos pelo juiz como ação autônoma (e não incidental) ou propositura de nova ação ordinária pelo interessado.

Conclusão

Diante de tudo que foi exposto neste trabalho, é possível concluir que a propositura dos embargos de terceiro é uma faculdade do seu titular que, necessariamente, não é parte no processo principal, visando tutelar o domínio ou a posse de bens ou direitos alcançados por ato de constrição judicial. Os embargos de terceiro têm natureza incidental.

O prazo para propor os embargos de terceiro é, em qualquer tempo, durante o processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença. Após a decisão definitiva do feito, no cumprimento da sentença ou no processo de execução, o prazo para que o terceiro busque proteger seu direito pela via incidental é de até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Isso significa que, se por qualquer motivo, a carta for assinada antes disso, o prazo dos embargos também será reduzido a este marco temporal (data da assinatura da carta).

Caso o terceiro, devidamente legitimado para tanto, tenha deixado transcorrer o prazo sem a propositura dos embargos, haverá ainda duas opções.

A primeira seria propor os embargos mesmo de forma extemporânea, requerendo ao juiz os efeitos da suspensão do processo principal quanto à constrição dos bens objeto da impugnação. Caso o juízo entenda que a propositura dos embargos se deu fora do prazo legal, pode ainda requerer que o incidente seja recebido como ação autônoma, com o mesmo objetivo de desconstituição da constrição judicial.

A segunda opção seria propor uma ação anulatória de ato jurídico, de natureza autônoma, dentro do prazo decadencial de 02 (dois) anos contados da data do ato judicial que se pretende desconstituir (auto de adjudicação, de alienação por iniciativa particular ou da arrematação).

A título de arremate, é de se dizer que o prazo de 10 (dez) dias que o juiz deve aguardar para expedir a carta de arrematação, esperando eventual impugnação de terceiros devidamente qualificados no art. 903, § 1º e 2º, do CPC, não tem o

condão de dilatar o prazo para oposição dos embargos de terceiro.

Referências bibliográficas

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais: de acordo com o Novo CPC e a Lei 13.363/2016*. 17. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz e Mitidiero, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3.v. 2015.

O TRABALHO EM CASA EM TEMPOS DE PANDEMIA E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Work at home in pandemic times and job insecurity

Área: Trabalho. Teletrabalho.

Claudia Maria de Arruda¹
Mestre em Ciências Sociais

RESUMO: Em decorrência da pandemia, Covid-19, muitos trabalhadores estão trabalhando em casa, e, em março/2020, foi publicada a MP 927 que trata, entre outros, sobre o teletrabalho. O presente artigo demonstra as dificuldades vividas por estes trabalhadores, dentro de um contexto histórico de acentuada flexibilização/precarização do trabalho, pobreza e adoecimento, e como a Medida provisória 927 poderá agravar esse quadro. Esse trabalho foi feito a partir da leitura de alguns sociólogos, buscando expor uma reflexão teórica sobre a precarização do trabalho e suas consequências, bem como publicações em jornais sobre o trabalho em casa, em tempos de pandemia, e uma breve análise da MP 927.

PALAVRAS-CHAVE: Precarização do trabalho. Pandemia. Trabalho em casa.

ABSTRACT: As a result of the Covid-19 pandemic, many workers are now working from home. In March 2020, the Provisional Measure 927 was issued, which deals, among other things, with teleworking. This article exposes the difficulties experienced by workers within a historical context of marked flexibility/precarization of work, poverty and illness, explaining how the Provisional Measure 927 may aggravate this situation. Thus, we start from the reading of some sociologists, seeking to expose a theoretical reflection on the precarization of work as well as its consequences. The analysis we carry out is also based upon some newspapers' news about working from home in times of pandemic.

KEYWORDS: Job insecurity. Work at home. Pandemic.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Precarização do trabalho. 2. Pobreza e adoecimento. 3. Pandemia e as dificuldades do trabalho em casa. 4. O teletrabalho na MP

¹ Advogada trabalhista e professora.

Introdução

Esse artigo trata do trabalho em casa, em tempos de pandemia, e nele encontramos a expressão *Home Office* e teletrabalho. Por terem significados distintos², optamos pela expressão “trabalho em casa” no título desse artigo, para contemplar essas duas modalidades.

Entendemos que seja necessário tratar desse tema nesse momento, porque esses trabalhadores, já faz tempo, estão vivendo um processo profundo de precarização das condições de trabalho, e esse artigo pretende expor as dificuldades acentuadas agora nessa modalidade de trabalho, bem como mostrar que a MP 927 - apesar de anunciar como objetivo o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e preservar o emprego e a renda - do modo como tratou o teletrabalho, poderá agravar ainda mais essa situação.

Para demonstrar esse processo de precarização e suas consequências, optamos por tratar do tema a partir da sociologia, da leitura de autores dessa área. No segundo item desse artigo, demonstramos como se deu esse processo de flexibilização/precarização das condições de trabalho e, para os limites desse artigo, não aprofundamos essa questão, apenas fazemos uma breve exposição de suas causas e consequências. No terceiro item, tratamos da questão da pobreza e do adoecimento, consequência desse processo.

Em seguida, no quarto item, tratamos do que consideramos o cerne desse trabalho, transcrevendo entrevistas publicadas pela mídia, feita com alguns trabalhadores que relatam as dificuldades vividas no trabalho em casa, em decorrência do excesso de tarefas, filhos etc., o que tem levado à exaustão física e mental, além dos casos de dificuldades nessa modalidade de trabalho, por causa dos problemas de conexão com a internet. Num contexto de precarização e pobreza, as dificuldades aumentam para quem ainda precisa bancar parte dos

² Quando falamos no teletrabalho, importante frisar que estamos falando de um trabalhador com vínculo de emprego, o qual realiza suas atividades preponderantemente fora da empresa, filial ou sede. [...] mais detalhadamente o artigo 75 B da CLT [...] quando falamos em *home office*, importante entender que esta expressão traduz o “escritório em casa”, logo aquele trabalhador registrado, o empreendedor ou o trabalhador informal, todos podem trabalhar *home office*. Mas isso não quer dizer que é mesma situação para todos [...] (Cf. <https://www.epdonline.com.br/noticias/home-office-vs-coronavirus-o-que-diz-a-lei-sobre-o-tema/2110>).

custos. No quinto item, vamos tratar da MP 927, expondo algumas críticas a ela, considerando-se o processo de flexibilização/precarização vivenciados pelos trabalhadores e, nas considerações finais, levantamos um questionamento.

1. Precarização do trabalho

A precarização do trabalho é considerada como um elemento central das políticas neoliberais, de reorganização e *divisão internacional do trabalho*, medida necessária para obtenção/manutenção dos lucros, a partir da exploração do trabalho.

No texto sobre *A sociedade dos adoecimentos no trabalho*, Ricardo Antunes demonstra que foi em resposta aos obstáculos impostos ao processo de acumulação, nos anos 1980, que um conjunto de medidas “articuladoras de velhas e novas formas de exploração do trabalho, passou a redesenhar a *divisão internacional do trabalho*, alterando também, de forma significativa, a composição da classe trabalhadora em escala global. Movendo-se com facilidade pelo globo, fortemente enraizadas no capital financeiro, um número cada vez mais reduzido de corporações transnacionais passou a impor à *classe-que-vive-do-trabalho*, nos diferentes países do mundo, patamares salariais e condições de existência cada vez mais rebaixadas”.

No Brasil, essas transformações tiveram início a partir de 1990, que, nas palavras do citado autor, ocorreram com a implantação de programas de qualidade total, dos sistemas *just-in-time* e *kanban*, além da introdução de ganhos salariais vinculados à lucratividade e à produtividade, sob uma pragmática que se adequava fortemente aos desígnios neoliberais, que possibilitou a expansão intensificada da reestruturação produtiva, tendo como conseqüências a flexibilização, a informalidade e a profunda precarização das condições de trabalho e vida da classe trabalhadora brasileira.

Em *As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado*, as autoras Franco, Druck e Silva tratam da precarização como sendo um “processo multidimensional” e de “dominação”.

[...] a precarização é um processo multidimensional que altera a vida dentro e fora do trabalho. Nas empresas se expressa em formas de organização pautadas no *just in time*, na gestão pelo

medo, nas práticas participativas forçadas, na imposição sutil de autoaceleração, na multifuncionalidade, dentre outros métodos voltados ao controle maximizado. São processos de dominação que mesclam insegurança, incerteza, sujeição, competição, proliferação da desconfiança e do individualismo, sequestro do tempo e da subjetividade. São afetadas as demais dimensões da vida social, laços familiares e intergeracionais. A desestabilização e a vulnerabilidade sociais conduzem à desvalorização simbólica, com a corrosão do sistema de valores, da autoimagem e das representações da inserção de cada um na estrutura social.

A flexibilização sintetiza o que na sociologia se tem definido como precarização do trabalho e, no dizer de Antunes, trata-se de uma forma particular assumida pelo processo de exploração do trabalho sob o capitalismo em sua etapa de crise estrutural, podendo, portanto, ser mais ou menos intensa, uma vez que não é uma forma estática.

[...] Nas épocas de crise — ainda mais quando esta tem um claro acento estrutural — o que se assiste é a sua intensificação, o que vimos denominando como a persistente tendência à precarização estrutural do trabalho em escala global, da qual o trabalho imigrante é sua expressão mais visível e brutal. Não existem, nesse sentido, limites para a precarização, mas apenas formas diferenciadas de sua manifestação. Formas capazes de articular em uma única cadeia produtiva desde o trabalho terceirizado, quarterizado, muitas vezes realizado nas casas dos próprios trabalhadores, àquele intensificado ao limite, desenvolvido nos ambientes “modernos” e “limpos” das corporações mundiais. Por isso que, sob a atual fase do capitalismo, o domínio do trabalho é, mais do que nunca, domínio do tempo de trabalho (Antunes, 2010 e 2015; Mézáros, 2007). A título de exemplificação, pode-se citar o impacto das alterações realizadas no ciclo de operações de fixação dos freios ABS em picapes S10 produzidas na General Motors do Brasil. Executadas, antes da reorganização do processo, em 175 segundos (ActualTakt Time), as operações passaram a ser desenvolvidas, em 2008, com uma redução de tempo na ordem de quase 30% (Praun, 2014, p. 113). Reduções como essas impactam, conforme declaração do vice-

presidente de manufatura da GM América do Sul, de forma bastante significativa na produção da fábrica e, conseqüentemente, na cadeia produtiva como um todo. Conforme declarou o executivo: “Graças à tecnologia e ao processo de melhorias contínuas, podemos ganhar um segundo a mais, dois segundos a mais no ciclo de cada veículo. Para se ter uma ideia da importância disso, em Gravataí, que tem capacidade para 360 mil unidades por ano, ganhar um segundo, só nas operações de gargalo da produção, significa 7 mil carros a mais por ano”⁷ (Praun, 2014, p. 25).

Consolida-se com a globalização o binômio flexibilização/precarização, sendo a terceirização uma das principais formas de flexibilização do trabalho. No artigo citado, Franco, Druck e Silva trazem a definição de terceirização a partir da perspectiva da sociologia do trabalho.

[...] trata-se de uma forma iniludível de dominação e uma prática de gestão que anula a regulação do mercado de trabalho. A terceirização lança um manto de invisibilidade sobre o trabalho real – ocultando a relação capital/trabalho e descaracterizando o vínculo empregado/empregador que pauta o direito trabalhista – mediante a transferência de responsabilidades de gestão e de custos para um “terceiro”.

O citado artigo traz ainda indicadores da precarização do trabalho no mundo, na América Latina e no Brasil, a partir do panorama apresentado pela Organização Internacional do Trabalho, que sintetiza o processo de precarização do trabalho em um quadro que trata sobre a Evolução do quadro mundial do trabalho – 1990/2007, demonstrando, em relação a *precarização do mercado de trabalho*, que houve um crescimento do chamado “emprego atípico” – mediante contratos temporários, por tempo determinado, trabalho informal, sem registro, sem direitos sociais e salários mais baixos.

Em “*Desenhando a nova morfologia de trabalho no Brasil*”, Antunes nos mostra quem é a classe trabalhadora hoje no Brasil, depois do processo de reestruturação produtiva, que teve início aqui desde 1980, chamando a atenção para uma contradição, porque, em plena *era da informatização do trabalho*, vem ocorrendo também um aumento da *informalização do trabalho*, presente na ampliação dos terceirizados, subcontratados, flexibilizados, em tempo parcial,

teletrabalhadores, ampliando o universo do trabalho precarizado, citando, como exemplos dessa fenomenologia da superexploração do trabalho no Brasil, a indústria automobilística, a agroindústria, a produção agrícola, e os serviços de *telemarketing e callcenter*.

Os relatos dos trabalhadores citados no referido artigo, em resumo, são de exigência de produtividade, metas, avaliações em equipe, medo de perder o emprego, trabalho em clima de terror, enfim, mais trabalho, menos proteção e menos salário.

Assim, com a flexibilização/precarização, o ambiente do trabalho passa a ser, em muitos casos, um espaço de adoecimento. Ainda entre os indicadores da precarização do trabalho no Brasil, temos também as formas de violência psicológica, tais como o assédio moral, o assédio organizacional e os transtornos mentais.

2. Pobreza e adoecimento

Considerando-se a que “*mais da metade dos trabalhadores brasileiros têm renda menor que um salário mínimo*”, conforme números do IBGE publicado pelo *Jornal O Globo*, em 16/10/2019: *Pesquisa do IBGE mostra que 54 milhões de brasileiros receberam, em média, R\$ 928 mensais em 2018*, destacamos aqui a situação de muitos trabalhadores brasileiros, no que diz respeito ao adoecimento no trabalho.

Aliás, no artigo já exposto sobre “*As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado*”, as autoras chamam a atenção para a ausência de estudos sobre isso: “temos poucos estudos com enfoque mais direcionado aos contextos de pobreza no âmbito da psicopatogênese dos transtornos mentais relacionados ao trabalho. Por isso, realizamos a escolha de lembrar aqui os trabalhadores destes contextos, deixando de focalizar outros já mais estudados nos estratos socioeconômicos médios”.

Assim, demonstram como pobreza e pouca instrução estabelecem uma vulnerabilidade maior ao adoecimento tanto do ponto de vista orgânico, citando como exemplo a deficiência nutricional, quanto pela falta de acesso ao conhecimento e/ou a instâncias que ofereçam suporte social.

Destacamos, desse artigo citado, o fenômeno do *presenteísmo*, quando trabalhadores estão presentes no trabalho, apesar de doentes, o que deve ser entendido dentro de um contexto de precarização, conforme abaixo transcrito.

[...] No contexto da precarização, é necessário considerar, também, o fenômeno do presenteísmo, em que muitos assalariados, mesmo adoecidos, não revelam seus sintomas no trabalho nem procuram benefícios pelo medo de perder o emprego ao terminar o período de afastamento. Aliados a esse temor, às vezes fortes mecanismos de negação psicológica dos sintomas fazem com que nem os próprios assalariados reconheçam os agravos sofridos por sua saúde. Em muitos casos, as pessoas ficam muito tempo sem procurar qualquer tratamento. Deste modo, os processos mórbidos evoluem, cronificam e se agravam. Um conjunto de estudos indica que especialmente a morbidade psiquiátrica esteja tendo, em todos os países, um ocultamento importante e desastroso em seus desdobramentos. Relatório recente demonstra preocupação na Europa e nos Estados Unidos com a expansão do presenteísmo e os custos daí decorrentes (BADURA, 2009). O agravamento da patologia invisibilizada, quando a intensificação dos sintomas atinge finalmente um grau impossível de conciliar com o trabalho, culmina em afastamento prolongado— que implica em altos custos previdenciários, sociais e humanos. Outra decorrência é a de registros de morbidade falseados pelo presenteísmo.

O medo de perder o trabalho leva os trabalhadores a enfrentar situações adversas e, nesse contexto de precarização e pobreza, é que podemos compreender melhor a manchete publicada no El País dia 17/03/2020: *No Brasil informal com coronavírus, domésticas dependem de altruísmo de patrões para evitar contágio. Trabalhadoras sem contrato encontram obstáculos para ficar em casa. Nas favelas, falta de estrutura e alta densidade populacional dificultam prevenção. Rede de proteção social amenizaria o quadro.*

Um pouco de história ajuda a entender essa situação, no caso da citada manchete um descaso com a saúde do trabalhador. A auditora fiscal do trabalho Mara Camisassa, em *História da Segurança e Saúde no Trabalho no Brasil e no mundo*, assim escreve sobre o nosso atraso na questão da proteção dos trabalhadores.

