

# conceito jurídico

ano IV | novembro de 2020 | nº 47



Luís Fernando Prado

2021: o ano da consolidação da  
privacidade nas empresas **Pág. 7**



 zakarewicz  
editora

## As proteções dos trabalhadores em plataformas digitais



### CONTEXTO

Maurício Bugarin

Leilões: A Teoria dos  
Jogos e o Prêmio Nobel  
de Economia de 2020



### TENDÊNCIAS

Michael França

De frente pro crime



### ENFOQUE

Chiavelli Facenda  
Falavigno

A assessoriedade  
administrativa do Direito Penal  
em tempos de Covid-19

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Anderson Couto do Amaral, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymier, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrichi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Líbero Penello Filho, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Diretor Geral:** André Luis Marques Viana

**Revisão:** ZK Editora

**Arte e Diagramação:** Charles Design

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3263-1362

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

**Revista Conceito Jurídico** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

comercial@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

  
zakarewicz  
editora





*Fabio Konder Comparato*

ARQUIVO PESSOAL

## O marco temporal das terras indígenas

***Não existe cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando estão em causa seus bens, sua honra ou sua vida.***

Montesquieu

**T**odos são iguais perante a lei. Assim declararam os revolucionários franceses de 1789 e assim repetiram as Constituições, mundo afora. Na realidade, porém, há sempre alguns menos iguais do que outros. É o que sucede entre nós com os indígenas.

Em carta ao rei de Portugal, em abril de 1657, o Pe. Antônio Vieira resumiu em que consistira, até então, a colonização dos índios no Brasil:

“Em espaço de quarenta anos se mataram e se destruíram por esta costa e sertões mais de dois milhões de índios, e mais de quinhentas povoações como grandes cidades, e disto nunca se viu castigo”.

Tornado independente em 1822, o Brasil permaneceu um país de economia essencialmente agrícola e de trabalho servil. Mas desde o início do século a Inglaterra, que passara a exercer internacionalmente poderes imperiais, não suportava mais a concorrência dos países do continente americano no comércio de produtos agrícolas. Sobretudo, porque seus dois maiores concorrentes nesse campo, Estados Unidos e Brasil, tinham uma economia fundada na escravidão.

Em 1831 o governo brasileiro, sob pressão da Inglaterra, promulgou uma lei que proibia a importação de escravos africanos. Tratou-se, porém, segundo a expressão consagrada, de uma lei só para inglês ver. Diante disso, a Inglaterra

resolveu passar dos acordos para a política da força. Em 1845, o parlamento britânico votou o *Bill Aberdeen*, que atribuiu à Marinha Real Britânica o poder de apreender em alto mar qualquer navio utilizado no tráfico negreiro. Não tivemos então outro remédio senão promulgar em 1850 a Lei Eusébio de Queiroz, que pôs fim ao comércio transatlântico de escravos e, duas semanas depois, a Lei de Terras, que consagrou entre nós a agricultura latifundiária.

Na discussão parlamentar desta última lei, o senador Costa Ferreira não hesitou em ressaltar o objetivo do diploma legal: “Existem nas províncias muitas terras, mas algumas não se acham demarcadas nem são beneficiadas, porque estão infestadas de gentios”

Hoje, nada menos do que a metade da zona rural brasileira é ocupada por propriedades com área superior a 2.000 hectares (20 quilômetros quadrados).

Pois bem, essa oligarquia latifundiária redobrou seu poderio ao se instalar na Chefia do Poder Executivo, apadrinhada pelo atual Presidente da República e seu Ministro do Meio Ambiente. Resta saber se o Poder Judiciário terá a dignidade de cumprir o seu dever, impedindo esse esbulho governamental.

Uma oportunidade para tanto é a decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar dentro em pouco o recurso extraordinário nº 1017365, no qual serão discutidos o sentido e o alcance do art. 231 da Constituição Federal:

“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis”.

Há alguma dúvida de que se trata de direitos fundamentais dos indígenas e, nessa condição, de direitos irredutíveis?

A mesma Corte Suprema, no entanto, ao julgar a questão da demarcação da terra indígena Raposa do Sol, decidiu que tal demarcação tem um “marco temporal”, que é a data em que a Constituição Federal em vigor foi promulgada; ou seja, 5 de outubro de 1988.

Tal decisão é claramente insustentável. Em primeiro lugar, porque mais de meio século antes, a Constituição Federal de 1934 já dispunha em seu art. 129: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Em segundo lugar, porque, em se tratando de preceito fundamental, não é o direito positivo que o cria; ele simplesmente o reconhece.

Como advertiu Montesquieu no *Do Espírito das Leis*, “não existe cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando estão em causa seus bens, sua honra ou sua vida”. ☒

# SUMÁRIO

3

COM A  
PALAVRA

**O marco temporal das terras indígenas**

Fábio Konder Comparato

7

ENTREVISTA

**2021: o ano da consolidação da privacidade nas empresas**

Luís Fernando Prado

10

DIREITO E  
BIOÉTICA

**Campanhas Públicas de Saúde**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

12

PAINEL DO  
LEITOR

**Os novos caminhos da inovação e empreendedorismo no Brasil**

Isabela Moreira Vilhalba

14

PLANEJAMENTO  
FINANCEIRO

**Outra versão de uma mesma história. Propaganda pode induzir a erro e dificultar a já difícil decisão de investimento**

Márcia Dessen

16

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**Condomínios e o PL 2510/2020 sobre denúncias de violência doméstica**