[...] Enquanto no início do século XIX, a Inglaterra já se preocupava com a proteção dos trabalhadores das indústrias têxteis, (ainda que com obrigações absurdas para a nossa referência atual, porém

aplicáveis à época), somente no final daquele século, por volta de 1870 é que se tem notícia da instalação da primeira indústria têxtil no Brasil, no estado de Minas Gerais. E somente vinte anos depois é que surgiria no Brasil um dos primeiros dispositivos legais relativos à proteção do trabalho, mais precisamente em 1891, com a publicação do Decreto 1.313 que tratava da proteção do trabalho de menores. Os trabalhadores adultos não eram abrangidos por este decreto. Estávamos nos primeiros anos da república velha e o Brasil começava a dar os primeiros passos, ainda bastante tímidos, em direção à proteção do trabalho. Enquanto isso, na Inglaterra já havia, há mais de oitenta anos, uma regulamentação sobre o trabalho infantil, através da *Factory Law*!

3. Pandemia e as dificuldades do trabalho em casa

Vamos agora transcrever as respostas de alguns trabalhadores entrevistados, dando “voz” a eles, nesse artigo, com o objetivo de ter uma real dimensão dos seus problemas em relação ao trabalho em casa, nesses tempos de Pandemia. Consideramos os relatos abaixo transcritos como sendo uma amostra da realidade que, certamente, atinge milhões de trabalhadores no Brasil, até porque os números citados acima comprovam o baixo salário que a maioria recebe.

Home office na pandemia pode levar profissionais à exaustão . Trabalhadores somam excesso de tarefas, isolamento e cuidado com filhos. Folha de S. Paulo 04/04/2020.

[...]

O professor Douglas Sanches (39), nunca esteve tão atarefado. Há duas semanas, ele se dedica à criação de um ambiente virtual de aulas para a escola na qual é assessor pedagógico, em Guarulhos, na Grande São Paulo. “Eu fico o tempo todo online para tirar dúvidas em seis grupos de WhatsApp, carrego o celular três vezes por dia. O desgaste é muito maior, diz. Depois de exceder o expediente nos primeiros dias, ele e seus colegas chegaram à conclusão de que precisam respeitar o horário comercial para não enlouquecerem. “Mesmo assim, das 8h às 18h não tenho pausa. Se eu parar, vou ter

que esticar o trabalho.” A publicitária Laura, nome fictício, 26, tem começado a jornada antes do horário, terminado depois e reduzido o intervalo de almoço. “Se você é ansioso e tem prazos curtos de entrega, o home office te estimula a não cumprir os momentos de descanso”, afirma. Ela sente pressão para se manter disponível o tempo todo e responder as demandas imediatamente, “E, depois de trabalhar, você ainda está em casa isolada e preocupada com a doença. É extenuante”. O clima de exceção aumenta a sensação de desgaste, diz Maria da Conceição Uvaldo, pesquisadora do instituto de Psicologia da USP, Universidade de São Paulo. “As tarefas Podem ser as mesmas, mas a situação não é a mesma. O trabalho fica mais denso e difícil”. [...] Gerente de RH em uma grande empresa, Larissa, nome fictício, 36, teve um aumento considerável no volume de trabalho por causa do período conturbado. Ao mesmo tempo, precisa dar atenção integral à filha de 2 anos. O marido está em home office, mas só ajuda no cuidado com a criança. “As responsabilidades principais para mim. Há um machismo estrutural, muitos homens não foram nem estimulados a desenvolver algumas habilidades.” Para dar conta de tudo, ela tem feito reuniões por teleconferência mais rápidas durante o dia e estendido a jornada até a madrugada. “Este contexto mexe com o relógio biológico, tem um estresse, uma incerteza. Isso não é sustentável, baixa a imunidade de qualquer um”, diz Larissa, preocupada em se manter saudável durante a pandemia. Com filhos maiores, de 5 e 7 anos, a secretária executiva Simone dos Reis, 35, enfrentou dificuldades na primeira semana de home office, mas agora se diz adaptada à rotina. Ela conta com o apoio da empresa para fazer um horário mais flexível, com pausas três vezes ao dia, para dar as refeições às crianças e ajudá-las com a lição de casa, que precisa ser enviada às escolas. “Se não estou online ou não respondi no WhatsApp, os executivos sabem que é porque estou com os meus filhos”, afirma Simone, cujo marido precisa trabalhar fora de casa.

Nas periferias, trabalhar em casa durante pandemia esbarra na qualidade da internet, Folha de S. Paulo, 29 de março de 2020.

[...] Desde a última quarta-feira, 18, Deise Dantas (34), precisou

mudar o local de trabalho por causa da quarentena imposta pelo coronavírus. Recepcionista de uma clínica médica no Morumbi, ela começou a trabalhar na lavanderia de onde mora, uma casa alugada em Taboão da Serra, na Grande São Paulo. Os colegas de trabalho deram lugar a um papagaio que repete tudo que ela fala ao telefone e as mesas a máquinas de lavar roupa. A escolha do local é porque ali é o único lugar da casa onde a internet pega. “Não temos wi-fi, tenho que rotear a internet do meu celular para o notebook e o celular da empresa”, diz. “Não tenho privacidade nenhuma, porque é um cômodo compartilhado com minha mãe e as proprietárias da casa. Mas não tem jeito, é só aqui que funciona. Dentro de casa mal consigo receber mensagens no WhatsApp”. [...] nas periferias da capital e de municípios da Grande São Paulo, enviar e-mails, participar de vídeo chamadas, estudar e até assistir a filmes em plataformas de streaming esbarra em um problema técnico: a má qualidade da conexão. Para conseguir isso, alguns entraram no prejuízo. O analista de clientes Vagner Santos, 30, trabalha em uma agência de publicidade. Morador do Jabaquara, na zona sul da capital, precisou arcar com o valor de instalação de um pacote de softwares que necessitaria ter no computador pessoal para conseguir fazer o home office. Ele já chegou a ter uma conexão própria em casa, mas precisava pagar R\$ 119 por 35 mbps, que nunca chegavam corretamente. “Já cheguei a ficar vários dias com interrupção do sinal de cinco em cinco minutos. Eles vinham, trocavam e continuava assim.” O valor começou a pesar no bolso e hoje Santos divide os mesmos 35mbps com dois vizinhos. Para trabalhar em casa, ele precisou investir. “A empresa chegou a perguntar se eu queria levar o meu desktop para minha casa. Eu disse que não, pois não tenho o cabo de rede e nem onde conectar, teria que ser um equipamento que funcione por conexão wi-fi, já que eu uso a internet do meu vizinho”, diz. Ele precisou gastar R\$ 70 na instalação, dinheiro que não tinha momento. “A empresa pagou R\$50 de ajuda de custo, mas a gente sabe que eles serão bem mais altos que isso”. [...] no extremo Leste de São Paulo, em São Miguel Paulista, a assistente jurídica Juliana Cristina Galzo, 26, está trabalhando em casa desde o dia 19. Durante o expediente ela precisa cuidar da filha de um ano e cinco meses. Uma das formas de entreter a criança são as músicas

e vídeos no Youtube. Porém, como a conexão de internet é fraca, os players sempre ficam travando. “Trabalho no meu notebook, minha filha praticamente adotou meu celular. Às vezes ela fica irritada, porque o vídeo trava. É sempre um problema da internet que não quer carregar. Aí ela me chama, vem para meu colo, eu paro de trabalhar. É uma sequência”, diz. Juliana compara que uma tarefa que fazia em 10 minutos no escritório demora meia hora por causa da velocidade da internet. Até o começo deste ano, a única operadora de internet via wi-fi que chegava em seu bairro era a Vivo, com um pacote de baixa velocidade. A partir de janeiro, a Claro começou a atender a região. Devido à necessidade de ficar mais em casa, a assistente tentou mudar de operadora, mas não conseguiu. “Eles falaram que só poderiam fazer a instalação depois do período de quarentena. Então não fechariam nenhum novo contrato até lá.”

Temos aqui, conforme dito, uma amostra do que muitos, talvez a maioria dos trabalhadores, nessa modalidade de trabalho, estão vivenciando nesse momento de pandemia. O perfil dos trabalhadores brasileiros e seus salários não deixam dúvidas.

4. O teletrabalho na MP 927/20

A Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, dispõe sobre *medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, Covid-19*.

Tratamos, brevemente, dessa medida não com o objetivo de uma análise técnico-jurídica, mas trazendo tal medida para dentro do contexto de precarização dos direitos trabalhistas até aqui desenvolvido, expondo, sucintamente, algumas críticas a ela.

O artigo terceiro da citada medida prevê que ela tem como objetivo enfrentar os efeitos econômicos, decorrentes do estado de calamidade pública, e preservar o emprego e a renda; como uma das medidas, para isso, está o teletrabalho.

Art. 3º Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as

seguintes medidas: I - o teletrabalho.

A crítica feita pelo Desembargador Jorge Luiz Souto Maior em relação a MP 927 vem ao encontro do que foi exposto nesse artigo até aqui, vejamos:

[...] Pedir às pessoas que trabalham já com salários rebaixados e condições precárias, diante da última reforma trabalhista, que recaia sobre elas essa conta é completamente desproporcional. É desumano. É pior. Do ponto de vista sanitário e econômico, implica agravamentos muito sérios, que vão nos acompanhar mesmo depois que o risco de contágio diminuir. (Redebrasilatual.com.br em 23/03/2020).

Ao escrever sobre o tema em “*MP 927: da pandemia ao pandemônio*”, o citado Desembargador faz as seguintes considerações sobre o teletrabalho:

[...] No teletrabalho, a MP, no art. 4º diz, expressamente, que “o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho”. Quanto aos custos do trabalho em casa, o § 3º do art. 4º da MP volta ao disfarce do contrato individual, deixando que o super poder do empregador estabeleça em contrato o contrário do que seria a regra natural, qual seja, a de que os custos ficassem ao encargo do empregador, já que não pertence ao empregado os riscos da atividade econômica. Depois a MP (§ 4º do art. 4º) ainda se preocupa em estabelecer garantias para que os eventuais custos suportados pelo empregador para o teletrabalho lhe sejam revertidos pelo empregado e em vetar a consideração da sobrejornada em razão da submissão ilimitada ao trabalho que o trabalho por aplicativos e programas possibilitam (§5º do art. 4º). (Fonte *jorgesoutomaior.com*, publicada em 25/03/2020).

A ANAMATRA, em nota publicada, entende que essa MP pede sacrifício apenas do trabalhador, não havendo a busca de soluções baseadas em pactos de

solidariedade.

[...]

3. Ao apenas pedir o sacrifício individual das pessoas que necessitam do trabalho para viver, a MP n° 927 indica que soluções que impliquem em pactos de solidariedade não serão consideradas, tais como a taxação sobre grandes fortunas, que tem previsão constitucional; a intervenção estatal para redução dos juros bancários, inclusive sobre cartão de crédito, que também tem resguardo constitucional; a isenção de impostos sobre folha de salário e sobre a circulação de bens e serviços, de forma extraordinária, para desonerar o empregador.

Também a Ordem dos Advogados do Brasil publicou um Parecer³, no qual aponta como a MP 927 está em desarmonia com os princípios elementares do Direito do Trabalho e com a Constituição Federal, por fomentar a celebração de **acordos de trabalho individuais** “de maneira exagerada e prejudicial aos trabalhadores (art. 2º). Além disso, o empregador passa a ter poder exclusivo sobre matérias tipicamente coletivas, como a prorrogação de convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 30)”. (os grifos feitos nesse Parecer são nossos).

Também se manifesta sobre a **antecipação de férias e feriados, com postergação de pagamentos**, “mediante a qual se passa a considerar que, em sua permanência doméstica compulsória, o trabalhador possa estar em pleno gozo do descanso preconizado anualmente pela Carta Magna (art. 7º, XVII, da Constituição brasileira)”, afirmando ser uma medida lesiva aos trabalhadores e uma afronta à Constituição.

Sobre saúde e segurança do trabalho, o referido Parecer aponta que a MP também afeta elementos de resguardo à integridade física dos trabalhadores e à adequada fiscalização de suas condições de trabalho, em momento caracterizado com tamanha atmosfera de risco (art. 15, 16, 17, 29 e 31), tratando dos trabalhadores em serviços essenciais.

Haverá, em função da essencialidade de diversos serviços, a manutenção do trabalho presencial em inúmeros setores. Pois

³ PARECER – MEDIDA PROVISÓRIA 927, DE 22/3/2020. Disponível em: < <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/03/b48d1ee4-5455-4d43-a894-15baf489ca87.pdf> >. Acesso em 20 mar 2020.

justamente em relação a esses trabalhadores, muitos das áreas de saúde ou fornecimento de víveres, combustíveis, energia, transporte, dentre outras atividades indispensáveis, que exercem suas profissões em condições praticamente heroicas, a **MP 927 temporariamente suprime garantias básicas à sua saúde e segurança**”, determinando ainda a suspensão de exames médicos ocupacionais, “imprescindíveis ao monitoramento da saúde desses profissionais (art. 15). Mais adiante, de modo incompreensível, ficam sobrestados os treinamentos relativos à saúde e segurança do trabalho, precisamente quando tais empregados estarão submetidos a uma inédita carga de exposição a riscos (art. 16)”.

O artigo 29⁴ da referida MP dispõe que “os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) **não serão considerados ocupacionais**, exceto mediante comprovação donexo causal”. Quanto a esse artigo, o citado Parecer faz críticas, inclusive com base em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre responsabilidade objetiva do empregador por danos decorrentes de doenças ocupacionais, nos casos de exposição a riscos inerentes à atividade executada pelo trabalhador, vejamos:

[...] aqueles que adoecerem no seu ambiente de trabalho com a contaminação do vírus, enquanto estiverem corajosamente trabalhando para propiciar o provimento essencial do conjunto da sociedade que estará em isolamento residencial, sequer terão a garantia de ver esse infortúnio classificado objetivamente como ocupacional, isto é, decorrente do exercício do trabalho. Segundo a absurda proposição legislativa contida na MP 927, a vítima de moléstia nessas condições terá que proceder a uma desafiadora comprovação do nexode causalidade, ficando adstrita, portanto, à chamada *responsabilidade subjetiva*. A perplexidade diante de tal dispositivo deriva, ademais, da recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em Repercussão Geral no Recurso

⁴ Conforme informa o site do STF, em 30/04/2020: STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19. Foram suspensos os dispositivos que afastam a natureza ocupacional dos casos de Covid-19 e restringem a atuação dos auditores fiscais. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/> >. Acesso em 20 mar 2020.

Extraordinário nº 828.040-DF, adotada no dia 12/3/2020, que asseverou haver, à luz da Constituição, *responsabilidade objetiva* do empregador por danos decorrentes de doenças ocupacionais nos casos de exposição a riscos inerentes à atividade executada pelo trabalhador.

O artigo 31 da MP 927 prevê que “durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora, exceto quanto às seguintes irregularidades [...]”.

De acordo com a OAB, esse enfraquecimento das atividades fiscalizatórias das relações trabalhistas nesse momento, associado à exclusão da carreira dos Auditores Fiscais do trabalho do rol de atividades essenciais, enumeradas pelo Decreto nº 10.282, de 20/3/2020, conduz à “**desproteção de trabalhadores de diversas categorias, sobretudo na área da saúde, uma vez que estarão desprovidas de um instrumento eficaz para lhes assegurar o mínimo de condições dignas de trabalho**”.

Assim, diante do que foi exposto, entendemos pela aplicação do Princípio da proibição do retrocesso social. Trata-se, conforme escreveu Marcelo Casseb Continentino⁵ citando Ingo W. Sarlet, de “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”.

Mas é preciso reconhecer as dificuldades atuais na efetiva aplicação desse princípio, até porque nomes como Gomes Canotilho e mesmo Tribunais, como em Portugal com a chamada “jurisprudência da crise”, estão com outro entendimento quanto à aplicação desse princípio, conforme Continentino nos mostra no citado artigo, a saber:

[...]em estudos mais recentes, J.J. Gomes Canotilho foi suficientemente claro em sua manifestação contrária a uma concepção rígida e inflexível do princípio da vedação do retrocesso, rompendo com a tese outrora defendida: “O rígido princípio da ‘não reversibilidade’

⁵ In: *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf> >. Acesso em 20 mar 2020.

ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.” [...] O Tribunal Constitucional de Portugal, por sua vez, ao desenvolver a denominada “jurisprudência da crise”[7], evoluiu substancialmente em seus posicionamentos, de modo que vem com certa cautela tolerando restrições a benefícios sociais anteriormente conquistados em face da crise econômica e financeira. Nesse contexto de emergência financeira, conforme se pode observar nos Acórdãos 399/2010, 396/2011 e 353/2012, o Tribunal Constitucional admitiu a redução salarial progressiva de 3,5% até 10% dos servidores públicos, a suspensão do adicional de férias e do décimo terceiro e a própria redução dos vencimentos dos servidores em até 25% [...].

Marcelo Braghini, ao defender a constitucionalidade da MP 927⁶, afirma que o não retrocesso social admite, diante da nova realidade econômica e social, uma “reversibilidade”, um “realinhamento”, vejamos:

[...]

(iv) Fato Econômico Superveniente e Não retrocesso social: o perfil constitucional do princípio do não retrocesso social (art. 7º, caput, da CF) se harmoniza com o fato econômico superveniente, admite, dentro da densidade normativa das regras constitucionais de conteúdo social, com efeito concreto, instrumental, desenvolvido no âmbito infraconstitucional diante da sua conformação a nova realidade econômica e social, dentro de alguns limites por óbvio, a reversibilidade fática do princípio se assenta diante de recessões e

⁶ In: *7 Pontos da Constitucionalidade do Acordo Individual da MP 927 e 936*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/324759/7-pontos-da-constitucionalidade-do-acordo-individual-da-mp-927-e-936> >. Acesso em 20 mar 2020.

crises econômicas, o que permite o realinhamento com a proteção dos direitos prestacionais de conteúdo social.

Se considerarmos que o Direito do Trabalho lida com o poder econômico, não será difícil compreender que as mudanças, as quais atingem a vida dos trabalhadores, em especial com a precarização das condições de trabalho, são decorrentes das mudanças que atingem o Direito e a Justiça do Trabalho.

E, se é para considerar o contexto de crise econômica diante de tais mudanças, para muitas tidas como necessárias, entendemos que é preciso considerar também que se de um lado temos milhões de trabalhadores abrindo mão de direitos, trabalhando mais e ganhando menos para “salvar empregos”, do outro lado temos que, em 2018, **após a reforma trabalhista**, conforme escreve Souto Maior.

as remessas de lucros e dividendos feitas por empresas estrangeiras com sede no País somaram US\$ 5,109 bilhões em agosto, segundo dados divulgados nesta sexta-feira (23) pelo Banco Central (BC). O resultado representa **o maior volume de remessas** no mês desde o início da série histórica, iniciada em 1947” [16]. [...] **o lucro dos bancos cresceu** 17% no 2º semestre de 2018, em comparação com o mesmo período do ano passado, chegando a R\$ 16,88 bilhões [23], ao mesmo tempo em que a projeção de crescimento do PIB nacional em 2018 é de apenas 1,44% [24]⁷. (grifo nosso).

Temos que, no dizer desse jurista, “ainda que com todas as evidentes adversidades, **é essencial não desistir e estabelecer um enfrentamento também técnico-jurídico** contra todos os argumentos que militem em favor do retrocesso da condição humana, **mas tendo certo que apenas a institucionalidade do Direito não basta.**”⁸

O direito tem seus limites e, conforme afirma o referido autor, “muita coisa evoluiu na Justiça. No entanto, ainda convivemos com trabalhadores em condição de escravidão [...] Quem tem o destino nas mãos para reescrever a

⁷ In: *É preciso enfrentar os argumentos a favor do retrocesso da condição humana*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/souto-maior-preciso-enfrentar-retrocesso-condicao-humana> > . Acesso em: 20 mar 2020.

⁸ *Ibidem*

história é a classe trabalhadora, não os juristas.”⁹

Encerramos esse artigo deixando como reflexão a questão da democracia, afinal, o artigo 1º da Constituição Federal está em vigência e ele dispõe: 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:[...] (grifo nosso).*

Entendemos que é preciso considerar a questão da democracia no Direito do Trabalho não apenas do ponto de vista formal, porque “é impossível falar em democracia sem o reconhecimento da **dignidade do ser humano**, que deve ser analisado também através da efetivação dos direitos trabalhistas, afinal, o ser humano e o trabalho caminham juntos, um precisando do outro para sua plena realização. **O sistema não fecha sem a devida valorização e efetivação dos direitos trabalhistas, afinal, ficam prejudicadas tanto a distribuição de renda, como a inclusão social (de uma parcela significativa da nação)”**. (Muniz e Rocha). (grifo nosso).

Considerações Finais

Em resumo, demonstramos como tem sido difícil, para uma parcela dos trabalhadores brasileiros, o trabalho em casa devido ao isolamento social obrigatório, em decorrência de um processo de flexibilização e precarização dos direitos trabalhistas.

Muito trabalho, baixos salários, insegurança, medo, exaustão física e mental têm sido a rotina de muitos trabalhadores brasileiros, e a MP 927 pode ainda agravar esse quadro, considerando-se o modo como tratou o teletrabalho.

Diante desse quadro, terminamos esse artigo com uma pergunta: como iremos tratar a questão da democracia, considerando-se a situação/realidade atual de milhões de trabalhadores brasileiros e o Direito do Trabalho no Brasil?

⁹ In: *A legalização da classe trabalhadora. Em lançamento de livro, juízes debatem sobre os limites do direito trabalhista*. Disponível em: < <http://www.sindmetalsjc.org.br/noticias/n/2945/em-lancamento-de-livro-juizes-debtem-sobre-os-limites-do-direito-trabalhista> >. Acesso em 20 mar 2020

Referências bibliográficas

ALVES, Giovanni. *O duplo negativo do capital. Ensaio sobre a crise do capitalismo global*. Bauru: Projeto Editorial PRAXIS, 2018.

ANAMATRA. *Anamatra se manifesta sobre o teor da MP 927/2020*. Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/29459-anamatra-se-manifesta-sobre-o-teor-da-mp-927-2020> > . Acesso em: 23 mar de 2020.

ANTUNES, Ricardo. PRAUN, Luci. *A sociedade dos adoecimentos no trabalho*. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n123/0101-6628-sssoc-123-0407.pdf> > . Acesso em: 23 mar de 2020.

ANTUNES, Ricardo. *Desenhando a nova morfologia do trabalho no Brasil*. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/83893> > . Acesso em: 23 mar de 2020.

BRAGHINI, Marcelo. *7 Pontos da Constitucionalidade do Acordo Individual da MP 927 e 936*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/324759/7-pontos-da-constitucionalidade-do-acordo-individual-da-mp-927-e-936> > . Acesso em 20 mar 2020.

CAMISASSA, Mara. *História da Segurança e Saúde no Trabalho no Brasil e no mundo*. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2016/03/23/historia-da-seguranca-e-saude-no-trabalho-no-brasil-e-no-mundo/> > . Acesso em: 23 mar de 2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf> > . Acesso em 20 mar 2020.

DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. SELIGMANN-SILVA, Edith. *As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado*. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006 > . Acesso em: 23 mar de 2020.

FELICIO, Ana Beatriz. *Nas periferias, trabalhar em casa durante pandemia esbarra na qualidade da internet*. Jornal Folha de São Paulo, 29 mar de 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/03/nas-periferias-trabalhar-em-casa-durante-pandemia-esbarra-na-qualidade-da-internet.shtml> > . Acesso em: 30 mar 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *MP 927 é 'desumana', aponta desembargador Souto Maior*. Disponível em: < <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2020/03/mp-927-souto-maior/> > . Acesso em: 25 mar 2020.

_____. *MP 927: da pandemia ao pandemônio*. Disponível em: < <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/mp-927-da-pandemia-ao-pandemonio> > . Acesso em: 25 mar de 2020.

_____. *É preciso enfrentar os argumentos a favor do retrocesso da condição humana*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/souto-maior-preciso-enfrentar-retrocesso-condicao-humana> > . Acesso em: 20 mar 2020.

_____. *A legalização da classe trabalhadora. Em lançamento de livro, juízes debatem sobre os limites do direito trabalhista*. Disponível em: < <http://www.sindmetalsjc.org.br/noticias/n/2945/em-lancamento-de-livro-juizes-debatem-sobre-os-limites-do-direito-trabalhista> > . Acesso em 20 mar 2020

MEDIDA PROVISÓRIA n. 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm . > Acesso em: 25 mar 2020.

MUNIZ, Carolina. *Home office na pandemia pode levar profissionais à exaustão. Trabalhadores somam excesso de tarefas, isolamento e cuidado com filhos*. Jornal Folha de São Paulo, 04 de abril de 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/sobretudo/carreiras/2020/04/home-office-na-pandemia-pode-levar-profissionais-a-exaustao.shtml> > . Acesso em: 05 abr 2020.

MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. ROCHA, Cláudio Jannotti da. *Os Direitos Fundamentais e o Direito do Trabalho*. Disponível em: < http://www.lex.com.br/doutrina_26646253_OS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx > . Acesso em: 25 mar de 2020.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E SEU POTENCIAL MITIGADOR DOS EFEITOS DELETÉRIOS DA CRISE PANDÊMICA NO MUNDO DO TRABALHO

The collective labor negotiation and its potential mitigator of the delectary effects of the pandemic crisis in the world of work

Área: Direito do Trabalho. Direito Coletivo do Trabalho.

Talita Dartífbale Amado¹

Mestre em Direito Coletivo do Trabalho

Fernanda Amabile Marinho de Souza Gomes²

Especialista em Direito do Trabalho

RESUMO: O mundo do trabalho vem sendo profundamente afetado pela pandemia, de escala global, provocada por um novo coronavírus recém-descoberto (o denominado no meio científico “Sars-cov-2”), causador da Covid-19, doença que não só atemoriza por representar uma grande ameaça à vida humana e à saúde pública, mas, sobretudo, que prenuncia um colapso nos cenários social e econômico sem precedentes pós 1929. Isto porque a crise econômica afeta a garantia dos meios de subsistência e bem-estar de um enorme contingente de empregadores, trabalhadores e seus familiares, caso o Estado não compatibilize a adoção das medidas sanitárias de contenção do surto, recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), com a implementação de políticas governamentais que garantam a preservação dos empregos e a sustentabilidade das empresas. E, não há que negar, têm-se testemunhado, nesses últimos dias, esforços governamentais no sentido de amenizar os nefastos efeitos da atual crise sobre a dinâmica da relação capital-trabalho. O presente trabalho buscou analisar as normas jurídicas editadas pelo governo federal, quais sejam, as Medidas Provisórias (MP) 927 e 936, no aspecto da compatibilidade da atuação sindical como instrumento de solução de controvérsias, os desdobramentos da valoração jurídica dos instrumentos coletivos, indagando-se acerca da possível aplicação da Teoria da Derrotabilidade na salvaguarda da negociação coletiva e representatividade dos trabalhadores pelo ente sindical. Como método, utilizou-se a investigação qualitativa-bibliográfica e a abordagem dedutiva, partindo-se da análise de textos

¹ Assessora jurídica do Ministério Público do Trabalho.

² Juíza do TRT da 15ª Região - Campinas.

legais e conceitos doutrinários.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19. MP 927. MP 936. Negociação Coletiva.

ABSTRACT: The world of work has been profoundly affected by the pandemic, on a global scale, caused by a new coronavirus recently discovered (the one called “Sars-cov-2” in scientific circles), which causes Covid-19, a disease that not only frightens because it represents a major threat to life and public health, but, above all, that foreshadows an unprecedented collapse in the social and economic scenarios after 1929. That is because the economic crisis affects the guarantee of support means and well-being of a huge contingent of employers, workers and their families, in case the State does not make sanitary measures recommended by the World Health Organization (WHO) to contain the disease outbreak, compatible with the implementation of government policies for the preservation of jobs and the sustainability of companies. And, undeniably, in the last few days, government efforts to alleviate the harmful effects of the current crisis on the capital-labor relationship dynamics have been witnessed. In this paper, we seek to analyze the legal rules issued by the federal government, namely Provisional Measures (PM) 927 and 936, in terms of the compatibility of union action as an instrument for resolving disputes, the consequences of the legal valuation of collective instruments, inquiring about the possible application of the Theory of Defeasibility in safeguarding collective bargaining and representativeness of workers by the union entity. As a method, qualitative-bibliographic research and the deductive approach were used, starting from the analysis of legal texts and doctrinal concepts.

KEYWORDS: COVID-19. PM927/20. PM936/20. Collective Bargaining.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da negociação coletiva como corolário da autonomia privada coletiva. 2. A Negociação Coletiva de Trabalho em face das Medidas Provisórias 927 e 936/2020. 3. A Teoria da Derrotabilidade e a colmatação constitucional da exigência de negociação coletiva na MP 936/20. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

É cediço que o governo federal brasileiro, ao reconhecer, por meio do Decreto Legislativo n. 6/2020, o estado de calamidade e de emergência de saúde

pública, ocasionado pela pandemia do coronavírus, lançou medidas restritivas de enfrentamento para a proteção da coletividade por meio da Lei n. 13.979, de 06/02/2020, vindo a expedir, em 22/03/2020, a Medida Provisória (MP) n. 927, concernente a medidas trabalhistas adotadas em face das restrições impostas pela referida lei e, seguidamente, em caráter complementar, editou a Medida Provisória (MP) n. 936, de 01/04/2020, instituindo o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, estabelecendo o pagamento de um benefício emergencial aos trabalhadores afetados (calculado com base no seguro-desemprego), além de regular a possibilidade de suspensão temporária do contrato de trabalho (por até 60 dias) e a redução de jornada proporcional à do salário (por até 90 dias), medidas centrais voltadas ao objetivo de evitar, ao máximo, a extinção de postos de trabalho e o fechamento de estabelecimento empresariais.

A princípio, em análise imediata e pautada pelos institutos jurídicos vigentes, pode-se apontar, desde logo, certas inconsistências e, sobretudo, inconstitucionalidades no conteúdo da MP 936/2020, considerando que não se observou o postulado constitucional da submissão da redução salarial à negociação coletiva de trabalho (artigo 7º, VI, CRFB), haja vista a essencialidade da participação colegiada de trabalhadores, representados por seu sindicato (art. 8º, III, CRFB), na tomada das decisões que digam respeito a seus direitos trabalhistas fundamentais, lastreando-as de legitimidade.

De todo modo, à procura do tom da razoabilidade, buscou-se compreender que tal dispensa do instrumento coletivo - trazida pela MP 936/2020 para admitir, de forma excepcional e precária, os pactos individuais firmados entre empregador e empregado para a redução do salário proporcional à da jornada de trabalho – seja, na verdade, uma disfunção da ordem constitucional escusável, assumida pelo Estado, na medida em que se apresentarem inviabilidades de ordem prática na celebração legítima de norma coletiva, o que, no atual cenário, não é improvável, tendo em vista as implicações das medidas restritivas cogentes, tomadas pelo Poder Público no âmbito da saúde pública, em face das circunstâncias de extrema preocupação com o controle da Covid-19.

No plano internacional, cumpre registrar que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua avaliação preliminar acerca dos possíveis impactos da Covid-19 no mundo do trabalho, propõe a adoção de políticas que estimulem a demanda econômica e, ao mesmo tempo, protejam trabalhadores e empresas, defendendo políticas que sejam fundadas nos seguintes pilares: estímulo à economia e à empregabilidade; apoio a empresas, empregos e renda; proteção

dos trabalhadores no local de trabalho; e apoio no diálogo social para adoção de soluções.³

A propósito, é preciso ter sempre em vista que, em tempos de crise como a atual, os “*standards*” normativos internacionais fornecem uma base sólida para respostas políticas cruciais, salientando o importante papel do trabalho decente como meio de se atingir uma recuperação sustentável e equitativa.

É imperioso reconhecer, nessa grave e aflitiva experiência ora enfrentada pela humanidade - na qual tanto a comunidade científica quanto os poderes constituídos tateiam alguma solução, seja por meio de medidas restritivas de direitos individuais em prol da proteção à saúde da coletividade, seja de medidas para manutenção dos empregos e para dar condições de viabilidade às empresas - que a única certeza, em meio a tantas incertezas, é que o presente momento histórico clama por união de forças e responsabilização conjunta por parte da sociedade, o que deve compreender a ampla participação dos mais diversos atores sociais e agentes políticos, em cooperação, na criação de soluções aos impasses engendrados pela pandemia.

Nesse sentido, a despeito da necessária flexibilização recém-introduzida pela normativa ora vigente no Brasil, vem-se propor e defender, nestes escritos, a negociação coletiva de trabalho, com necessário contorno de celeridade e dinamismo, como o meio mais profícuo de diálogo social e de fixação de parâmetros normativos mais adequados às realidades específicas de cada relação de trabalho.

Afinal, em tempos de acentuada tensão social e de insegurança nas instituições políticas, a dependência de mecanismos de diálogo social cria uma base sólida para a construção do compromisso entre empregadores e trabalhadores, paralelamente às ações dos governos.

1. Da negociação coletiva como corolário da autonomia privada coletiva

Em contexto de decretação de estado de calamidade pública, estado de excepcionalidade em que garantias e liberdades individuais vigentes em um Estado Democrático de Direito sofrem escoriações, há que se reconhecer a força

³ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *ILO Monitor 2nd Edition: Covid-19 and the world of work*. Updated estimates and analysis. 07 April 2020. Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_740877.pdf >. Acesso em: 09 abr. 2020.

e o potencial “jurígeno” (criador de normas) da autonomia privada coletiva.