Janaina Môcho

19

PAINEL  
ECONÔMICO

**Imposto de renda negativo**

Roberto Luís Troster

22

DESTAQUE

**Piquenique à beira do precipício**

Ricardo Patah

24

CAPA

**A escravidão digital de teletrabalhadores e trabalhadores de plataformas digitais**

Vanessa Rocha Ferreira e  
Marcella Feijó Cruz

30

CAPA

**As proteções dos trabalhadores em plataformas digitais**

José Pastore

84

CIÊNCIA JURÍDICA  
EM FOCO

**Retratção nos crimes contra a honra cometidos por meios de comunicação**

Eduardo Luiz Santos Cabette

77

CONTEXTO

**Leilões: A Teoria dos Jogos e o Prêmio Nobel de Economia de 2020**

Maurício Bugarin

88

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

**Recomendações para a transição de mandato**

Fabiana Pascoaloto

96

ENFOQUE

**A assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de Covid-19**

Chiavelli Fazenda Falavigno

106

CINEMA E  
DIREITO

**O filme "Projeto Lázaro": Criogenia e direito à imortalidade como manifestação de última vontade**

Eloisy de Freitas Rodrigues e  
Tereza Rodrigues Vieira

116

IN VOGA

**A LGPD entrou em vigor: o que as empresas devem fazer agora?**

Gisele Truzzi

124

TENDÊNCIAS

**De frente pro crime**

Michael França

127

DOCTRINA

**Liberalismo e Democracia**

Nei Calderon

92

GESTÃO  
EMPRESARIAL

**A expansão do conceito de governança corporativa na era Pós-Covid**

Lucas Augustus Alves Miglioli

99

PORTAL  
JURÍDICO

**Advogado e contador – natureza singular do seu serviço. Vencida uma importante batalha**

Ivan Barbosa Rigolin

114

CONJUNTURA

**A importância do planejamento tributário a partir dos regimes de tributação**

Daniel Calderon

119

COMO DECIDEM  
OS TRIBUNAIS

**O reconhecimento pessoal e o seu valor probatório: A nova posição do Superior Tribunal de Justiça**

Rômulo de Andrade Moreira

142

PONTO DE  
VISTA

**Legalização do aborto e criminalização do estupro**

Betty Milan



ARQUIVO PESSOAL

*Luís Fernando Prado*

---

# 2021: o ano da consolidação da privacidade nas empresas

2020 chega ao fim como um ano extremamente atípico nos mais diversos campos, inclusive para a privacidade e proteção de dados. Ao mesmo tempo em que discutimos a necessidade da implementação de medidas de monitoramento de pessoas e coleta de dados de saúde para se evitar a proliferação do COVID-19, tivemos a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) entrando em vigor de forma um tanto quanto inesperada, já que muitos davam como certo que, assim como muitos de nossos planos, a lei ficaria para 2021. E para falar sobre a consolidação da privacidade e os desafios das empresas para o próximo ano, convidamos o Advogado, professor e mestre em Direito Digital pela Universidade de Barcelona, especialista em Propriedade Intelectual pela FGV-SP, Luís Fernando Prado. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que o Sr. pode nos falar sobre a Lei Geral de Proteção de Dados no Judiciário?*

**LUÍS FERNANDO PRADO** – No Judiciário, tivemos a proteção de dados sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como um direito constitucional fundamental, em claro sinal de atualização da jurisprudência daquele órgão, enquanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – aquele, que, por ironia do destino, sofreu grave ataque cibernético – aplicou tese (polêmica) de dano moral presumido em caso envolvendo compartilhamento de dados pessoais.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E no cenário brasileiro e internacional?*

**LUÍS FERNANDO PRADO** – No cenário brasileiro, tivemos a tão esperada nomeação e constituição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), enquanto que, no âmbito internacional, o acordo que instituiu mecanismo facilitado para transferência de dados pessoais da União Europeia aos Estados Unidos, Privacy Shield, foi anulado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – o que deixou muitas empresas multinacionais na berlinda da insegurança jurídica. Não bastasse tudo isso, a instituição forçada e urgente do *home office* para continuidade dos negócios fez com que os planejamentos de transformação digital das empresas fossem atropelados pela necessidade de momento, o que trouxe inúmeros desafios em termos de privacidade e segurança.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O ano de 2020 termina como um ano atípico, em função a pandemia, o que o Sr. pode nos falar sobre a privacidade de proteção com relação as empresas?*

**LUÍS FERNANDO PRADO** – Sem dúvidas, foi um ano complicado em termos de privacidade e proteção de dados – não só para as empresas privadas, mas também para órgãos públicos que, recentemente, sofreram drásticas consequências decorrentes de incidentes de segurança da informação. Houve, enfim, muitas novidades para serem acompanhadas, muitas mudanças a serem implementadas, muito investimento a ser feito e, diante da grave crise econômica, pouco orçamento (e tempo) disponível para o tema. Consequentemente, é compreensível que empresas cheguem ao final de 2020 sem o conforto que gostariam em matéria de privacidade e proteção de dados pessoais, mas, para 2021, é momento de mudança de chave.

**CONCEITO JURÍDICO** – *A partir de quando a ANPD poderá aplicar as sanções?*

**LUÍS FERNANDO PRADO** – Em 2021, a vigência da LGPD completará 1 (um) ano em setembro, sendo que, pouco antes, em agosto desse mesmo ano, a ANPD já poderá aplicar as sanções, que incluem multas significativas, suspensão de atividades e exclusão de dados. Vale lembrar que ANPD já está constituída e até agosto do ano que vem é esperada intensa atividade

por parte de tal órgão, especialmente na emissão de guias e orientações à sociedade (especialmente a empresas privadas ou públicas que tratam dados pessoais).

**CONCEITO JURÍDICO** – *Na sua visão, qual o paralelo da privacidade e proteção de dados e o investimento que as empresas devem fazer?*

**LUÍS FERNANDO PRADO** – Se as sanções a serem aplicadas pela ANPD ainda não preocupam todas as empresas, vale destacar que, cada vez mais, privacidade e proteção de dados vêm se mostrando temas decisivos para o desempenho das organizações. O último levantamento realizado pela Cisco, mostra que o retorno do investimento na matéria é, em média, 2.7, o que significa que os benefícios gerados para a empresa quando há investimento relevante em privacidade são quase três vezes maiores que o montante investido.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Com relação aos dados pessoais dos consumidores, qual será a tendência para o ano de 2021?*

**LUÍS FERNANDO PRADO** – Mesmo para empresas que não lidam diretamente com dados de consumidores finais, estudo recente da estadunidense Forrester sinaliza que a tendência para 2021 é de que atividades regulatórias e medidas legais (multas, condenações etc.) envolvendo privacidade dos empregados dobre de volume, especialmente porque, no contexto de crise, as empresas estarão cada vez mais interessadas no monitoramento de seus colaboradores, seja para fins de contenção da COVID, seja para medir intensamente desempenhos, o que passa, necessariamente, por aumento na coleta de dados na relação laboral. No Brasil, para além dos sabidos riscos na esfera trabalhista, a preocupação com o tema por parte de consumidores vem crescendo de maneira exponencial, o que pode ser comprovado por meio de simples busca em sites destinadas a reclamações em relações de consumo.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual o recado o Sr. deixa para nossos leitores?*

**LUÍS FERNANDO PRADO** – Independentemente do ramo de atuação, já não há mais espaço para enxergar privacidade e negócio como opostos: privacidade virou negócio. Daqui para frente, haverá cada vez menos espaço para estratégias com apelo comercial que deixem de considerar a privacidade como elemento chave. Portanto, nesse momento de fechamento de ano e planejamento do próximo, privacidade e proteção de dados são, sem dúvidas, assuntos que não podem ser deixados de lado pelas empresas. Seja para provisionar multas e condenações judiciais, seja para investir em diferenciais competitivos e garantir a saúde dos negócios, o tema merece espaço importante no planejamento dos orçamentos das empresas para 2021. 



# Campanhas Públicas de Saúde

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“O efeito da globalização fez com que o Estado se abrisse para sua comunidade interna e flexibilizasse muitas de suas funções e, dentre elas, as intervenções relacionadas com a área da saúde.”**

Interessantes as maciças campanhas lançadas para chamar a atenção de um maior número de pessoas da comunidade a respeito da realização de exames preventivos – indicados reiteradamente pela Organização Mundial da Saúde – e necessários para evitar determinadas doenças graves desde o seu início. Mal terminou o Outubro Rosa, para o diagnóstico precoce de câncer na mama e do colo de útero, e já vai se despedindo o Novembro Azul para a conscientização do diagnóstico preventivo do câncer da próstata, segunda causa de mortalidade por neoplasias.