A autonomia é o poder de autorregulamentação e de transação dos próprios interesses, individual ou coletivamente. O poder de reger a si mesmo por leis próprias é reconhecido pelo Estado, reflexo de uma sociedade democrática e pluralista, conferindo-se eficácia às normas criadas.

O seu reconhecimento pela ordem jurídica deve-se, antes de tudo, ao seu conteúdo ético, diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, valor supremo, de caráter universal, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo⁴. O homem se distingue dos demais seres vivos por ser dotado de dignidade, atributo exclusivo do ser pensante, relativo à capacidade racional de se ordenar segundo as leis que ele próprio edita.

Conforme leciona Ronaldo Lima dos Santos, o conceito de autonomia privada se constrói sobre o fenômeno do pluralismo jurídico, ou seja, da descentralização normativa resultante do reconhecimento ou atribuição a certos indivíduos ou entidades da capacidade de emitir regras de conduta no seu círculo de fins e interesses. As características da autonomia privada consistem basicamente no fato de ser um poder para estipular regras jurídicas na regulação dos próprios interesses e na concretude e especificidade de tais interesses, diferentemente dos interesses gerais e abstratos das leis em geral; criação de regras vinculantes para as partes envolvidas; e suscetibilidade de limitação pelo ordenamento jurídico⁵.

Transplantada para a esfera coletiva, há o conceito de autonomia privada coletiva, também denominada autonomia sindical, que, segundo Amauri Mascaro Nascimento, consiste no fundamento do direito à negociação coletiva e de sua valorização perante o ordenamento jurídico-legal, de modo que nela se dá “a transferência de poder normativo do Estado para a ordem sindical-profissional, o poder dos grupos sociais, de autoelaboração da regra jurídica, a tutela sindical no lugar da estatal, distinguindo, entre os direitos, aqueles que devem ser protegidos pela lei e aqueles que podem ser negociados pelos sindicatos.”⁶

Oportuno ressaltar, nos países que vivenciaram as transformações sociais, econômicas e político-filosóficas decorrentes das Revoluções Francesa

⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 102. “eticamente, seu significado é comumente extraído do pensamento kantiano, para quem a lei moral é autônoma quando possui em si mesma o seu fundamento e a razão própria de sua legalidade”.

⁵ *Ibid.*, p. 111, 113.

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 137.

e Industrial, nos séculos XVIII e XIX, a questão social imanente às relações de trabalho daquela época consiste na fonte material do desenvolvimento da autonomia privada coletiva, num contexto de enfraquecimento do poder estatal e do surgimento de novas necessidades sociais, o que gerou um processo de identificação dos grupos sociais em torno de uma vontade comum.

Diferentemente dos países de capitalismo avançado, em que a prática da negociação coletiva sedimentou-se a partir do costume, no Brasil, ela foi introduzida por iniciativa do Poder Legislativo que, reconhecendo o instituto da negociação coletiva como poderoso instrumento de reivindicação, com fulcro nas experiências europeia e norte-americana, passou a prevê-lo legalmente. Ressalta-se, inclusive, que, na Constituição Federal, consagra-se no artigo 7º, XXVI, o direito dos trabalhadores ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Para Enoque Ribeiro dos Santos, discorrer sobre a autonomia privada coletiva significa partilhar da concepção de que o direito não emerge apenas do Estado, admitindo-se a existência de outros centros de produção normativa, quer na esfera supraestatal (organizações internacionais, como a OIT), quer na esfera infraestatal (grupos associativos, corpos intermediários, organizações comunitárias e movimentos sociais), dentre os quais se situam as organizações de trabalhadores e de empregadores.⁷

Com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), a autonomia privada coletiva ocupou posição de destaque, haja vista o cerne de suas disposições residir na máxima da prevalência do negociado sobre o legislado, o que significou uma ampliação de poder conferida aos sindicatos, delimitada nos novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, para sobrepor à lei as suas “autorregulações” relativas aos interesses da classe profissional representada, consubstanciadas em acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho.

Ademais, relevante pontuar a nova redação conferida ao artigo 620, da CLT, o qual dispõe que “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. A propósito, o acordo coletivo de trabalho consiste em um dos instrumentos possíveis decorrentes da negociação coletiva de trabalho bem sucedida. Diferentemente da convenção coletiva, tem âmbito de aplicação mais restrito, posto que destinada a regular as relações de trabalho no âmbito de determina(s) empresa(s) (artigo 611,

⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Negociação Coletiva de Trabalho nos Setores Público e Privado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 82.

§1º, CLT).

A expressão máxima da autonomia privada coletiva manifesta-se na prática da livre negociação coletiva de trabalho, instrumento pelo qual os entes sindicais - pautados na legitimidade de representação, isto é, à luz dos interesses do grupo representado - devem buscar a composição dos interesses contrapostos que engendram os conflitos coletivos de trabalho, mediante a possibilidade de criação de novos direitos e novas regras que regulem as relações laborais entre as partes convenientes, observada a garantia dos direitos fundamentais básicos dos trabalhadores nos termos constitucionais vigentes.

O conflito entre capital e trabalho é, naturalmente, imanente a uma sociedade industrial e, portanto, também às relações de trabalho. As possíveis formas de resolução de conflitos são determinadas segundo o modelo de sistema jurídico, mais intervencionista ou mais aberto à autorregulação de interesses.

Existem modelos autônomos e modelos heterônomos quanto à regulação das relações de trabalho, na conformidade do maior ou menor espaço que o Estado reserva para suas leis e para a autonomia coletiva dos particulares. Tais modelos podem variar do absentismo estatal, que compreende sistemas autônomos de relações laborais (exemplos: o britânico, o norte-americano e o italiano), em que a negociação coletiva é uma norma basilar e suficiente que regula todo o sistema, ao intervencionismo, que centra sua produção normativa reguladora das relações laborais no Estado, sem excluir a negociação coletiva, proposta, neste modelo, como meio alternativo de resolução de conflitos coletivos.

De todo modo, fato é que, mesmo no Brasil, que possui um modelo intervencionista (regulamentarista), em que o papel proeminente é confiado ao Estado, que o exerce por meio da lei, diferentemente dos países tradicionalmente fundados no *commom law*, a negociação coletiva consiste na forma básica e essencial da relação obreiro-patronal, podendo-se dizer que, nos dias atuais, é considerada o melhor meio de solução de conflitos entre capital e trabalho.

Imperioso destacar, quanto ao modelo intervencionista (caso do Brasil), as lições de Amauri Mascaro Nascimento, no sentido de que ele traz vantagens e desvantagens, isto é, se, de um lado, pode propiciar um nível mínimo ético imperativo e irrenunciável de proteção legal ao trabalhador de modo igualitário, como tentativa de evitar a exploração do trabalho pelo capital, por outro lado pode impedir a liberdade e padronizar situações absolutamente distintas e que exigiriam tratamento diversificado, a ponto de obstar que o juiz, imerso em um

universo de leis, possa fazer justiça no caso concreto.⁸

Ademais, deve-se considerar que uma norma fruto de negociação entre as próprias partes (seres coletivos), tem, em tese, por nascer do consenso, maior probabilidade de ser espontaneamente cumprida do que a norma imposta heteronomamente. Especificamente, a negociação coletiva de trabalho consiste em um procedimento dialético, notavelmente flexível quanto ao método, cujo objetivo é regular as condições de trabalho, fixar remuneração, além de disciplinar todas as relações jurídicas entre empregados e empregador(es), que, vale destacar, devem se pautar sempre pela boa-fé, bom senso e razoabilidade, propiciando o equilíbrio na composição dos interesses contrapostos.

No que concerne à extensão da liberdade negocial para dispor de interesses trabalhistas, ela não é ilimitada. Na maioria dos países democráticos, embora a prática da negociação coletiva seja incentivada pela lei e pelos poderes públicos como a melhor forma de superação de conflitos coletivos, tende-se a estabelecer as “regras do jogo”, sobretudo por delimitar uma moldura legal (*legal framework*), na qual devem se inserir os termos da contratação coletiva. A lei, nesse caso, teria o papel de definir o processo formativo das próprias regras oriundas das partes coletivas convenientes e de suas imposições (*enforcement*).

Insta salientar, quanto à margem de liberdade para contratar coletivamente (celebrar acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho), malgrado a ampliação de poder normativo conferido à negociação coletiva, confirmada pela Reforma Trabalhista (art. 611-A, CLT), é preciso ter por princípio que a “moldura” constitucional (seus princípios e valores) deve ser mantida, bem assim observados os direitos de indisponibilidade absoluta, aqueles insuscetíveis de despojamento pelos trabalhadores, pois estão intrinsecamente ligados à dignidade humana, vetor axiológico de nosso ordenamento jurídico (art. 1º, III, CRFB). Direitos como vida e saúde, direitos da personalidade e todos aqueles reconhecidos por tratados internacionais de Direitos Humanos (Convenções da OIT)⁹, ratificados pelo Brasil, constituem o chamado “patamar civilizatório mínimo”, preconizado por Maurício Godinho Delgado¹⁰, o qual não deve retroceder, mormente em

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 83.

⁹ O Brasil ratificou as Convenções n. 98 (1949), 151 (1978) e 154 (1981) da OIT, que tratam, respectivamente, sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva; sobre o Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública e sobre o Fomento à Negociação Coletiva.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

momentos de crise.

Deste modo, é preciso acautelar para que a negociação coletiva não se torne um mecanismo de desprestígio ou precarização da ordem jurídica laboral e das relações socioeconômicas por ela regulamentadas, distanciadas do grau de pragmatismo que toda situação de crise imprime ao ordenamento jurídico.

De fato, no contexto de um Estado Democrático de Direito, cenário no qual se admite a existência de vários centros de positivação do Direito, em que a emancipação social e política dita os rumos da democracia, a autonomia negocial coletiva é direito social fundamental, é instrumento de melhoria de condição social do trabalhador, na medida em que limitado por normas de ordem pública e pelo inquebrantável núcleo de direitos mínimos, que constituem a dignidade do ser humano.

2. A negociação coletiva de trabalho em face das Medidas Provisórias 927 e 936/2020

Não há espaço para o negacionismo quanto ao impacto social e econômico que as medidas sanitárias de isolamento e de quarentena, impostas pela Lei n. 13.979/2020, trarão à sociedade brasileira e ao mundo do trabalho.

Em resposta à necessidade de medidas emergenciais e temporárias, que possibilitassem a adequação das condições de trabalho aos efeitos da atual crise sanitária, o Poder Executivo federal editou várias medidas provisórias, dentre elas, a MP 927 e a MP 936, para tratar das medidas trabalhistas passíveis de adoção por tempo determinado, a fim de se garantir a sustentabilidade das atividades econômicas das empresas e a preservação do emprego, ocupação e renda dos trabalhadores.

Primeiramente, a MP 927, de 22/03/2020, lançou mão de prever medidas de enfrentamento dos efeitos econômicos da crise-pandêmica, tais como a execução de trabalho remoto (quando viável), antecipação de férias, concessão de férias coletivas, modalidade especial de banco de horas, dentre outras, as quais, contudo, não serão objeto de estudo no presente artigo. Destaca-se, em relação a esta MP, a previsão de seu artigo 2º no sentido de que o ajuste individual firmado entre empregado e empregador deverá prevalecer sobre a lei e, inclusive, sobre eventual norma coletiva (acordo coletivo ou convenção coletiva) existente, observados os direitos constitucionais. Impende registrar, desde logo, que essa

nova lógica de hierarquia normativa parece ignorar a lógica do “negociado prevalece sobre o legislado”, introduzida pela Reforma Trabalhista.

Em caráter complementar, a Medida Provisória n. 936, de 01/04/2020, suprimindo o vácuo normativo deixado pela MP 927, inaugurou o Programa Emergencial de manutenção do Emprego e da Renda, que veio estabelecer, como medidas centrais de controle da crise socioeconômica e com vistas a evitar a dispensa de trabalhadores, a possibilidade de redução de jornada proporcional ao salário, por até 90 dias, e de suspensão do contrato de trabalho por até 60 dias, mediante a realização de acordo individual escrito entre empregador e empregado, hipóteses essas em que o Governo Federal arcará com o pagamento de benefício emergencial (subsídio estatal) em valor correspondente ao seguro-desemprego proporcional à perda salarial sofrida, com garantia de emprego durante o período de duração da medida e, após o restabelecimento da jornada e do salário, por período equivalente ao acordado para a redução ou suspensão.

Consoante o artigo 12 da MP 936, dividiram-se os trabalhadores em faixas salariais para definir os meios de adoção das medidas emergenciais de redução da jornada proporcional ao salário e de suspensão contratual. Podem celebrar acordo individual escrito aqueles que recebem até três salários mínimos (R\$ 3.135,00), bem como aqueles previstos no § único do artigo 444, CLT, que possuem diploma de nível superior e auferem remuneração igual ou superior ao dobro do teto do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Inquieta a concepção jurídica de muitos o afastamento da negociação coletiva de trabalho relativamente a parte significativa dos vínculos trabalhistas, sobretudo àqueles com os menores salários, no que tange à redução salarial e a suspensão do contrato de trabalho.

A Constituição Federal é clara ao estabelecer, em seu artigo 7º, VI, o direito fundamental à irredutibilidade salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Ademais, a Lei Maior qualifica as entidades sindicais como legítimos representantes dos direitos e interesses dos trabalhadores (artigo 8º, III), além de prever o princípio da autonomia privada coletiva, assegurando o pleno reconhecimento das negociações coletivas como direito fundamental de todos os trabalhadores urbanos e rurais (artigos 7º, XXVI e 8º, VI).

Ora, há que se reconhecer nesse aspecto, em leitura e interpretação gramatical da constituição, para os que entendem que há redução salarial ainda que mantido o valor do salário-hora como determina o artigo 7º, I da MP 936/2020, a grave inconstitucionalidade da medida em razão da ausência do ajuste coletivo.

Sobreleva ponderar, no entanto, as flexibilizações promovidas pela Medida Provisória no trâmite procedimental da negociação coletiva, ao autorizar a redução pela metade, dos prazos relativos às formalidades dos instrumentos normativos (artigo 17, III), bem como a utilização de meios eletrônicos para atendimento aos requisitos formais previstos no Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inclusive para convocação, deliberação, decisão, formalização e publicidade de convenção ou de acordo coletivo de trabalho, dispensando-se, assim, a necessidade de uma Assembleia presencial (artigo 17, II).

Busca, nesse ponto, a própria MP, resguardar a chancela assemblear da categoria, “coração” do processo negocial e fonte legitimadora da própria norma coletiva, da qual se infere que a manifestação dos trabalhadores representados pelas entidades sindicais estará minimamente assegurada por meios telemáticos, dada a excepcionalidade do período em que se vive, satisfazendo-se, assim, aos que entendem a negociação coletiva como premissa obrigatória para a segurança jurídica do ato negocial.

Ademais, a MP 936, a despeito de inegavelmente viabilizar o acordo individual escrito para hipóteses excepcionais (redução de salário e suspensão contratual), estabeleceu, ao mesmo tempo, aos empregadores, a obrigação de comunicar os respectivos sindicatos laborais, em até dez dias corridos, sobre os acordos individuais pactuados (artigo 11, §4º), podendo-se interpretar essa como um requisito de validade das medidas adotadas, passíveis de eventual controle de legalidade futuro.

Outra hipótese que revela a nobre tentativa pela MP936 de fazer prevalecer a norma negociada coletivamente reside no §3º do artigo 11, segundo o qual as convenções ou os acordos coletivos de trabalho, celebrados anteriormente, poderão ser renegociados para adequação de seus termos, no prazo de dez dias corridos, a contar de sua publicação. Apesar da exiguidade do prazo, justificada pela situação socioeconômica emergencial, em que se encontram milhares de trabalhadores e empregadores, avalizou-se a alteração de cláusulas normativas de norma coletiva em vigor, diante das peculiaridades alarmantes do atual cenário.

Ainda no tocante à necessidade da negociação coletiva, vale mencionar a Nota Técnica Conjunta n. 6 - PGT/CONALIS, emitida em 22/03/2020 pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), por meio de sua Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical, com o objetivo de promover o diálogo social, a negociação coletiva e a proteção ao emprego e ocupação diante do

contexto socioeconômico decorrente da pandemia da COVID-19. Segundo a nota, a aplicação das medidas emergenciais adotadas no âmbito das relações de trabalho, essenciais a este momento de excepcionalidade, sujeita-se à imperiosa necessidade de observância de certos pressupostos, em prol da garantia de um amplo diálogo social e, por consequência, de efetiva justiça social.

Dentre os onze pressupostos indicados pelo MPT para o atual contexto social de pandemia, vale destacar os seguintes: a adoção privilegiada da negociação coletiva como principal ferramenta de diálogo social tripartite, sobretudo concernente às matérias constitucionalmente delegadas pela Constituição Federal à autonomia privada coletiva (incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º); a primazia da negociação coletiva e/ou diálogo com entidades sindicais, para a adoção, pelas empresas, de quaisquer medidas de proteção à saúde do trabalhador, ao emprego e à ocupação, com a possibilidade de instalação de Comitês de Crise, em que participem representantes dos sindicatos de trabalhadores e sindicatos patronais ou empregadores, com a utilização de meios telemáticos para deliberações e decisões; primazia da negociação coletiva ou diálogo com entidade sindical, nas eventuais hipóteses de instituição de plano de demissão voluntária ou de dispensa plúrima ou coletiva; a possibilidade de flexibilização dos requisitos formais para a negociação coletiva, como a obrigatoriedade de assembleia presencial; dentre outros.

Destaca-se ser favorável a ambas as partes, trabalhadores e empresas, a aderência a métodos de autocomposição de conflitos, que possibilitam o amplo diálogo social mediante a participação do sindicato obreiro, o que faz da negociação coletiva, instituto claramente acolhido pela Constituição Federal (artigo 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI), desde que firmada de boa-fé e preservada a dignidade do trabalhador, a melhor forma de resolução de conflitos coletivos, por ser a que melhor atende às necessidades e peculiaridades de cada empresa, o que é sobremaneira relevante em um cenário de “crise-pandemia”, além de viabilizar a busca por um equilíbrio, na garantia do patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores, em face da, atualmente fragilizada, condição econômico-financeira da maioria das empresas brasileiras.

Não bastante, é digna de nota e deveras pertinente, no atual momento, a atuação do MPT como mediador em possível entabulamento de pacto nacional global, pactos setoriais e negociações coletivas, para resolução das questões relativas aos impactos decorrentes da pandemia nas relações de trabalho, privilegiando-se e incentivando-se, deste modo, formas diretas de participação

dialética dos seres coletivos, cujos interesses foram diretamente afetados, na formulação de suas próprias soluções às questões jurídico-laborais.

Enfim, a democratização da proposição de soluções, de modo a torná-las legítimas, é essencial em um período de excepcionalidades como o presente, por propiciar certa segurança jurídica em meio a tantas incertezas.

3. A teoria da derrotabilidade e a colmatação constitucional da exigência de negociação coletiva na MP 936/20

Ante o confronto com os conceitos e princípios jurídicos doutrinários legais existentes no direito positivo vigente, surgiram os primeiros questionamentos quanto à inconstitucionalidade da MP 936/20, representado o inconformismo na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6363, que, em 06 de abril, recebeu deferimento liminar do ministro Ricardo Lewandowski, nos seguintes termos:

(...) dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes.¹¹

A decisão, por comezinho, traz reflexões.

Certo é que o Direito, como ciência reguladora da vida social, apenas alcança sua finalidade quando segue a dinâmica desta, evitando e solucionando os conflitos. Para tanto, os valores estampados em suas normas devem seguir os fatos existentes nessa sociedade que visa regular, como estampa a teoria Tridimensional do Direito.

Nessa linha, em recente artigo, o Ministro Gilmar Mendes defende a “abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada.”¹²

¹¹ Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604> >. Acesso em: 09 abr. 2020.

¹² MENDES, Gilmar. *Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucio-*

Exemplifica ainda, com o modelo da Corte Constitucional Portuguesa na adoção da denominada jurisprudência da crise em 2011, invocando o Ministro que, em momentos de crise como os tais, “as normas jurídicas - em especial a Constituição - não podem ser encaradas como obstáculo, mas como um caminho necessário e seguro para a solução da crise.”¹³

Ante o supra abordado quanto à preservação da negociação coletiva e sua função protetiva dos conflitos sociais, notadamente na redução salarial, pode-se explorar ainda, para análise da compatibilidade constitucional desta proteção, com a previsão da Medida Provisória de acordo individual, a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas.

Em 1949, no artigo *The Ascription of Responsibility and Rights*, Herbert Hart sustentou tal teoria conceituando-a como a possibilidade de afastamento do enunciado normativo no caso concreto, sempre que presente exceção relevante, ainda que haja requisitos necessários e suficientes para a aplicação válida da norma.¹⁴

Seriam extensões, de tal pensamento, as já conhecidas técnicas de análises de precedentes jurisprudenciais e de interpretação constitucional, a nulidade parcial sem redução do texto, interpretação conforme, *distinguishing* e *overruling*, por se fundarem na *ratio decidendi*, que pauta circunstâncias excepcionais as quais autorizam o afastamento da aplicação das normas que, em condições normais, seriam plenamente aplicáveis.

Enquanto direito fundamental social, a negociação coletiva deve-se pautar ao fim a que se destina, qual seja a pacificação do conflito coletivo.

Mas, em se tratando de momento de exceção, na qual o conflito coletivo cede espaço ao conflito unânime de combate à crise de saúde pública e à crise da garantia de emprego, o valor social da preservação do trabalho e da renda proveniente deste emprego - que garante ao trabalhador os demais direitos sociais previstos no artigo 6º da CRFB - deve prevalecer face ao direito social da negociação coletiva, quando não houver viabilidade temporal de se aguardar a manifestação dos entes coletivos.

nais. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais#sdfootnote3sym> >. Acesso em: 11 abr. 2020.

¹³ Ibidem.

¹⁴ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O Conceito de Derrotabilidade Normativa*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2009.

Conclusão

Dentre suas diversas funções (jurídica, social, política, econômica), a negociação coletiva de trabalho é instrumento de estabilização social, por propiciar um equilíbrio nas relações jurídico-laborais (entre patrão e empregado); de ordenação da distribuição de riquezas e de flexibilização de direitos, permitindo adaptações no quadro social da empresa, sobretudo em momentos de crise social e econômica; sem se falar, obviamente, em seu potencial genuíno de criar normas jurídicas, aprimorando as condições de trabalho (artigo 114, §2º, CRFB), ou modificando-as, mediante a redução/supressão de direitos (flexibilização), nos termos delimitados pela Constituição, funções essas que revelam o seu potencial mitigador dos efeitos deletérios de crises sociais e econômicas.

Em última análise, importa dizer que não se deve perder de vista o princípio do valor social do trabalho, de modo que a continuidade e estabilidade na prestação de serviços, em condições de dignidade humana, é fator indispensável à paz social e, ao mesmo tempo, legitimador da ordem econômica (artigo 170, CRFB).

Vale ressaltar, entretanto, especialmente em cenários de caos social e econômico, a necessidade de se adotar os direitos fundamentais como baliza para a proposição de soluções, exurgindo como critérios orientadores os da necessidade, adequação e da proporcionalidade, quando da aplicação da justiciabilidade no desafio da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse desiderato, e considerando-se o panorama da pandemia provocada pelo novo coronavírus, vislumbra-se que a adoção de políticas de preservação de postos de trabalho, mediante a possível “redução” proporcional dos salários, é medida justificável como forma de dar efetividade ao direito fundamental do pleno emprego (artigo 170, VIII, CRFB), por estar alinhada à preservação da dignidade do trabalhador, que tem mantidos o seu emprego e, ao menos em parte, o seu salário.

Crucial ter-se sempre em vista que, em sendo o trabalho a base do sistema econômico e o principal fator de produção, a busca do pleno emprego pressupõe a valorização do trabalho humano, consoante prevê o artigo 170, *caput*, CRFB.

Malgrado as diversas inconsistências e questionamentos críticos que poderiam ser feitos às MP 927 e 936, notadamente no que tange à dispensabilidade da negociação coletiva, o Estado tem envidado esforços ao buscar garantir uma renda mínima aos trabalhadores atingidos pelos efeitos deletérios da crise pandêmica, por meio de políticas que asseguram a subsistência material dos

trabalhadores, diante do estado de emergência e calamidade pública.

Consistem as medidas provisórias de redução de jornada proporcional ao salário e de suspensão contratual em alternativas colocadas à disposição do empregador e, quiçá, de toda a sociedade, a fim de se evitar ao máximo a dispensa coletiva, o que, de fato, seria o cenário mais indesejado, tanto no ponto de vista social, posto que colocaria em risco a subsistência de milhares de trabalhadores, quanto no ponto de vista econômico, visto a grave recessão que tal contexto anunciaria.

Enquanto direito fundamental social, a negociação coletiva de trabalho não deve ser restringida ou suprimida, mas incentivada, visto que a sua prática, sobretudo para celebração de Acordo Coletivo de trabalho, ainda que com seus requisitos formais flexibilizados, atende mais adequadamente às necessidades específicas de cada categoria econômica e também da empresa, resultando, assim, em maiores chances de manutenção da condição social do trabalhador, mediante o possível ajuste de concessão futura de eventuais benefícios compensatórios.

Forçoso reconhecer, contudo, que tal direito não é incondicional. Havendo dificuldades temporais e de logística, tais como a impossibilidade fática de agremiação, urgência na necessidade de paralisação e/ou redução das atividades e não configuração de conflito coletivo em sentido estrito, justifica-se o tratamento excepcional, ante a necessidade de se assegurar os demais direitos fundamentais, considerando a adequação do diálogo das organizações de empregadores e de empregados como autores sociais das soluções, relativizando, temporariamente, a premissa maior da negociação coletiva.

Cuida-se, portanto, de conjuntura de tamanha complexidade jurídica, que, enquanto perdurar, requer a prática da ponderação de valores, conduzida pela racionalidade argumentativa, com vistas a salvaguardar o maior feixe possível de direitos fundamentais, notadamente aqueles que sejam mais intrinsecamente relacionados à preservação da dignidade humana do trabalhador, valor supremo universal em que se fundamenta o sistema jurídico constitucional brasileiro.

Referências bibliográficas

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *ILO Monitor 2nd Edition: Covid-19 and the world of work. Updated estimates and analysis.* 07 April 2020. Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_740877.pdf .> Acesso em: 09 abr. 2020.

MENDES, Gilmar. *Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais.* Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais#sdfootnote3sym> >. Acesso em: 11 abr. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Ordenamento jurídico trabalhista.* São Paulo: LTr, 2013.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Negociação Coletiva de Trabalho nos Setores Público e Privado.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas.* São Paulo: LTr, 2007.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O Conceito de Derrotabilidade Normativa.* Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2009.

SALÁRIO DIFERIDO OU EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

Deferred wage or compulsory loan

Área: Trabalho. Salário diferido.

Luciana Carneiro da Rosa Aranalde¹
Mestre em Direito do Trabalho

Marcel de Ávila Soares Marques²
Especialista em Direito e Processo do Trabalho

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar os conceitos de salário, remuneração, décimo terceiro salário e adicional de um terço de férias e a possibilidade de parcelamento de tais rubricas a partir das alterações introduzidas pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista). Avaliar-se-á, sob a nova perspectiva legal, as formas e a época de pagamento efetivo de tais parcelas além do projeto de lei em andamento no Congresso Nacional que viabiliza o pagamento parcelado dessas rubricas. Por último, tecer-se-á considerações sobre a nova regra inserida no texto da CLT, através do artigo 611-A que ao ampliar a autonomia da vontade das partes para dispor sobre o contrato de trabalho, estabeleceu a prevalência do negociado sobre o legislado.

PALAVRAS-CHAVE: Salário. Décimo Terceiro Salário. Terço de Férias. Parcelamento. Diferimento.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the concepts of salary, remuneration, thirteenth salary and additional one-third vacation and the possibility of splitting up such items from the changes introduced by Law 13.467 / 17 (Labor Reform). It will be evaluated, under the new legal perspective, the forms and the time of effective payment of such installments, in addition to the bill in progress in the National Congress that makes possible the installment payment of these items. Finally, considerations will be made about the new rule inserted in the text of the CLT, through article 611-A which, by expanding the autonomy of the parties' will to dispose of the employment contract, established the prevalence of the negotiated over the legislated.

¹ Professora e Advogada trabalhista.

² Professor e Juiz do Trabalho.

KEYWORDS: Salary. Thirteen first salary. Vacation Rosary. Installment.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Salário e remuneração. 1.1 Décimo terceiro salário. 1.2 Férias e adicional de um terço. 2. Salário diferido ou empréstimo compulsório. 3. Possibilidade de parcelamento. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O vínculo empregatício é sustentado por alguns pilares, sendo que a legislação trabalhista traz expresso no artigo 2º, da CLT (Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943), que é considerado empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço”. Já o artigo 3º, do mesmo diploma legal, define que empregado “é toda a pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”.

Como toda e qualquer relação, aquela existente entre empregados e empregadores é regida por deveres e obrigações. A principal obrigação por parte do empregado é fornecer e disponibilizar sua força e tempo de trabalho. Em contrapartida, as principais obrigações do empregador é remunerar, ou seja, pagar o salário pelo trabalho prestado, e disponibilizar trabalho.

Disponibilizar trabalho significa possibilitar a prestação de serviços, pois impossível caracterizar-se tal vínculo na hipótese de o empregador contratar um empregado para deixá-lo parado, sem trabalhar, situação já definida pelo conhecido jargão popular “deixar o empregado na geladeira”, com o objetivo, por exemplo, de impedir o acesso de seus concorrentes à mão-de-obra daquele empregado específico. Tal situação não se confunde com o contrato de trabalho intermitente, onde o empregador contrata um empregado para que possa convocá-lo, conforme sua necessidade, autorizando o contratado a se manifestar alegando sua indisponibilidade.

Como visto, tanto no artigo legal que define a figura do empregador, quanto naquele que define a figura do empregado consta a figura do pagamento e consequente percepção do salário. A onerosidade, portanto, é requisito essencial para configuração do vínculo de emprego.

Inegável que a principal obrigação do empregador é pagar a remuneração. Sabe-se da existência dos trabalhos voluntários, que tem legislação específica, mas além de ser um número reduzido de situações não é o alvo deste estudo.

O presente trabalho centrar-se-á na análise e debate do pagamento do salário, bem como no conceito e época de pagamento de dois institutos remuneratórios, quais sejam, décimo terceiro salário e adicional de um terço de férias. Debater-se-á a forma de pagamento e, principalmente, o momento do pagamento de cada uma dessas verbas.

Cumprir destacar que tais verbas figuram, frequentemente, no rol de pedidos das reclamações trabalhistas e constata-se, na maioria dos casos, o inadimplemento no decorrer do contrato de emprego, sendo esse um dos principais motivos que levam à judicialização quando do término da relação empregatícia.

O Conselho Nacional de Justiça relatou que, de janeiro a julho de 2019, as reclamações trabalhistas ajuizadas versavam 233.346 dos casos sobre décimo terceiro salário em 242.966 sobre as férias proporcionais, mostrando que são direitos habitualmente não satisfeitos regularmente pelos empregadores.³

Um dos objetivos do presente artigo é fomentar o debate quanto à possibilidade de garantir-se uma forma de pagamento mais efetiva de tais direitos, reduzindo o risco de seu inadimplemento, facilitando o cumprimento por parte do empregador e possibilitando um acesso mais constante e uniforme a esses valores pelos empregados.

1. Salário e remuneração

Maurício Godinho Delgado (2002, p. 645) define que “o contrato de trabalho é um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensurável”.

Através dessa definição, é possível constatar que a onerosidade é uma das principais características do contrato de trabalho e não poderia ser diferente, pois a sua consequência (pagamento de salário) é que permite a inserção do trabalhador no moderno sistema econômico, garantindo a sua conexão ao processo produtivo.

O objeto do contrato de trabalho é o dispêndio de energia humana de um agente em prol de outro. Exatamente por esse motivo, o pagamento do salário se caracteriza como a principal obrigação do empregador na esfera do contrato de emprego, afinal não é possível devolver ao empregado a energia que dispendeu na consecução de certa atividade, além de ser inegável que a remuneração pelo

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

serviço prestado também é responsável por “girar a roda” da economia, pois é através dela que o cidadão consegue ter acesso aos bens de consumo para a sua subsistência, fomentando, assim, o processo produtivo, a circulação de riqueza e a melhoria das condições sociais.

O artigo 457 da CLT (Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943) conceitua salário como a contraprestação do serviço devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado. Já o conceito de remuneração é mais amplo, nele inserido, além do salário, todos os demais valores recebidos, ainda que disponibilizados por terceiros, como, por exemplo, as gorjetas.

Destarte, os conceitos de remuneração e salário mais utilizados pela doutrina e pela jurisprudência é no sentido de que “a remuneração é o gênero das parcelas contraprestativas devidas e pagas ao empregado e salário é a espécie mais importante de tais parcelas, sendo esta paga diretamente pelo empregador” (BARROS, 2009, p.733).