Sem sombra de dúvidas a maior adesão é constatada entre as mulheres mesmo porque, com certa regularidade, frequentam ginecologistas desde a adolescência, com a realização dos exames recomendados rotineiramente. Com relação aos homens o programa, apesar de encontrar resistência inicial, já conta com uma acentuada adesão. E, pode-se dizer que, tanto para os homens como para as mulheres, se a doença for descoberta no início, há uma confortável margem de cura.

O avanço desmedido da biotecnologia proporciona a realização de exames sofisticados que perscrutam lado a lado os segredos das células que circulam nos corpos humanos, silenciosas e inatingíveis e transportam um roteiro genético imutável, uma missão a

ser cumprida de acordo com a programação do DNA, que estabelece todo o histórico de vida da pessoa.

Os exames recomendados para verificar a saúde da próstata são a análise sanguínea do PSA e o toque retal, para homens acima de 50 anos ou os que atingiram 40, quando há histórico de câncer na família e também homens negros, que são mais propensos a desenvolver esse tipo de câncer. Tanto é que o Ministério da Saúde instituiu no âmbito do SUS a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem.<sup>1</sup>

A pesquisa elaborada pelo Instituto Lado a Lado pela Vida – grupo de referência engajado na prevenção de doenças e saúde masculina – revelou que a Campanha Novembro Azul é conhecida por 94% dos entrevistados, mas entre os homens com mais de 40 anos quase a metade não tem o hábito de ir ao urologista.<sup>2</sup>

A Constituição Federal declara em seu artigo 196 que a saúde é direito de todos e aponta o dever do Estado de patrociná-la, compreendendo não só a saúde da mulher, que conta com um arsenal mais completo de recursos, como também a do homem, norteadas pelo princípio isonômico, tanto na ação preventiva como na de recuperação.

A modernização, aliada à aceleração social e ao dinamismo participativo, obrigaram o Estado a se aproximar do cidadão e a realizar práticas e políticas públicas com investimentos consideráveis na área da prevenção. O efeito da globalização fez com que o Estado se abrisse para sua comunidade interna e flexibilizasse muitas de suas funções e, dentre elas, as intervenções relacionadas com a área da saúde. Tal iniciativa demonstra que o gasto público é bem menor quando ajustado para a prevenção de doenças, principalmente aquelas consideradas graves, longas e que consomem recursos públicos vultosos. O novo arranjo dá um considerável alento ético e político para construir um alicerce sólido em favor das identidades pessoais e coletivas da comunidade.

A Organização Mundial da Saúde, por sua vez, define saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Assim, os programas de saúde no contexto coletivo são de vital importância, pois uma de suas metas é justamente promover o bem comum com a diminuição dos riscos para a saúde individual e coletiva, além do que cumpre o afirmativo constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não se pode, no entanto, obrigar o cidadão a se submeter aos exames de diagnóstico de câncer de próstata. O serviço deve ser oferecido, mas ele, no âmbito de sua autonomia da vontade – que é justamente o seu juízo de autodeterminação e decisão – é que irá decidir e se responsabilizar pela escolha feita. 

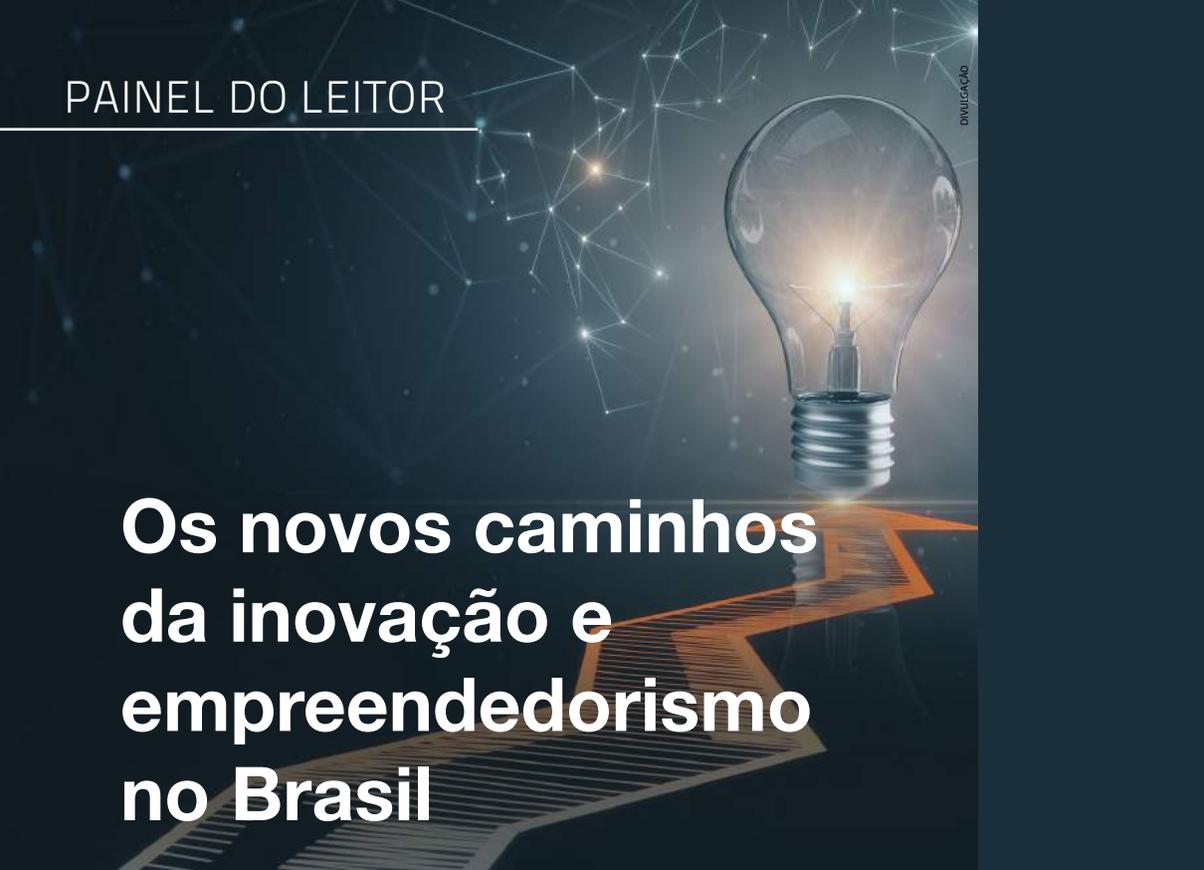
## NOTAS

1 [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1944\\_27\\_08\\_2009.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1944_27_08_2009.html)

2 <https://avozdaserra.com.br/noticias/campanha-foi-idealizada-e-lancada-no-brasil-pelo-instituto-lado-lado->



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em ciências da saúde, Advogado, sócio fundador do Escritório Eudes Quintino Sociedade de Advogados.



# Os novos caminhos da inovação e empreendedorismo no Brasil

■ POR ISABELA MOREIRA VILHALBA

**“As medidas indicadas nas normas recentemente publicadas ou apresentadas serão fundamentais para o desenvolvimento do empreendedorismo inovador brasileiro.”**

**N**os últimos dias, o Governo Federal vem realizando diversas ações focadas no estímulo da inovação e do empreendedorismo no País. O Decreto nº 10.534 de 28 de outubro de 2020 instituiu nova Política Nacional de Inovação, com a finalidade de estimular o aumento da produtividade e da competitividade das empresas e demais instituições que gerem inovação no Brasil, nos termos da Lei da Inovação (Lei nº 10.973/2004), e estabelecer mecanismos de cooperação entre Estados, Distrito Federal e Município para alinhamento das diversas políticas de fomento à inovação.