A própria CLT (Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943) faz tal distinção ao estabelecer, em seu artigo 457, que “compreende-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”. As gorjetas são valores dispensados por terceiros ao empregado e, mesmo não sendo pagas diretamente pelo empregador, não caracterizando, assim, espécie salário, integram o gênero remuneração.

Importante a distinção entre salário e remuneração, pois os institutos, que serão tratados neste trabalho, utilizam a remuneração como base de cálculo do chamado salário diferido, ou seja, tanto o décimo terceiro salário como o terço adicional de férias serão calculados com base na remuneração.

Maurício Godinho Delgado (2002, p. 695) doutrinou acerca da influência do salário no cálculo de demais verbas ao explicar o “efeito expansionista circular dos salários”, que é a sua aptidão de produzir repercussões sobre outras parcelas trabalhistas e, até mesmo, de outra natureza, como ilustrativamente, a de cunho previdenciário.

Quanto ao pagamento efetivo do salário, o artigo 459 da CLT (Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943), prevê que o seu pagamento, “qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a um mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações”. Tal previsão legal é complementada pelo previsto em seu §1º, que estabelece a época do pagamento, definindo que, “quando o pagamento houver sido estipulado por

mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido”.

Assim, a legislação definiu expressamente uma data limite para o empregador cumprir a sua principal obrigação junto aos seus trabalhadores, qual seja, pagar-lhes o salário. A estipulação do pagamento até o quinto dia útil permite ao empregado e ao empregador organizar suas movimentações financeiras, facilitando, assim, o controle contábil da empresa e a administração doméstica dos empregados.

Uma prática constatada nas relações de emprego é o pagamento de um “vale”, no valor de 50% do salário, próximo ao vigésimo dia do mês, e o restante até o quinto dia útil. Diversas Convenções Coletivas já negociaram tal previsão e a jurisprudência já pacificou o assunto quanto à possibilidade da alteração da data do pagamento do salário, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 159, da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, que giza “diante da inexistência de previsão expressa em contrato ou instrumento normativo, a alteração de data de pagamento pelo empregador não viola o art. 468, desde que observado o parágrafo único, do art. 459, ambos da CLT.”

Assim, o pagamento do salário é a principal obrigação do empregador, devendo ser efetivado, por determinação legal, até o quinto dia útil de cada mês. O salário é pago em todos os meses em que o contrato de emprego não esteja suspenso, destacando que, nos casos de interrupção, por exemplo, descanso semanal remunerado e férias, o pagamento do salário permanece inalterado, ou seja, o empregado sabe que nos doze meses do ano receberá o seu salário até o quinto dia útil.

1.1 Décimo terceiro salário

O décimo terceiro salário, também chamado de gratificação natalina, é um direito trabalhista constitucionalmente garantido. A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) previu expressamente, em seu artigo 7º, inciso VIII, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais o décimo terceiro salário, com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria. Como já mencionado acima, o décimo terceiro salário tem como base de cálculo a remuneração do empregado.

Tal instituto foi estabelecido pela Lei 4.090 de 1962, regulamentado pelo Decreto 57.155, de 1965, com acréscimos introduzidos pela Lei 4.749 de 1965.

A figura da gratificação natalina tem origem em práticas concessivas

unilaterais pelo empregador, tendo, inicialmente, se consolidado por meio de negociação coletiva e, por fim, no ano de 1960, passou a integrar o arcabouço jurídico legal com a promulgação da Lei 4.090.

A Lei 4.090 estabelece em seu artigo 1º que “no mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial independentemente da remuneração a que fizer jus”.

A mesma legislação firmou que tal gratificação corresponderá a 1/12 (um doze avos) da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente, bem como que a fração igual ou superior a 15 dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.

Inegável que o décimo terceiro salário é um dos grandes direitos alcançados aos trabalhadores, aumentando consideravelmente (8,3%) a renda anual do empregado. Destaca-se que os valores, dispensados no décimo terceiro salário, em regra, retornam imediatamente para a economia, seja no adimplemento de dívidas já consolidadas, seja na aquisição de novos bens de consumo.

Destaca-se que o instituto do décimo terceiro salário também está previsto na legislação de diversos outros países, como, por exemplo, Argentina, Uruguai, México, Portugal, Espanha e Itália.⁴

O Decreto 57.155 de 1965 estabeleceu os critérios de data de pagamento da gratificação natalina, estipulando que a disponibilização dos valores deve ser realizada até o dia 20 de dezembro do ano corrente. Autorizou, também, o empregador fazer um pagamento, de uma só vez, entre fevereiro e novembro, de cinquenta por cento do valor do salário do mês anterior, como adiantamento de tal direito. Por fim, também previu a possibilidade de o pagamento desse adiantamento quando das férias do empregado, desde que este tenha requerido no mês de janeiro do ano correspondente.

Inegável a natureza salarial do instituto, tanto que o Supremo Tribunal Federal já editou súmula (688) declarando a legitimidade da incidência da contribuição previdenciária sob tal parcela. Além disso, a natureza salarial também o faz devido nas rescisões contratuais. Quando a rescisão contratual ocorre antes de completar um ano de contrato, o pagamento do décimo terceiro salário é devido de forma proporcional, na fração de um doze avos para cada mês

⁴ DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=D%C3%A9cimo_terceiro_sal%C3%A1rio&ol-did=56579744>. Acesso em: 28 out. 2019.

em que o empregado tenha trabalhado mais de 15 dias.

A lei prevê, entretanto, que nos casos de resoluções contratuais, ou seja, rescisões por justa causa do empregado, tal parcela não é devida pelo empregador.

O Tribunal Superior do Trabalho já pacificou o entendimento de que integram a base de cálculo do décimo terceiro salário as verbas recebidas *in natura*, as gorjetas, adicionais habituais de horas extras, adicionais noturnos, de insalubridade, de periculosidade e de transferência.

O pedido de pagamento integral ou parcial de gratificação natalina consta das inúmeras reclamações trabalhistas, diariamente ajuizadas nos Tribunais Regionais do Trabalho, distribuídos no território nacional. Tais ações indicam que, em muitas situações, o empregador não quita a parcela apenas no último ano de contrato, quando do pagamento das verbas rescisórias, mas também nos demais anos de duração do contrato de emprego.

O que se pode constatar, enfim, é que o empregado fica sujeito à vontade do empregador pelo pagamento do décimo terceiro salário, só realmente tendo plena certeza do seu recebimento no dia 20 de dezembro de cada ano, quando do efetivo pagamento da verba. Nos casos de não recebimento, o empregado pode se ver compelido a só ter acesso à parcela se ajuizar uma reclamação trabalhista e obter um provimento judicial favorável determinando o seu pagamento e o executando.

1.2 Férias e adicional de um terço:

A definição de férias para Maurício Godinho Delgado (2002, P. 952):

lapso temporal remunerado, de frequência anual, constituído de diversos dias sequenciais, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias e de sua inserção familiar, comunitária e política.

As férias são um típico instituto de interrupção do contrato de trabalho, onde a obrigação principal do empregado, de disponibilizar sua força e seu tempo de trabalho, encontra-se paralisado por tempo determinado, porém, todas as demais obrigações das partes permanecem intocáveis, inclusive o pagamento de salário.

As férias não têm como interessado exclusivo o próprio trabalhador, tal instituto também tem fundamento em considerações e metas relacionadas à política de saúde pública, bem-estar coletivo e respeito à própria construção da cidadania (DELGADO, 2002, p. 952).

Tal direito tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), conforme artigo 7º, inciso XVII, bem como na CLT (Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943), em seus artigos 129 ao 153, regulamentando-o.

As férias devem ser gozadas nos doze meses seguintes, ao término do período aquisitivo, ou seja, o empregado trabalha todo o primeiro ano e no segundo ano de contrato deve gozar as férias referentes ao ano anterior e assim sucessivamente. O período de doze meses trabalhado pelo empregado é chamado de período aquisitivo e os dozes meses subsequentes, no qual o empregador deve conceder as férias, é chamado de período concessivo.

A Constituição Federal de 1988 garante, ao empregado, o pagamento do salário normal acrescido de um terço, ou seja, um terço a mais do que o salário mensal normal. Tal instituto tem o intuito de possibilitar que o empregado, ao sair de férias, tenha algum valor que lhe possibilite usufruir alguma forma de lazer.

O artigo 145, da CLT, determina que o pagamento da remuneração das férias será efetuado até dois dias antes do início do respectivo período. O período de concessão das férias será aquele que melhor consulte os interesses do empregador, conforme previsto no artigo 136, da CLT. Esses dispositivos legais estipulam precisamente o dia do pagamento do adicional de um terço do salário referente ao período das férias, bem como a fruição de acordo com os interesses do empregador.

Assim como, no caso do pagamento do décimo terceiro salário, o empregado fica na expectativa do pagamento das férias, da efetiva fruição do descanso e, ainda, do recebimento do adicional de um terço.

2. Salário diferido ou empréstimo compulsório

As figuras, que integram o complexo remuneratório do empregado, têm previsão legal estipuladas à época do seu pagamento. O salário é pago, em regra, mensalmente, o décimo terceiro salário é pago anualmente, até dia 20 de dezembro, e o adicional de um terço das férias deve ser pago dois dias antes do início da fruição.

As definições com projeção de época para pagamento aproximam tais institutos do conceito de salário diferido. Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 374) explica que o salário diferido é o salário cujo direito é adquirido no presente, mas a utilização é projetada para o futuro. O mesmo autor (NASCIMENTO, 2014, p. 374) exemplifica com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, afirmando que é uma das figuras de salário diferido, ou seja, é um valor que pertence ao empregado, mas ainda não disponibilizado, pois a lei traz critérios específicos e objetivos para que o empregado tenha acesso, ou seja, os depósitos podem ter sido efetuados, porém, não liberados.

Para Arnaldo Süssekind (2002, p. 644), salário diferido se conceitua como aquele que é adquirido no presente, porém, será utilizado em momento posterior, ou seja, não é pago imediatamente ao empregado, mas em momento futuro.

É de conhecimento público que os empresários, ao analisar a contratação de um empregado, levam em consideração o custo anual que tal contratação agregará ao seu orçamento e, nesse custo, estão inseridos os valores do décimo terceiro salário e do adicional de férias, além da ausência de prestação de serviços no período de fruição do respectivo descanso.

Algumas Convenções Coletivas, bem como alguns empregadores tentaram negociar o pagamento de tais verbas mensalmente, ou seja, totalizar o valor do décimo terceiro salário e do adicional de férias, dividir por doze e pagar mensalmente junto com o salário.

Destaca-se que, nesses casos, não há que se falar em salário complessivo, instituto conceituado pela súmula 91 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que define ser nula cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender, englobadamente, vários direitos legais ou contratuais do trabalhador. Ou seja, o empregador não irá somar tais parcelas e nominá-las como salário ou remuneração no contracheque do empregado, pois o que se pretende é o pagamento de tais verbas, com suas específicas denominações e identificações no contracheque, de forma mensal e direta.

Do contrário, o empregado, até a efetiva percepção, fica, apenas, com a expectativa do recebimento de um direito já constituído, mesmo porque a partir do décimo quinto dia do mês, já faz jus ao décimo terceiro salário e às férias proporcionais.

Entende-se, então, que a manutenção desses valores em poder do empregador, que também ostenta o poder de decidir se irá pagar ou não quando

da chegada do período legal estipulado, nada mais é do que se não um empréstimo compulsório que o empregado faz ao seu empregador, empréstimo esse que não tem incidência de juros nem de correção monetária.

Explica-se. A lei estabelece que a partir do décimo quinto dia do mês de trabalho nasce ao empregado o direito de percepção do décimo terceiro salário, bem como do adicional de férias, tanto que nos casos de rescisão contratual, antes do término do primeiro ano de contrato o empregado recebe, dentre as verbas rescisórias devidas, o décimo terceiro salário proporcional e as férias proporcionais.

Então, considerando-se que o direito nasce nesse momento, o direito de receber os valores pecuniários decorrentes desse direito também nasce e seu consequente pagamento deveria ocorrer no mês imediatamente seguinte, porém, a lei expressamente postergou esse pagamento, caracterizando o salário diferido.

Cumpra destacar que, além de deixar esses valores na posse do empregador, postergando o seu recebimento no tempo, o empregado ainda assume o risco de, quando implementado o termo para o pagamento, o empregador simplesmente não o adimplir. Pondera-se que o não pagamento pelo empregador pode ser até mesmo justificado por eventual crise financeira, de modo que, quanto mais se posterga o prazo de pagamento, maior é o risco assumido.

Ocorrendo inadimplemento, só resta ao empregado a esperança de o empregador espontaneamente lhe pagar tal obrigação no decorrer do contrato de trabalho ou quando do pagamento das verbas rescisórias ou, não sendo o caso, por fim, vir a receber por meio de reclamatória trabalhista.

A propósito, não se vislumbra, salvo raras exceções, reclamatória trabalhista com contrato de emprego ativo, assim o empregado pode vir a ter acesso a tais verbas, unicamente, quando do término do contrato e após o ajuizamento, processamento, julgamento e execução de uma ação, que lhe garanta o direito de percepção do respectivo valor, além de poder ter alguma parcela coberta pelo manto da prescrição.

Ademais, não se pode perder de vista que o empregador poderá negociar um acordo judicial com parcelamento de tais verbas, quiçá em valor inferior ao realmente devido, sem esquecer que o próprio Código de Processo Civil autoriza o parcelamento da execução nos moldes do artigo 916 em até sete parcelas.

3. Do parcelamento

Diante do exposto, discute-se a possibilidade de parcelamento do pagamento dos valores devidos a título de décimo terceiro salário e adicional de um terço de férias. Os dois institutos possuem inegável natureza salarial, com previsão legal expressa quanto à época de pagamento, além do que são direitos alcançados, proporcionalmente, mês a mês.

Sendo assim, por que não possibilitar a percepção de tais valores de forma contínua e perene em todos os meses no decorrer do ano corrente?

Tal questionamento se mostra tão presente que, em 2019, foi apresentado um projeto de lei permitindo o parcelamento do décimo terceiro salário. O projeto de lei 5.337/2019 prevê a inserção do §4º, no artigo 1, da Lei 4.090 de 1960, facultando ao empregador e ao empregado, mediante acordo formal, parcelar o décimo terceiro salário em até 12 meses. Tal projeto, já estipula, inclusive, que os descontos previdenciários e fiscais deverão ser recolhidos mensalmente. Atualmente, o projeto está em trâmite na Câmara dos Deputados, tendo sido determinado pela Mesa Diretora que se crie uma Comissão Especial, para analisar a matéria, em novembro de 2019.

A justificativa apresentada no projeto de lei é de clareza ímpar, o pagamento do décimo terceiro salário em duas parcelas, por muitas vezes, onera o empregador de forma demasiada, levando, em grande parte dos casos, ao inadimplemento.

Afirma que o número de vendas não aumenta proporcionalmente, nesse período do ano, e acaba causando um desequilíbrio nas contas da empresa. Ademais, o aumento de vendas se restringe ao comércio e a uma parte específica da indústria, de modo que essa injeção financeira não é uma realidade para os demais trabalhadores.

Nesse contexto, a possibilidade de parcelamento é um anseio tanto dos empregados quanto dos empregadores, porém, até este momento, a lei só prevê a possibilidade do pagamento em duas parcelas.

Quanto ao adicional do terço das férias, o pagamento é previsto única e exclusivamente até dois dias antes do início do *gozo*. Também, neste caso, deveria ser possibilitado o parcelamento de tal verba no decorrer do ano: de um lado, proporcionando antecipadamente o acesso a tais valores pelo empregado; e, de outro, contribuindo como facilitador de gastos na contabilidade do empregador.

O acesso antecipado de tais parcelas autoriza, ao seu credor, definir o

destino conforme bem entender, podendo quitar dívidas, reduzindo taxa de juros, ou até mesmo investir, recebendo juros e correção monetária. É de simples constatação que a manutenção desses valores, em poder do empregador, só traz benefícios ao devedor, ou seja, ele fica em poder dos valores, investe conforme seu melhor entendimento e ainda decide se irá (ou não) pagar corretamente no momento determinado pela lei, ou seja, é ilógico não autorizar a antecipação de tal pagamento no decorrer dos meses.

Destaca-se que a Lei 13.467 de 2017 - Reforma Trabalhista, inseriu algumas alterações na legislação laboral, inclusive previu expressamente a prevalência do negociado sobre o legislado.

O artigo 611-A, com redação dada pela Lei 13.467, estabelece que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei e apresenta um rol exemplificativo de direitos, que podem ser alvo da negociação coletiva, com prevalência sobre o legislado.

Já o seu artigo 611-B reconhece a ilicitude de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente quando suprimir ou a reduzir os direitos ali listados, estando, dentre eles, o valor nominal do décimo terceiro salário e o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

O parcelamento de tais verbas não caracteriza, de forma alguma, supressão ou redução do décimo terceiro salário nem do adicional do terço de férias, pelo contrário, possibilita a transferência de renda de forma mais imediata e constante ao empregado, aumentando o seu rendimento mensal, estimulando o consumo e a organização financeira familiar.

Tal possibilidade, conforme previsto no projeto de lei 5.337/2019, em eventual negociação coletiva que possa a vir surgir nas entidades sindicais, pode autorizar ao empregado e ao empregador negociarem a possibilidade de parcelamento.

A situação transfere aos protagonistas da relação jurídica empregatícia a possibilidade de negociarem entre si, conforme os seus interesses, a disposição dos valores devidos. O empregado tem que ter autoridade sobre os seus direitos, podendo negociar a forma de seu recebimento. O artigo 7º da CF/88 (BRASIL, 1988) deixa claro que o rol de direitos ali listados se acrescem daqueles que visem à melhoria de sua condição social; então, se entender que a percepção de tais verbas, proporcionalmente por meio de pagamento mensal, acarreta melhoria em sua condição social e, não sendo alvo específico de ilicitude ou de proibição

de negociação, cabe avaliar e autorizar tais situações.

Não se pode esquecer que, quem tem que deter o poder de autorizar o parcelamento ou requisitar que o pagamento seja assim realizado, é o seu credor, ou seja, o empregado. Sendo assim, a lei ou as convenções coletivas podem estipular que o empregado possa requerer o pagamento parcelado do décimo terceiro salário e do seu terço adicional de férias, nos moldes do artigo 143, da CLT, que, ademais, faculta ao empregado converter 1/3 do período de férias em abono pecuniário, sendo um direito potestativo do empregado, cabendo apenas a comunicação ao empregador.

Por fim, o argumento de que tal pagamento parcelado dificultaria o recebimento dos valores adiantados pelo empregador nos casos de despedida por justa causa, situação em que não são devidos o pagamento do décimo terceiro e, das férias proporcionais, não pode ser impedimento. Primeiro, porque os casos de resolução contratual, por culpa do empregado, acontecem em número consideravelmente reduzido e, segundo, porque é possível que a negociação coletiva preveja o desconto de tais parcelas das verbas rescisórias, respeitado o limite de uma remuneração. Aliás, inclusive, a MP 927/2020 que trata da concessão de férias no período de pandemia da COVID-19, previu a possibilidade de desconto do pagamento do adicional de férias nos casos de rescisão (Art. 10).

Não se pode esquecer de destacar que o pagamento parcelado facilitará, por fim, a quitação das verbas rescisórias nos casos de rescisão unilateral pelo empregador, pois o empregado já terá recebido parte de tais valores, devendo o empregador pagar apenas a proporção do mês trabalhado e de eventual aviso-prévio proporcional.

Considerações finais

Diante de todo o exposto, conclui-se que a ausência de autorização legal para o pagamento parcelado dos valores de décimo terceiro salário e do adicional do terço de férias, no decorrer do ano corrente, impedia que empregados e empregadores negociassem tal situação.

Os benefícios do recebimento parcelado de tais verbas é patente, facilitando a inclusão de tais valores na contabilidade do empregador e permitindo ao empregado destiná-los, conforme suas necessidades.

A Reforma Trabalhista estipulou expressamente a prevalência do negociado sobre o legislado e abriu portas para que empregados e empregadores

negociem tal parcelamento. Cabe, portanto, aos sindicatos se atentarem para essa possibilidade e visualizarem que negociações desse jaez contribuirão não só para a melhoria da condição social do trabalhador, como também, no contexto geral, para o fortalecimento e crescimento da classe econômica, com a consequente manutenção e até ampliação do quadro de empregos, aqui, diga-se, mais uma vez, em inegável retorno benéfico à classe operária.

A existência de um projeto de lei, prevendo o parcelamento do décimo terceiro, deixa claro que a sociedade também tem interesse nessa opção.

Conclui-se que, a partir da “autorização” legislativa os protagonistas da relação de emprego, em conjunto com as respectivas entidades sindicais representativas, poderão passar a negociar tal possibilidade. Releva destacar que, ao negociar, sejam abordados todos os pontos que o parcelamento pode vir a afetar, a exemplo dos recolhimentos previdenciários e fiscais e eventuais descontos dos adiantamentos, em caso de rescisão por justa causa.

Destaca-se, por fim, o entendimento de que a possibilidade de parcelamento dessas verbas deva ser uma opção do empregado, de forma que a lei e as negociações coletivas autorizem o empregado simplesmente a optar, sem prejuízo da previsão legal atual de recebimento, que é até o dia 20 de dezembro quanto ao décimo terceiro salário e até dois dias antes no caso do adicional de férias.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5,452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Lei n.º.4.090, DE 13 DE JULHO DE 1962*. Institui a Gratificação de Natal para os trabalhadores. Disponível em: < [http://www. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4090.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4090.htm) > . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 4.749, DE 12 DE AGOSTO DE 1965*. Dispõe sobre o Pagamento da Gratificação Prevista na Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4749.htm > . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm > . Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória 927, DE 22 DE MARÇO DE 2020*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm > . Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.337, DE 2019*. Altera a LEI Nº 4.090, DE 13 DE JULHO DE 1962 para permitir o parcelamento do décimo terceiro salário.
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 91. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, Precedentes Normativos – Brasília: CSG/SEG/TJDFT, 2016. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf> > . Acesso em: 23 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> > . Acesso em: 04 fev. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; Nascimento, Sonia Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. ed. 27. São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna; Segadas; Teixeira, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. ed. 19. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. Ver. e ampl. – São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho aplicado*, vol. 5: Livro da remuneração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOURA, Marcelo. *Consolidação das Leis do Trabalho para Concursos*. Salvador: Editora Podium, 2011.

MACHADO DE ASSIS, THE LAW AND THE LAWYERS

Machado de Assis, o direito e os advogados

Área: Direito. Literatura.

Gentil de Faria

¹São Paulo State University – Unesp

ABSTRACT: Machado de Assis' fiction, novels and short stories, abounds with legal terms and allusions. The number of lawyers and bureaucratic staff is impressive. Advocacy is by far the profession most exercised by the numerous characters, followed by politicians and members of the Church. In a rather unequal slave society these métiers were preferred by the bourgeoisie of Rio de Janeiro for social ascension at any cost or means, whether lawful or not. Ironically the vast majority of this plethora of fictional characters is not endowed with good ethical and moral principles. In general, they are mediocre professionals and cunningly exploit their peers to take advantage of their credulity and good faith. For the purposes of this essay, I chose only two lawyers, or rather two law graduates, protagonists and narrators of the two of the most acclaimed novels of Machado de Assis: Brás Cubas and Bento Santiago, "Bentinho" for the family, and "Dom Casmurro" by nickname. Brás Cubas, the main character of Posthumous Memoirs of Brás Cubas (1881), is graduated in law from the prestigious University of Coimbra, where wealthy families used to send their children to study. But his tedium for academic life led him not to fulfill himself professionally. Bento, the protagonist of Dom Casmurro (1900) is also a bachelor of law without having any enthusiasm for the profession. Law and literature are closely intertwined in this novel. The titles of some chapters of the book evidence the interdisciplinary use of the blending of law and artistic creation: "The law is beautiful", "The private audience", "Oath at the well", "The treaty", "Third party claim

¹ Gentil de Faria é formado em Letras e Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Possui Mestrado e Doutorado em Literatura Comparada pela USP e título de livre-docência em Literatura Inglesa pela Unesp. É professor titular de Direito Constitucional Comparado e Literatura Comparada pela Unesp. Orienta dissertações de mestrado, teses de doutorado e supervisão de pós-doutoramento na área de Direito e Literatura Comparada em curso de pós-graduação da Unesp. Fez pós-doutorado nas universidades de Konstanz (Alemanha), Stanford e Harvard. Lecionou nas universidades de Indiana (EUA) e Konstanz. É membro de várias instituições acadêmicas nacionais e estrangeiras. Escreveu cerca de 200 trabalhos científicos publicados no Brasil e no exterior. Suas atividades profissionais de advogado, professor e pesquisador concentram-se na área das Humanidades (Direito, Educação, Linguagens e Tradução).

proceeding”, “Legal papers”, “The speech”, etc. This aesthetic procedure demonstrates that Machado de Assis was very attentive to the shortcomings of the bachelors’ society of his time, writing with wit and irony two of the best novels ever produced in Brazil.

KEYWORDS: Machado de Assis, the law, novels, lawyers

RESUMO: A ficção, romances e contos de Machado de Assis está repleta de termos e alusões jurídicas. A quantidade de advogados e pessoal burocrático jurídico é impressionante. A advocacia é de longe a profissão mais exercida pelas numerosas personagens, seguida pelos políticos e membros da Igreja. Em uma sociedade escravista bastante desigual, essas ocupações eram preferidas pela burguesia do Rio de Janeiro em busca de ascensão social a qualquer custo ou meio, legal ou não. Ironicamente, a grande maioria dessa infinidade de personagens fictícias não é dotada de bons princípios éticos e morais. Em geral, elas são profissionais medíocres e astuciosamente exploram seus pares para tirar proveito de sua credulidade e boa-fé. Para os fins deste ensaio, escolhi apenas dois advogados, ou melhor, dois graduados em direito, protagonistas e narradores dos dois romances mais aclamados de Machado de Assis: Brás Cubas e Bento Santiago, “Bentinho” para a família e “Dom Casmurro” pelo apelido, respectivamente. Brás Cubas, a personagem principal das Memórias Póstumas de Brás Cubas (1881), é formado em Direito pela prestigiada Universidade de Coimbra, para onde famílias ricas costumavam enviar seus filhos para estudar. Mas seu tédio pela vida acadêmica o levou a não se realizar profissionalmente. Bento, o protagonista de Dom Casmurro (1900), também é bacharel em Direito sem entusiasmo pela profissão. Assim, Direito e literatura estão intimamente entrelaçados neste romance. Os títulos de alguns capítulos do livro evidenciam o uso interdisciplinar da mistura da lei e da criação artística: “As leis são belas”, “A audiência secreta”, “Juramento do poço”, “O tratado”, “Embargos de terceiro”, “Os autos”, “O discurso, etc. Esse procedimento estético demonstra que Machado de Assis estava muito atento às deficiências da sociedade de bacharéis de sua época, escrevendo com humor e ironia dois dos melhores romances já produzidos no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Machado de Assis. Direito. Romances. Advogados.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The Posthumous Memoirs of Brás Cubas. 3. Quincas Borba. 4. Dom Casmurro. Notes. Works Cited

1. Introduction

Machado de Assis (1839-1908) has always shown an abiding interest in the hypocritical attitudes of middle-class men and women, especially with regard to the exploitation of one another. The Machadian characters, in a general way, shrewdly deceive or are cruelly deceived by their peers. These dubious and misleading relationships entail the search for social ascension at any cost, regardless of whether the means used are unlawful or socially repressed. In this sense, marriage and inheritance, almost frequently depicted as a hidden dirty trick, become powerful tools for upward mobility.

For his conscious and mature themes, Machado de Assis is not a writer for the young people since they cannot grasp the meaning of the ironic and subtle tone with which are narrated the human miseries. They do not fully appreciate the richness of intertextuality that comes out in a profusion of references, quotations and literary borrowings taken from the bible and foreign authors, with a predominance of Shakespeare.

This bitter and pessimistic tone that emerges in Machado's work led the critic Mário de Andrade to write an essay on the occasion of the celebrations of the author's centenary of birth in 1949 in which he points out that "the Brazilian writer lacked Brazilian qualities", such as impetus of the soul, imprudence, gambling, outpouring, the naive taste of living, and exuberant cordiality.

Fearing negative reactions from the readers against his essay, Mário begins his text expressing hesitation in writing it because he was outlining a non-apologetic profile of the acclaimed writer,

Perhaps I should not write about Machado de Assis in these centenary celebrations ... I have for his genius a great admiration, for his work a fervent worship, but. I ask, reader, to answer the secret of your conscience; Do you love Machado de Assis? ... And this uneasiness makes me melancholic.²

For a long time the image of writer alienated from Brazilian problems persisted. From 2008, the year of another centennial, this time of death, Machado de Assis transcended national borders and reached the glory of being included

² Talvez eu não devesse escrever sobre Machado de Assis nestas celebrações de centenário... Tenho pelo gênio dele uma enorme admiração, pela obra dele um fervoroso culto, mas. Eu pergunto, leitor, pra que respostas ao segredo da tua consciência; amas Machado de Assis?... E esta inquietação me melancoliza (p. 87).

among the greatest writers of world literature of the nineteenth and twentieth centuries such as Flaubert, Henry James, Dostoevsky, Proust, Joyce, Kafka, Thomas Mann, etc. It took him one hundred years to be known outside the arena of Brazilianists. His works have received several translations in the most important languages of the world. In English, for example, only few of his texts still await translator, but the main works have already had more than one foreign version.³

In dealing with the weakness of human character, Machado de Assis surpasses the geographical boundaries of Brazil, although his novels and short stories have Rio de Janeiro city as setting. Being a carioca (the native born of Rio de Janeiro), he transcends the mere local colors of his contemporaries. Within a broad spectrum of themes and motifs found in his work, the interrelation of law with literature aroused deep interest in his intense activity of a prolific writer, and bears an extraordinary relevance in his writings.

There are countless lawyers in Machado's fiction. In this aspect, he proves to be aware of Brazilian social reality because Law graduates were predominant in the bourgeois society of his time. Politicians come next in quantity, followed by members of the Church. To study this fascinating theme in Machado's work, there is no need to go beyond the readings of the three best-known novels out nine he wrote: *The Posthumous Memoirs of Brás Cubas* (1881), *Quincas Borba* (1891), and *Dom Casmurro* (1900), published regularly over a period of ten years each.

2. The Posthumous Memoirs of Brás Cubas

Brás Cubas, the protagonist narrator, is graduated from Coimbra University, where the affluent families used to send their sons to study law. But he has no good memories of his school years,

The university was waiting for me with its difficult subjects. I studied them in a very mediocre way, but even so I didn't lose my law degree. They gave me it to me with all the solemnity of the occasion, following years of custom, a beautiful ceremony that filled me with pride and nostalgia – mostly nostalgia. In

³ All the short stories of the Brazilian writer were translated into a single 930-page volume entitled *The Collected Stories of Machado de Assis*, translated by Margaret Jull Costa and Robin Patterson, and published by Liveright Publishing Corporation, a division of W. W. Norton & Company, New York, in 2018.

Coimbra I'd earned a great reputation as a carouser. I was a profligate, superficial, riotous, and petulant student given to larks, following romanticism in practice and liberalism in theory, living with a pure faith in dark eyes and written constitutions. On the day that the university certified me, on parchment, a knowledge that was far from rooted in my brain, I must confess I thought myself hoodwinked in some way, even though I was proud. Let me explain: the diploma was a certificate of emancipation. It gave me freedom, but it also gave me responsibility. I put it away, I left the banks of the Mondego and came away rather disconsolate but already feeling a drive, a curiosity, a desire to elbow others aside, to influence, to enjoy, to live – to prolong the university for my whole life forward... (46; ch. XX).

The mere bookish learning of the legal sciences did not arouse in him the curiosity for debates on the human existence; only granted him a diploma at the end of a number of years required by the university statute. The passing of time was sufficient to receive the graduate degree. Only the passage of time was enough to reach graduation, for he had studied mediocresly, as he himself admits without embarrassment. His lack of interest in work and noticeable boredom over life intensified his apathy and inability to practice law, to perform the profession of lawyer chosen by his father: "You're going to Europe" ... "I want you to be a serious man, not a loafer and a thief" (38; ch. XVII).

The division of the inheritance left by his father is narrated in a dense dramatic form, following the structure of a scene upon the stage. After his father's death, Brás Cubas, who had lived in harmony with his sister Sabina, had become involved in ferocious and sarcastic oral litigation with her and Cotrim her husband. Instead of a fraternal fair division of each brother's share, the three characters in the scene do not agree. The three characters of the scene enter into a rough discussion and do not reach an agreement capable of restoring peace between them.

The scene is magnificently depicted by Machado de Assis in a remarkable sequence of a surprising game of proposals and refusals of goods and people such as the silver by two slaves, the country house by the town house, the carriage by the coachman. The division of the valuable silver, the most important part of the inheritance, for its workmanship, for its antiquity, and for the origins of its ownership was impossible because who would get the teapot and who would get the sugar bowl, etc.

Even the interference of their uncle, who had arrived after dinner, did not

calm the moods and lessen the greed of the contenders:

“My children,” he said. “Remember that my brother left a loaf large enough to be divided up for everyone.”