O Decreto ainda instituiu a Câmara de Inovação, destinada a estruturar e orientar a operacionalização dos instrumentos e processos necessários para implementação da Política Nacional de Inovação, incluindo, mas não limitado à Estratégia Nacional de Inovação, bem como definiu as diretrizes para as ações estratégicas de inovação.

Uma semana antes, o Governo apresentou o Projeto de Lei Complementar nº 249/2020, cujo objetivo é instituir o Marco Legal das *Startups* e do Empreendedorismo Inovador, e que, se aprovada,

trará uma gama de alterações, incluindo nova definição legal de *startups*, definição de regras para investimentos e aporte de recursos em *startups* (incluindo a atuação de investidor-anjo para as empresas que se enquadrem na nova definição de *startup*), permitir a contratação de *startups* pela administração pública em condições especiais, bem como o estabelecimento de *sandboxes* regulatórios setoriais pela administração pública.

Por fim, o BACEN, através da Resolução CMN nº 4.865 de 26 de outubro de 2020 estabeleceu as diretrizes para funcionamento do *Sandbox* Regulatório para inovações financeiras e de pagamento, bem como as condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto desse ambiente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, sendo o primeiro ciclo desse *sandbox* previsto para o primeiro semestre de 2021.

Não é de hoje que o Brasil tenta fomentar o ambiente de inovação nacional (a própria Lei da Inovação foi promulgada em 2004). Contudo, o volume de ações em curto período chama a atenção e demonstra um efetivo interesse do Governo Federal em obter desenvolvimento econômico do País através do efetivo suporte e fomento de iniciativas nacionais, resultando em benefícios à sociedade brasileira.

Ainda é muito cedo para afirmar que haverá efetiva mudança substancial do ecossistema brasileiro de *startups*. A Política Nacional de Inovação estabelece diversas diretrizes que ainda precisam ser objeto de ações efetivas, e apesar de algumas se referirem a temas abordados pelo projeto do Marco Legal das *Startups*, outras, incluindo a reavaliação das regulamentação brasileira sobre propriedade intelectual e criação de ferramentas para estimular a base de conhecimento tecnológico para inovação ainda precisam ser detalhadas.

Cumprе ressaltar que até mesmo a Lei Geral de Proteção de Dados determina a possibilidade de estabelecimento, pela Agência Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”), de normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados para que *startups* ou empresas de inovação se adequem à tal Lei, mas dado o atraso na efetiva implementação da autoridade, tais normas ainda não foram estabelecidas.

O Brasil possui cerca de 13.500 *startups* até o momento, de acordo com dados da Associação Brasileira de Startups. Esse número parece elevado, mas corresponde a aproximadamente 6.4 *startups* a cada 100.000 habitantes (em comparação, a Estônia, pequeno país báltico considerado um dos melhores países no mundo para empreender, possui uma concentração de 65 *startups* a cada 100.000 habitantes, considerando empresas abertas nos últimos 5 anos). O ecossistema brasileiro de *startups*, portanto, ainda tem muito espaço para crescimento.

As medidas indicadas nas normas recentemente publicadas ou apresentadas serão fundamentais para o desenvolvimento do empreendedorismo inovador brasileiro. Aguardamos com interesse os próximos passos para confirmação de que as expectativas do setor se tornarão realidade. 





## Outra versão de uma mesma história.

**Propaganda pode induzir a erro e dificultar a já difícil decisão de investimento**

■ POR MÁRCIA DESSEN

**“Como não se trata de investimento, a rentabilidade tende a zero, o produto tem carência, obriga o depósito do valor definido e pune resgates antecipados, devolvendo apenas parte do dinheiro “guardado”. Como um produto com essas características, omitidas na propaganda, pode realizar a lista de desejos sugerida?”**

**A**s plataformas de investimentos não se cansam de tentar convencer os milhões de brasileiros que investem na poupança a migrar para “produtos seguros, de resgate simples, com rentabilidade de verdade”, sem, entretanto, dizer quais são eles.

Tentam atrair os investidores criticando a concorrente – a poupança, em vez de argumentar a favor dos produtos que oferecem.

A fortuna de R\$ 1 trilhão depositada na poupança é um alvo cobiçado. Como somente os bancos e a Caixa podem captar recursos em poupança, essas instituições não conseguem abocanhar um pedaço dessa fortuna, a não ser que o próprio investidor decida sair da poupança.

O principal argumento, entre os muitos elencados, é o de que a poupança rende pouco. Alguns dizem que a rentabilidade é negativa, perde para a inflação, ignorando que há inúmeras aplicações na mesma situação.

Em uma carta de despedida, uma corretora coloca em dúvida a segurança da poupança ao mencionar o susto do confisco de 1989. Omite que o confisco bloqueou o acesso a todos os recursos, inclusive os depósitos em conta-corrente, deixando livres apenas as aplicações em Bolsa de Valores.

Tudo indica que a segurança é o fator-chave que motiva o investidor a permanecer na poupança, disposto a renunciar a alguma rentabilidade para se sentir mais seguro, em razão da rentabilidade positiva e constante e da garantia do FGC (Fundo Garantidor de Créditos).

Adicionalmente, a simplicidade do produto, a ausência de taxas e a isenção do Imposto de Renda formam um conjunto de atributos difíceis de substituir.

Muitas das alternativas “mais rentáveis” são, potencialmente, mais rentáveis. Entretanto, menos seguras e inadequadas para investidores de perfil conservador, com baixa tolerância a risco.

Ações, fundos de ações e fundos multimercado são muito mais arriscados do que a poupança, assim como os títulos de renda fixa com carência e alto risco de crédito. Uma distância gigantesca entre uma coisa e outra, tanto pela complexidade quanto pelo nível de risco.

Não são alternativas comparáveis. A rentabilidade das aplicações mais conservadoras, como Tesouro Selic e fundos DI, sofre com a oscilação da taxa de juros, chegando a apresentar variação negativa a curto prazo, possibilidade impensável para os superconservadores investidores da poupança.

Propagandas focadas em produtos, em rentabilidade, tendem a ignorar o perfil do investidor, o que ele quer e o que ele não aceita. Uma abordagem tendenciosa, muitas vezes incorreta e omissa em relação aos riscos e aos custos de investir.

Trago outro exemplo de propaganda infeliz contida em mensagem enviada aos clientes por um dos maiores bancos do país. Um convite a “realizar o futuro que planejou, reformar a casa, organizar uma festa para celebrar uma data especial, férias para o tão merecido descanso ou apenas economizar para emergências”.

Sabem que produto é esse? Um título de capitalização. Segundo a Susep, órgão regulador das sociedades de capitalização, um instrumento que possibilita a participação em sorteios e estimula o hábito de guardar dinheiro, já que os títulos com pagamento em atraso não concorrem aos sorteios.

Como não se trata de investimento, a rentabilidade tende a zero, o produto tem carência, obriga o depósito do valor definido e pune resgates antecipados, devolvendo apenas parte do dinheiro “guardado”.

Como um produto com essas características, omitidas na propaganda, pode realizar a lista de desejos sugerida? Não pode, sendo possível apenas para os pouquíssimos afortunados contemplados no sorteio. ❏



**MÁRCIA DESSEN** é Planejadora financeira CFP (“Certified Financial Planner”), autora de “Finanças Pessoais: O Que Fazer com Meu Dinheiro”.

# Condomínios e o PL 2510/2020 sobre denúncias de violência doméstica

■ POR JANAINA MÔCHO



“Como a mulher, as crianças, adolescentes, pessoas com deficiência ou pessoas idosas não estão em condições de se protegerem por si só, em regra, e o Estado-Juiz, mais uma vez, toma para si o encargo de tutelá-los em face de todos.”

**A** até que ponto a máxima “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” deve ser respeitada? Até que ponto uma briga entre um casal deve ou não sofrer intervenção? Apesar de tamanha fragilidade no assunto,

não é possível ficarmos alheios ao que ocorre, quase que diariamente, em nosso país dentro das residências e dos condomínios.

O Projeto de Lei nº 2.510/2020 pretende alterar a Lei nº 4.591/1964, que “dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, o Código Civil e o Código Penal, para estabelecer o dever de condôminos, locatários, possuidores e síndicos de informarem às autoridades competentes os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de que tenham conhecimento no âmbito do condomínio, e para aumentar a pena do crime de omissão de socorro, quando se tratar de mulher em situação de violência doméstica ou familiar. Tal Projeto de Lei tem uma relevância social imensurável e faz com que os indivíduos saiam da posição de espectadores para uma posição de dever de ação e proteção.

O PL traz uma faceta multidisciplinar, envolvendo as áreas cível, de família e penal. Não poderia ser diferente, com base na premissa de que o lugar mais perigoso do mundo para uma mulher é a sua própria casa, conforme informações colhidas no Fórum Brasileiro de Segurança Pública. O levantamento foi feito a partir de entrevistas com mais de duas mil mulheres sobre situações vividas no ano de 2018.

De autoria do senador Luiz do Carmo (MDB-GO), o PL surgiu com o objetivo de obrigar moradores e síndicos de condomínios a denunciar casos de violência doméstica (ocorridos em áreas comuns ou privativas) às autoridades competentes. Além do PL nº 2.510/2020, em meio à pandemia do COVID-19, mais leis e projetos surgiram para proteger direitos anteriormente não tutelados, ou carentes de expansão interpretativa.

No Rio de Janeiro, por exemplo, a Lei Estadual nº 9.014/20 passou a instituir que os síndicos e os administradores de condomínios, assim que comunicados, devem encaminhar à polícia ocorrências ou indícios de casos de violência doméstica e familiar durante o período de isolamento social. Num contexto mais amplo, a Lei nº 9.014/20 trata não só sobre violência contra a mulher, mas inclui também violência familiar contra crianças, adolescentes, pessoas com deficiência ou pessoas idosas (art. 1º).

Combinando às legislações acima, foi recentemente sancionada a Lei nº 8.967/20, que dispõe sobre a afixação de cartazes nos condomínios edilícios, residenciais, comerciais, conjuntos habitacionais, mistos, associações residenciais, associações de moradores e outras organizações, com informações sobre o atendimento às mulheres em situação de violência durante o período de isolamento social.

Face ao aumento de cerca de 50% de atos de violência doméstica e familiar ocorridos durante o período de isolamento social, o combate à violência doméstica contra mulher e os demais sujeitos vulneráveis elencados acima, precisam estar diuturnamente em nosso radar.

A nosso sentir, de maneira menos clara e enfática com relação à violência doméstica, o Código Civil Brasileiro já previa em seu artigo 1.336 os deveres dos condôminos para a convivência pacífica em uma unidade condominial, ressaltando em seu inciso IV que é dever do condômino:

IV – Dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Por analogia pode-se concluir que, apesar de ser um tema delicado, o condomínio já poderia, através do seu síndico e com base no Código Civil, buscar o bem comum e tomar providências em situações que ultrapassem a esfera dos *bons costumes*. Da mesma forma, a violência doméstica vai em desalinho ao sossego, salubridade e segurança mencionados no inciso supracitado, o que legitimaria o síndico a uma atuação direta para conter situações desta natureza.

Fica evidente que já havia um respaldo na lei, ainda que tímido e sem maiores repercussões, para que o síndico punisse brigas em unidades autônomas que extrapolassem o aceitável e abalasse o sossego dos demais condôminos, terceiros na relação.

Em sintonia, a Constituição Federal de 1988, refletindo a nova realidade, dedica seus artigos 227 a 230 à tutela das pessoas portadoras de vulnerabilidade, consignando-lhes proteção especial em razão de déficit psicofísico causado por algum tipo de fragilidade. Por isso, a criança, o adolescente, o jovem, o deficiente físico e o idoso recebem tutela diferenciada, com referências específicas à sua dignidade, reforçando, ainda mais, o valor dos direitos fundamentais previstos para a pessoa humana de maneira geral (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018).

Ainda que a situação narrada seja decorrente de questões da vida privada e de delicada intervenção, é preciso punir conforme previsto no art. 1.348 do Código Civil, sob pena do síndico estar descumprindo uma de suas obrigações, já que é de sua responsabilidade impor as regras condominiais, e, em caso extremo, se a multa não surtir efeito, e dependendo das consequências da discussão, aplicar a punição por conduta antissocial.

Com a realidade da pandemia, hoje a proteção contra violência doméstica, como cláusula geral que é, traz para a esfera pública um problema que até há pouco era próprio da “invisível” vida privada. A lei cada vez mais garante proteção das vítimas dessa violência, atribuindo a novos agentes – neste caso os síndicos – deveres e responsabilidades. E isso se faz necessário até mesmo para a sobrevivência do modelo democrático, pois como podemos seguir falando de direitos humanos e afins, quando esses são lesados cotidianamente dentro de casa, em face, em especial, das mulheres e crianças?

Entende-se, portanto, que como a mulher, as crianças, adolescentes, pessoas com deficiência ou pessoas idosas não estão em condições de se protegerem por si só, em regra, e o Estado-Juiz, mais uma vez, toma para si o encargo de tutelá-los em face de todos. A partir de então, portanto, com a previsão legal atual, em briga de marido e mulher, todos podem, e devem, meter a colher. 



ARQUIVO PESSOAL

**JANAINA MÕCHO** é Advogada e pesquisadora da FGV-RJ.



# Imposto de renda negativo

■ POR ROBERTO LUIS TROSTER

**“A pandemia é uma oportunidade para acabar com a miséria, corrigir distorções estruturais, evitar o colapso da economia e abrir a porta para um futuro digno para milhões de brasileiros.”**

**A** Covid-19 atingiu a economia brasileira num momento que apresentava fragilidades - desemprego alto, investimento baixo, inadimplência elevada e uma dinâmica fiscal arriscada. Afetou a cada empresa e cidadão de maneira diferente. A recuperação está sendo em K,

uns retornando rapidamente, outros mais anêmicos do que antes e alguns deixando de existir.