But Cotrim said, “I know, I know. But the question doesn’t concern the bread, it concerns the butter. I can’t swallow dry bread.

The division was finally made but peace wasn’t (80; ch. XLVI).

Cotrin, the narrator’s brother-in-law, is a hesitant character, whose personality oscillated from “profligacy to circumspection.” Ironically Brás Cubas uses Cotrin’s public reputation to give the reader his own impression: “People said he was tightfisted.” In fact, reading the scene of the division of the inheritance, the reader has no doubt that avarice was indeed a trace of Cotrin’s personality.

Using the technique of digressive and fragmented account, the dead narrator puts an end to his story when he was alive. His unrelieved tedium for academic life led him not to fulfill himself professionally. In the last chapter of the book, significantly entitled “On Negatives”, Brás Cubas has the sole comfort: the good fortune of not having to earn his bread by the sweat of his brow, and a final negative: “I had no children, I haven’t transmitted the legacy of our misery to any creature” (203; ch. CLX).

3. Quincas Borba

In some sense, Quincas Borba can be considered a continuation of Bras Cubas because the main features of its protagonist have already been introduced in an earlier novel. The writer acting as an intrusive narrator reminds the reader of the character’s previous appearance: “This Quincas Borba, in case you have done me the favor of reading the Posthumous Memoirs of Bras Cubas, is that very same castaway from existence who appeared there, a beggar, an unexpected heir, and the inventor of a philosophy” (8; ch. IV).

The leading motive of this novel is an inheritance with an eccentric condition. After the death of his friend Quincas Borba, Rubião comes to know he was named the testator’s sole heir under the single condition stated in the will that he should keep the dog, Quincas Borba, whose master had given him his own name because of the great love he had for the dog.

Rubião had the task to treat the dog as if he were not a dog, but a human being, and upon the dog’s death, “it is to be given decent burial in its own plot, which will be covered with flowers and sweet-smelling plants, and furthermore,

he has to disinter the bones of said dog after the suitable period and gather them together in a casket of fine wood, to be placed in the most honored place in the house” (22; ch. XIV).

Even before knowing the terms of the will, Rubião had already given the dog as a gift to his good friend Angelica. In the possession of the fortune, he decides to leave his provincial town Barbacena for Rio de Janeiro, “which he knew well, with its enchantment, movement, theaters everywhere, pretty girls dressed in the latest French fashions” (24, ch. XV).

On his trip to Rio de Janeiro city, Rubião meets the beautiful Sofia and her husband, Cristiano Palha, the fatal couple, whose friendship will cause him ruin. The meaning of their names provides a plausible explanation for their attitudes. “Palha” means “straw”, as such; he was a man of straw, that is, a man of apparent, but not real, power. “Sofia”, from Greek Σοφία, means “wisdom”, whose meaning will be ironically unveiled throughout the novel. Palha uses his wife to seduce Rubião in order to extort money from him. Rubião falls in love with her, but the dream adultery will never happen for his misfortune.

Rubião is deeply attracted to the seductive and clever Sofia, who flirts and teases him mercilessly. The episode in which she sends him a letter in a small basket with strawberries⁴ covered with a cambric handkerchief is very significant to the beginning of the protagonist’s moral collapse. Her pretty handwriting said:

I’m sending you these bits of fruit for lunch, if they arrive in time. And by order of Cristiano you’re invited to come and dine with us without fail. Your true friend,
Sofia⁵ (42; Ch. XXXII)

Those “adulterous strawberries” will awake Rubião’s carnal desires for Sofia who will keep him in a prudent distance from his sexual attempts. In one of the most poetic scenes of the novel, Sofia is seen cruelly refusing to behold the Southern Cross from the window he had asked her for. Acting as a true fatal woman, she does not love him but makes an effort to pretend she does.

Before leaving the provincial town of Barbacena, Rubião occasionally remembers the dog left with Angelica, and unpleasant thoughts come to his mind.

⁴ This scene reminds me of Othello’s first gift to Desdemona: a handkerchief spotted with strawberries stolen by Iago and used as a “proof” of her infidelity to the king. Shakespeare comes right after the Bible as the most influential source of Machado de Assis.

⁵ The reader will discover later in Chapter L that her husband had dictated the letter. She had limited herself to copying it down, signing it, and sending it off.

If some enemy kills or steals the dog he loses his inheritance. But a malicious interpretation of the law dissipates his fears:

“I’m not familiar with legal matters,” he thought, “but it seems to me that I’m not involved. The clause supposes the dog to be alive or at home. But if he runs away or dies
there’s no reason to invent a dog. Therefore the original intent... But my enemies are capable of chicanery. If the clause isn’t fulfilled...” (25; ch. XVI).

Through a tricky interpretation of the law, Rubião goes to the big city and becomes an inveterate money spender, who eventually will go mad and die miserably on the street.

Doctor Camacho, politician who “had no problem in lying”, is a lawyer, and the one who will foster Rubião downfall. Treating those in power with familiarity, to simulate influence, Camacho pressed for some appointments in the government but was not a learned man: “He had absolutely no concern for literature, the natural sciences, history, philosophy, or art. Nor did he have great knowledge of the law. He still retained a few things from school along with subsequent legislation and court procedures. With that he argued in court and earned money (82; ch. LVII).

When madness came upon, Rubião was left alone with his devoted dog in a little house rented by Palha. Trying to remember whether he had in any way offended his friends by word or deed, he goes to see his lawyer friend Camacho who pretends to read legal documents: “Camacho pulled back his leg to let him pass. He took down a volume of Ordinances of the Realm and leafed through it, jumping ahead, going back, idly, without finding anything, simply to get rid of the unwelcome visitor. But the unwelcome visitor stayed right there for that very reason, and they concealed glances at each other. Camacho went back to his libel suit. In order to read, sitting down, he leaned ways over to the left, where the light was coming from, turning his back to Rubião (249; ch. CLXXIX).

Towards a better understanding of Rubião’s tragic end, it is necessary to be acquainted with his philosophical conception of life, ironically called Humanitas that he learned from Quincas Borba. The struggle for survival is explained in terms of a hunger metaphor. The passage in which the philosopher usages the image of a crop of potatoes and two starving tribes fighting for the right to hold it as property is one of the most cited passages in the novel:

One of the tribes will exterminate the other and collect the spoils. This explains the joy of victory, anthems, cheers, public recompense, and all the other results of warlike action. If the nature of war were different, those demonstrations would never take place, for the real reason that man only commemorates and loves what he finds pleasant and advantageous, and for the reasonable motive that no person can canonize an action that actually destroys him. To the conquered, hate or compassion; to the victor, the potatoes (13; ch. VI).

According to Humanitas principle, the individual subsumes into the organic whole and therefore ceases to exist: “Individuals are those transitory bubbles” [in boiling water], says Quincas Borba, to conclude: “A bubble has no opinion”.

The motto “to the victor, the potatoes” is a recurrent theme throughout the novel and reflects the ironic usage of Darwin’s theory of natural selection applied to human beings. Life is a battlefield where only the fittest will survive and the weak and naïve, like Rubião, are manipulated and annihilated by superior and tricky people, like Palha and Sofia, true social climbers, who will be rich and enjoy the mundane pleasures of life.

In such context, Humanism is less important than Humanitas, where people appear as a false and deceitful creation. So, a dog can be more faithful friend than human beings. That is why Quincas Borba named his dog after him: “Since Humanitas, according to my doctrine, is the principle of life and is present everywhere, it also exists in the dog, so, therefore, he can have a human name, be it Christian or Muslim...” (9, ch. V).

Neglected and abandoned by his friends, Rubião flees from sanatorium and leaves for his old hometown Barbacena. He takes the dog along with him. In the small village he and his dog began to wander without any direction like two tramps until they fall asleep: “When they awoke in the morning they were so close together that they seemed glued to one another.” (268; ch. CXCVII). The wandering re-starts over and over again. They passes by old friend Angelica’s door, who gives them shelter and breakfast. Rubião tries to explain what had happened to him, but she begins to feel fear because she could not understand a thing, his facts and ideas were so confused. She excuses herself and goes to tell a neighbor woman that Rubião seemed to have lost his mind.

Before than an hour had passed great crowd of people were around looking on from the street: “To the victor, the potatoes!” Rubião shouted to

the onlookers. “Here I am, the emperor! To the victor, the potatoes!” (269; ch CXCIX).

The last two chapters of the novel give a moving account of what happened with the protagonist and his dog; their tragic ends. Rubião died completely insane suffering from the illusion of being an emperor:

Before the start of his death agony, which was short, he put the crown on his head – a crown that wasn’t even an old hat or a basin, where the spectators could touch the illusion. No, sir. He took hold of nothing, lifted up nothing, and put nothing on his head. Only he saw the imperial insignia, heavy with gold, sparkling with diamonds and other precious stones. The effort he made to lift his body up halfway didn’t last long and his body fell back again. His face maintained a glorious expression, however.

“Take care of my crown,” he murmured. “To the victor...”

His face grew serious, because death is serious. Two minutes of agony, a horrible grimace, and his abdication was signed (270; ch. CC).

After finishing reading the novel, the reader remains puzzled by the enigma: To whom the title of the novel refers to? The philosopher or the dog named after him? Either the man or the animal or even both can possibly be the correct answer. The narrator leaves to the reader the task of having a personal preference, undoing the apparent dichotomy between weeps and laughs. Both are perfectly acceptable within the context of the plot.

The final irony of the novel lies in the fact that Rubião lost the fortune not because the breaking of a will clause but for being betrayed and used by people he considered his loyal friends.

4. Dom Casmurro

As it occurs in *The Posthumous Memoirs of Brás Cubas*, the protagonist of this novel is a Bachelor of Laws, and also as Brás Cubas, he feels no enthusiasm for the profession. When he sees the diploma out of its case, while unpacking his trunk, he has the sensation of hearing an invisible fairy saying, “You will be happy, Bentinho; you are going to be happy.” This scene reminds him of the witches in *Macbeth*: “Thou shalt be king, Macbeth!”- “Thou shalt be happy, Bentinho!” By associating his fate with that of the Shakespearean character, Bentinho anticipates his own misfortune. He will not be happy, but will be deceived as it was Macbeth

by the predictions.

He will be not a good lawyer either, but will make money because of familiar friendships: “I was an attorney for several wealthy houses, and the cases were coming in. Escobar had contributed greatly to my beginnings in the law courts. He had intervened with a celebrated lawyer to have me taken into his office, and had arranged some retainers for me, all of his own accord”(195-196, ch. 104).

Having a lawyer as the omniscient narrator Machado de Assis is able to make full use of admirable interdisciplinarity of literature and law, noticeable in the abundance of legal terminology interwoven with the plot. Many chapters of the book have legal terms for titles, such as “Law is beautiful”, “The private audience”, “Oath at the well”, “The treaty”, “Third party claim proceeding”, “Legal papers”, among others.

Besides the protagonist, there is another lawyer in the novel, the widower Cosme, Bentinho’s uncle: “Formed for the serene functions of capitalism, uncle Cosme did not get rich in law courts: he made a living” (13; ch. 6). He was in criminal law. Having no children, and considered a failure with bitter spirit and pessimistic view of the world, his portrait is depicted as it follows:

He no longer went in for love affairs. They say that, as a young man, he was a devil with the women, besides being a hotheaded partyman. But the years had taken from him most of his ardor, both political and sexual, and his fat put an end to the rest of his ideas, public and specific. Now he merely performed the duties of his job, and without love. In his hours of leisure he looked on, or played backgammon. Now and again he made a witty remark (14; ch. 6).

The recurrent theme of inheritance appears in the novel with a subtle but very ironical aspect. Escobar, the narrator’s best friend since the years of seminary, whom Bentinho suspects to be his son’s father, named him substitute executor in the will: “He did not leave me anything, but the words that he wrote me in a separate letter were sublime in their friendship and esteem” (235; ch. 128).

There had been heated debates whether Capitu, the narrator’s wife, committed adultery. The novel is almost 120 years old and even today articles and essays appear on the press defending opposing theses. The ones who accuse Capitu believe in the narrator’s final report: “one thing remains and it is the sum of sums, the rest of the residuum, to wit, that my first love and my greatest friend,

both so loving me, both so loved, were destined to join together and deceive me...”(262-63, ch. 148)

The ones who defend Capitu say the narrator is self-centered and mystified, and as such unreliable. Feminism criticism shares the same idea, and points out that Bentinho embodied the stereotype of machismo.

I do not think the essence of the novel is whether Capitu is adulterous or not. But she cannot be convicted on a trial because the evidence against her is inconsistent, and there are no witnesses to support Bentinho’s plea. Everything he says comes from his fertile and witty imagination.

To sharpen the doubt that arises in the head of the reader, Machado de Assis writes a chapter titled “Othello” in which makes its protagonist watch the play of Shakespeare. On leaving the theater Bentinho started saying to himself that Capitu, like Desdemona in the play, was innocent. But when he arrives home he changes his mind and argues with Capitu and peremptorily claimed that the boy was not his son.

The enigma of Capitu is another of Machado de Assis’s many literary devices. Of all most known novels on adultery, namely *Madame Bovary* (Flaubert), *Anna Karenina*, (Tolstoy), *Cousin Bazilio* (Eça de Queiroz), *Dom Casmurro* is the only one to raise doubts in the reader about the woman’s adulterous behavior. The other three are very explicit in this regard: the wives commit adultery.

Notes

An earlier version of this essay was read at the XXII Congress of the International Comparative Literature Association – ICLA - held at the University of Macau, China, from July 29 to August 2, 2019.

Works Cited

Andrade, Mário de. Machado de Assis. Aspectos da literatura brasileira, São Paulo: Martins, 1967, pp. 87-105.

Machado de Assis. The Posthumous Memoirs of Brás Cubas, translated by Gregory Rabassa, Oxford UP, 1997.

---, Quincas Borba, translated by Gregory Rabassa, Oxford UP, 1998.

---, Dom Casmurro, translated by Helen Caldwell, The Noonday Press, 1991.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Seguem abaixo as normas para publicação na Themis Revista Jurídica:

Inédito: É necessário que o artigo seja inédito

Autores/titulação: Serão aceitos artigos produzidos por autores com titulação acadêmica stricto sensu (mestre ou doutores). Caso o interessado não possua tal titulação, poderá produzir o artigo em coautoria com algum destes.

Remessa do artigo para: paulobaria@fadac.com.br

Dúvidas: entre em contato conosco – Paulo Baria: (17) 3216.3472 ou WhatsApp: (17) 9.9739.4019

Regras para elaboração e formatação do artigo:

1. Título e subtítulo (se houver, devem ser separados por dois pontos): em português e inglês
2. Área e subárea do Direito
3. Autor e coautor
4. Qualificação do autor (e coautor) deve conter: nome, titulação acadêmica e profissional e e-mail que será divulgado.
5. Resumo em português e inglês (com 100 a 200 palavras cada), contendo o campo de estudo, o objetivo, o método, os resultados e a conclusão
6. Palavras-chave em português e inglês (5 para cada idioma)
7. Sumário (antes de iniciar o texto)
8. Texto com mínimo de 10 e máximo de 20 páginas
9. Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entrelinhas 1,5
10. Margens esquerda e superior em 3 cm, direita e inferior em 2 cm
11. Sistema de referências ao final do artigo, seguindo o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.
12. Eventuais figuras e tabelas devem ser inseridas no corpo do texto e não ao final
13. Notas devem ser inseridas no rodapé da página onde foi citada, em tamanho 10 e fonte Times New Roman
14. Pequena conclusão (no máximo 300 palavras)
15. Referências bibliográficas utilizadas no artigo
16. Serão aceitos artigos redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão.

17. As regras para publicação estão disponíveis no site da instituição: www.fathemis.com.br

A elaboração do artigo pelo convidado pressupõe exclusiva autoria (ou coautoria) e, com esta remessa, fica já autorizada a publicação do artigo, cujos direitos autorais serão cedidos, neste ato, à Revista Themis, de forma não onerosa.

A publicação do artigo fica ainda condicionada à aprovação irrecorrível do Conselho Editorial da Revista, que decidirá sobre eventuais questões omissas nas regras de publicação, observando-se o art. 23 do Regulamento da Revista.

Paulo Cesar Baria de Castilho
Editor Chefe



Nesta edição:

Bruno Henrique Castelo Branco Arena

Claudia Maria de Arruda

Fernanda Amabile Marinho de Souza Gomes

Gentil de Faria

João Paulo Vani

José Affonso Dallegrave Neto

Luciana Carneiro da Rosa Aranalde

Marcel de Ávila Soares Marques

Nelson Finotti Silva

Paulo Cesar Baria de Castilho

Renata Lázaro Alves da Costa

Talita Dartíbale Amado