As contas públicas pioraram. A relação dívida/PIB saltou dez pontos percentuais em seis meses e as projeções de superávits primários a partir de 2026 foram deslocadas para 2031, se não houver outro choque de oferta. É uma dinâmica que pode levar o país a mais uma década perdida.

A situação financeira de muitas empresas também é crítica. Antes da pandemia, havia 6,1 milhões de empresas e 63,8 milhões de cidadãos com anotações de atrasos de pagamentos. A crise agravou o quadro com efeitos danosos no emprego e no crescimento.

O aspecto social é dramático. Somando 13 milhões de desocupados com 10 milhões que deixaram a força de trabalho e 14 milhões que já estavam na pobreza, chega-se a 37 milhões de pessoas. Em números redondos, um em cada seis brasileiros não tem renda. É possível que se agrave mais.

É inaceitável que num país que tem tudo, existam tantos cidadãos sem comida suficiente, e pior, sem perspectivas. A opção de que brasileiros passem fome, sem um futuro digno, não pode ser considerada. A questão é o que fazer e o que não fazer.

Prorrogar o auxílio emergencial e o programa da bolsa família agora vai dar um gás curto, com uma piora da dinâmica da dívida pública. É arriscar a perder mais uma década e criar um assistencialismo dependente insustentável. É transformar a bolsa família na sacola miséria.

A proposta deste artigo é a implantação do imposto de renda negativo. É um instrumento de política econômica debatido há décadas. A sugestão é criar uma faixa inicial de zero a R\$ 1.500 com a alíquota negativa de 30%. Ilustrando o funcionamento. Supondo uma diarista, que num mês não ganha nada, receberia R\$ 450 equivalente a 30% de  $(1.500 - 0)$ . No outro mês fatura R\$ 600, embolsaria R\$ 270 resultado de 30% de  $(1.500 - 600)$ . Os demais programas assistenciais seriam eliminados.

O incentivo a trabalhar é mantido e uma renda mínima é garantida a todos os brasileiros. Os ajustes seriam feitos numa instituição financeira de escolha do beneficiário com informações de tomadores e pagadores de renda. É um sistema simples, com poucas regras, eficiente e fácil de administrar. A sua implantação é rápida e segura. Com uma canetada é possível acabar com a miséria no Brasil.

Para sua operação, o sistema necessita a construção de um cadastro nacional único, usando biometria, que permita uma caracterização pessoal imediata, e com um único número para cada cidadão que seria usado por todos os órgãos públicos para fins específicos (tributação, eleições e outros). Isso geraria ganhos de produtividade expressivos e poderia ter mais utilizações, como indexador de um prontuário médico nacional.

A Receita Federal poderia implantar o sistema. Tem capacidade técnica e operacional. Atualmente, há 175 milhões de cidadãos com relacionamentos ativos no Sistema Financeiro Nacional. Faltariam 37 milhões, dos quais 10 milhões de “invisíveis” que merecem um tratamento especial. Há avanços

tecnológicos que permitem sua rápida implantação. A proposta conferiria cidadania financeira a todos os brasileiros.

Para que tenha viabilidade econômica, é necessário ajustar o imposto de renda ao preceito constitucional de que mesma renda mesma tributação. Para tanto, deve-se igualar a alíquota efetiva paga por renda de juros, de alugueis, de lucros e do trabalho. Eliminar definitivamente a distorção de tributar exclusivamente na fonte juros, lucros e outras rendas, o que aumentaria muito a arrecadação. Se a conta não fechar, pode-se reforçar o caixa do governo, com uma alíquota de 35% para quem ganha acima de R\$ 20 mil mensais.

Na dinâmica dívida/PIB deve-se focar no denominador também. O crescimento do PIB diminui a fração, aumenta a arrecadação e a oferta de trabalho. Uma barreira para uma retomada rápida da economia é a inadimplência. Para sua superação são necessários ajustes na política bancária em tributação, transparência, liquidez, regulação, precificação, reestruturação de dívidas e contabilidade. A política cambial também pode ser aprimorada.

Deve-se abandonar a criação da CPMF com outro nome. Para melhorar o caixa do governo no curto prazo, o imposto diminui o potencial de crescimento do país. É como cavar um buraco grande lá na frente para tampar um pequeno agora. Esquecer também a proposta de desoneração da folha. No quadro atual, não vai aumentar as contratações, vai apenas ser revertida em lucros mais altos.

Outra ação sem sentido na atual conjuntura é afirmar o compromisso em respeitar o teto dos gastos e comprar jatos de última geração, gastando-se o equivalente a 56 milhões de auxílios emergências de R\$ 300. Lembrando que o Brasil tem uma fábrica de jatos que exporta a outros países. O inimigo a ser combatido não é a força aérea de algum país vizinho. É a fome no país.

É uma luta que pode ser vencida. Para tanto, é necessário mudar o paradigma atual. Deve-se atuar em todas as frentes que contribuam para o desenvolvimento, como educação, tributação, revogação de privilégios não merecidos, indexação, saúde, segurança pública, o pacto federativo, justiça, energia, infra-estrutura e inclusão digital.

Um complemento para ser pensado no futuro é usar o banco de dados dos impostos como ferramenta de inteligência competitiva. A partir da evolução da renda de cada um pode-se detectar as melhores práticas de políticas de inclusão cidadã.

O que não deve ser feito é esperar mais para transformar o Brasil. A pandemia é uma oportunidade para acabar com a miséria, corrigir distorções estruturais, evitar o colapso da economia e abrir a porta para um futuro digno para milhões de brasileiros.

É isso. 🇧🇷



**ROBERTO LUIS TROSTER** é Economista.



*Ricardo Patah*

ARQUIVO PESSOAL

## Piquenique à beira do precipício

### Não há projeto econômico, o que faz de janeiro um assustador pesadelo

**O** Brasil já vive uma segunda onda de Covid-19. Ninguém sabe seu tamanho, mas parece assustadora. O governo federal não tem plano nenhum para enfrentá-la – ao menos por enquanto. Jair Bolsonaro disse, recentemente, que a segunda onda é “conversinha”. A primeira, que começou em março e já matou mais de 170 mil brasileiros, era, conforme definiu à época, uma “gripezinha”.

A segunda onda já chegou à quase toda a Europa, voltou também aos EUA, que nem controlou a primeira ainda, e atingiu a Índia. Alguns países retomaram o “lockdown”. Atividades escolares e profissionais também foram suspensas. Aqui no Brasil o ritmo do contágio passou, nos últimos dias, de 0,68 para 1,1, segundo um instituto médico londrino.

Isso significa que, para um grupo de 100 pessoas contaminadas, que antes contaminavam 68 indivíduos, agora contaminam 110 pessoas. As internações por Covid-19 em São Paulo deram um salto de 22% em 15 dias, e novos picos de contaminação acontecem em vários locais do país.

Para complicar a situação, a maioria dos estados está abrindo a guarda dos rígidos esquemas de controle da pandemia. Não há vigilância maior, por exemplo, sobre o transporte público, que anda lotado, e grupos enormes se encontram nas praias. Sem contar que se aproximam as festas de fim de ano, sempre pontuadas por aglomerações. Não bastasse essa grave situação, temos outro problema muito sério: o Brasil fechou 2 de cada 3 leitos de UTI criados desde o começo da crise sanitária. Como desgraça pouca é bobagem, há uma politização em cima da vacina, tendo com pano de fundo as eleições presidenciais de 2022. O perdedor, como sempre, será a população, especialmente as pessoas mais pobres.

Temos que ficar atentos com a Covid-19, mas não podemos nos esquecer da recessão econômica e do desemprego batendo recordes, que, segundo o IBGE, atinge 13,8 milhões brasileiros. Temos ainda 68 milhões de trabalhadores informais e mais de 5 milhões de desalentados (que deixaram de procurar empregos). Cerca de 10 milhões de brasileiros passam fome, também de acordo com pesquisa do IBGE.

A UGT (União Geral dos Trabalhadores) e as demais cinco centrais sindicais, junto com os partidos da oposição, forçaram o governo a providenciar um auxílio emergencial de R\$ 600,00 para informais e desempregados. Dinheiro este que manteve a economia e especialmente o pequeno comércio em funcionamento.

Agora, o governo resolveu baixar o valor para R\$ 300,00, dinheiro que não compra uma cesta básica em lugar nenhum do país. Está chegando o fim do ano. Não há nenhum projeto econômico sendo lançado, o que faz de janeiro em diante, se nada mudar, um assustador pesadelo.

O que vai acontecer? Já temos a pandemia do coronavírus, que está matando gente desde março. Agora, vem a segunda onda. E, pelo jeito, aproxima-se a pandemia do desemprego – e, com ela, a da fome. Estamos ou não fazendo um piquenique à beira do precipício? 



# A escravidão digital de teletrabalhadores e trabalhadores de plataformas digitais

■ POR VANESSA ROCHA FERREIRA E MARCELLA FEIJÓ CRUZ

**“A precarização dos direitos trabalhistas nas novas formas de trabalho, advindas com a 4ª Revolução Industrial, é algo que está se tornando cada vez mais corriqueiro.”**

Vive-se, atualmente, um período marcado pelo contínuo avanço tecnológico, o qual permitiu o desenvolvimento de inovações como inteligência artificial, impressoras 3D, robótica, armazenamento de dados em nuvens, *softwares* e tecnologias da informação e comunicação (TICs). Schwab (2019) refere-se a este período como sendo a quarta revolução industrial ou indústria 4.0, termo criado na Alemanha em 2011.

Tal avanço tecnológico impacta a vida dos seres humanos em todas as esferas. Na seara trabalhista, é responsável pela redução de postos de trabalho, uma vez que a automatização faz com que máquinas realizem tarefas que anteriormente necessitavam de mão de obra humana. Ao mesmo tempo em que a tecnologia reduziu a disponibilização de trabalhos convencionais, possibilitou também o surgimento de novas formas laborais dela dependentes, tais como o teletrabalho e o trabalho realizado por intermédio de plataformas digitais.

Inicialmente, percebe-se que as formas de trabalho supracitadas têm em comum o fato de necessitarem de aparelhos com acesso à internet para serem executadas. Porém, as semelhanças entre elas não se resumem apenas a esta, especialmente no que diz respeito aos danos que podem gerar à saúde (tanto física quanto psíquica), à dignidade e aos direitos dos trabalhadores.

O uso desmedido das tecnologias da informação e comunicação nos trabalhos que delas dependem pode ocasionar uma dificuldade de desconexão dos mesmos e, conseqüentemente, o aumento das horas trabalhadas e a redução do tempo disponível para a execução de suas demais atividades, de modo que o trabalhador passa a ser um “escravo digital” (GOULART, 2013), cada vez mais dependente das TICs, e a tecnologia, que deveria ser utilizada como uma ferramenta facilitadora de tarefas corriqueiras, acaba se tornando algo prejudicial.

Goulart (2013) aduz que o termo “escavidão digital” diz respeito ao trabalho no qual há profunda dependência do trabalhador em relação às TICs, de modo que este trabalhador passa muito mais tempo ligado ao trabalho do que o que o art. 7º, inciso XIII da Constituição Federal prevê como jornada máxima. Com isso, resta ao trabalhador uma “sub-existência”, passando a ter menos tempo disponível para as suas necessidades vitais, tais como: descanso, lazer, cuidados com a saúde e convívio familiar e social.

A esse respeito, Lima e Bridi (2019) afirmam que a precariedade é inerente às novas formas de trabalho que surgiram com as inovações tecnológicas trazidas pela 4ª Revolução Industrial, e que a Reforma Trabalhista, ocasionada pelo advento da Lei nº 13.467/2017, favoreceu a precarização do trabalho atrelado às TICs.

## A ESCRAVIDÃO DIGITAL E O TELETRABALHO

O teletrabalho se encontra regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro no capítulo II-A da Consolidação das Leis de Trabalho, sendo definido, no artigo 75-B, como “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

A Reforma Trabalhista previu, também, no artigo 62, inciso III da CLT, não serem aplicáveis aos teletrabalhadores, em regra, as normas referentes ao controle de jornada.

Para Bueno (2018), a Reforma Trabalhista beneficia a Revolução Tecnológica em face dos direitos do teletrabalhador, uma vez que um dos argumentos para a não aplicação das regras referentes à delimitação da jornada de trabalho destes é a dificuldade de controle da mesma. Porém, a autora defende que o avanço tecnológico proporciona ferramentas para verificar os horários em que o trabalhador estaria exercendo suas atividades, tais como os simples atos de fazer *login* e *logout* nos sistemas empresariais.

A exclusão dos teletrabalhadores das disposições da CLT acerca dos períodos de descanso, adicional noturno e pagamento de horas extras faz com que estes estejam mais suscetíveis a longas jornadas de trabalho que os trabalhadores em regime presencial, situação que se intensifica pelo fato de o teletrabalho ser realizado com a utilização constante de tecnologias de informação e comunicação.

Deste modo, o teletrabalho pode ser realizado em qualquer lugar e a qualquer momento, bastando o acesso às ferramentas necessárias a seu exercício, as TICs. A flexibilidade de horário e local de trabalho pode ser vista como algo positivo, uma vez que propicia ao trabalhador, ao menos em tese, maior liberdade para organizar suas atividades, devido a não possuir um horário e um local fixos de trabalho.

Porém, ao mesmo tempo, esta flexibilidade excessiva acaba sendo um dos aspectos negativos da modalidade laboral em apreço, haja vista que, pelo fato de não haver limitação da jornada de trabalho e de as principais ferramentas de trabalho serem as TICs, o teletrabalhador se encontra mais suscetível a receber demandas laborais a qualquer momento do dia, o que dificulta a distinção entre o ambiente de trabalho e o pessoal, bem como entre os horários destinados ao trabalho e os destinados às demais atividades.

Assim, os teletrabalhadores acabam se tornando escravos digitais, uma vez que se encontram em constante estado de alerta para eventuais demandas laborais do empregador. Sobre o tema, asseveram D’Angelo e Arruda (2020) que esses trabalhadores estão aprisionados aos meios de produção integralmente, não existindo mais vida além do trabalho. A esse respeito, completam afirmando que a escravidão digital ainda não é reconhecida na sociedade contemporânea, sendo, muitas vezes estimulada por discursos que visam o aumento da produtividade.

## A ESCRAVIDÃO DIGITAL DE TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Outra nova forma de trabalho que surgiu devido aos avanços da indústria 4.0 foi o trabalho em plataformas digitais, também conhecido como “economia do compartilhamento”, nomenclatura a qual André, Silva e Nascimento (2019) afirmam ser uma forma de atrair trabalhadores e esconder a sujeição dos mesmos à plataforma digital.

Por meio de aplicativos, faz-se a junção entre um prestador de serviço e um demandante (LIMA; BRIDI, 2019). Alguns exemplos de serviços oferecidos são o transporte de pessoas, ofertados por empresas como Uber, 99 e Lyft, e o de entrega de alimentos, ofertado por meio de aplicativos como iFood, Uber Eats e Rappi, sendo que este último não se limita apenas ao *delivery* de alimentos, mas também de outros produtos.

O trabalho realizado pelos prestadores de serviços vinculados a essas plataformas digitais tem em comum a intermediação da mão de obra por grandes empresas por meio de relações contratuais frágeis, precárias, que transferem ao trabalhador os ônus e riscos do trabalho prestado (LIMA; BRIDI, 2019) ao mesmo tempo em que os superexploram por meio de jornadas de trabalho excessivas e baixa remuneração.

De forma semelhante aos teletrabalhadores, os prestadores de serviços intermediados por plataformas digitais acabam se tornando escravos das tecnologias de informação e comunicação, mais especificamente de seus *smartphones*, uma vez que são estes que os conectam aos serviços a serem prestados. Para obterem remunerações mínimas para sua subsistência, necessitam realizar longas jornadas de trabalho, de modo que acabam por ultrapassar o limite constitucionalmente previsto.

Os motivos que levam os trabalhadores a aderirem ao trabalho intermediado por aplicativos são o desemprego, complementação de renda e o fato de terem maior autonomia e flexibilidade para “serem seus próprios chefes”. (ANDRÉ; SILVA; NASCIMENTO, 2019; DORMIR, 2019)

Estudos sobre o tema, porém, comprovam que o preço a ser pago em troca destas “autonomia” e “flexibilidade” é alto. André, Silva e Nascimento (2019) realizaram pesquisa com motoristas vinculados à Uber e verificaram que estes trabalham em média de 10 a 16 horas por dia, sete dias na semana, tendo um deles relatado que chega a trabalhar até 20 horas diárias. Os que trabalham por até 8 horas são os que possuem outra fonte de renda e dirigem para o aplicativo como forma de complementação. A remuneração é definida pelo aplicativo dependendo das condições de trânsito no momento e da distância a ser percorrida e a empresa retém de 20% a 25% do valor da corrida, conforme a categoria em que os motoristas se cadastram, dentre as 4 (quatro) disponíveis no aplicativo.

Quanto aos aplicativos de *delivery* de alimentos, podem se cadastrar motociclistas ou ciclistas. Verifica-se que o trabalho dos motoboys é um pouco

menos exaustivo e a renda é o dobro da renda que pode ser obtida por ciclistas. Motociclistas relataram trabalhar até 12 horas por dia, enquanto os ciclistas, em sua maioria, trabalham mais de 12 horas e se desgastam mais fisicamente, uma vez que, diferentemente dos motociclistas que dependem do motor para se locomoverem, precisam pedalar para realizar as entregas. (DORMIR, 2019).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, é possível perceber que a precarização dos direitos trabalhistas nas novas formas de trabalho, advindas com a 4ª Revolução Industrial, é algo que está se tornando cada vez mais corriqueiro.

Os abusos telelaborais são recorrentes e propiciados pela própria legislação trabalhista, que não impõe custos adicionais ao empregador quando o teletrabalhador cumpre longas jornadas de trabalho, tal qual o faz em relação aos trabalhadores em regime presencial. Quanto aos trabalhadores de plataformas digitais, devido à baixa remuneração que recebem pelos serviços prestados, se veem impelidos a realizar longas jornadas.

Uma das principais esferas impactadas pelas longas jornadas de trabalho decorrentes da escravidão digital é a da saúde dos trabalhadores. Aumentam-se as chances de desenvolvimento de doenças ocupacionais por estes. No caso dos teletrabalhadores, é comum o surgimento ou agravamento de doenças psicológicas como as síndromes de *burnout* e do pânico, bem como depressão, insônia, crises de ansiedade e depressão (FERREIRA; PINHEIRO, 2020) em decorrência do maior isolamento dos mesmos, que não possuem convívio diário com os colegas tal qual o trabalhador presencial, e também devido à necessidade de conciliar a vida pessoal e as demandas laborais que, como anteriormente exposto, podem ser feitas a qualquer momento do dia graças à facilidade de comunicação propiciada pelas TICs.

Ademais, podem desenvolver distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT) e lesões por esforço repetitivo (LER) devido à combinação entre a utilização de equipamentos de trabalho não adequados e o tempo dedicado ao trabalho. (GOULART, 2013)

Os trabalhadores de plataformas digitais, de forma semelhante, também estão expostos a diversos riscos ocupacionais, como “ruído, calor, vibrações, monóxido de carbono, poeiras (PNOS), postura, peso das mochilas, metas temporais, colisões entre veículos, queda de motocicleta/bicicleta, queimaduras providas dos escapamentos, atropelamentos” (SOBRAL, 2020), além de LER e DORT, tal qual os teletrabalhadores, uma vez que passam longas horas utilizando os veículos e desempenhando os mesmos movimentos.

Diferentemente dos teletrabalhadores, em relação aos quais a CLT prevê no artigo 75-D a possibilidade de o empregador arcar com os custos para aquisição, manutenção ou fornecimento da infraestrutura adequada à prestação do serviço, caso haja esta previsão no contrato de trabalho, e no artigo 75-E a

necessidade de o empregador instruir os empregados acerca das precauções a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, não há previsão alguma neste sentido no que se refere ao trabalho realizado por intermédio das plataformas digitais, sendo a saúde dos motoristas e entregadores um risco a ser assumido inteiramente por eles mesmos. 

## REFERÊNCIAS

- ANDRÉ, Robson Gomes; SILVA, Rosana Oliveira da; NASCIMENTO, Rejane Prevot. “Precário não é, mas eu acho que é escravo”: análise do trabalho dos motoristas da Uber sob o enfoque da precarização. *Revista Eletrônica de Ciência Administrativa*, v. 18, n. 1, p. 7-34, 2019. Disponível em: <http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/recadm/article/view/2544/1043>. Acesso em: 28 out. 2020.
- BUENO, Letiane Corrêa. *A escravidão contemporânea e digital do empregado em regime de teletrabalho*. Ribeirão Preto, SP, 2018. Monografia para obtenção do título de especialista em Direito e Processo do Trabalho, USP. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/index.php/03122018-tcc-de-letiane-bueno-a-escravidao-contemporanea-e-digital-do-empregado-em-regime-de-teletrabalho/>. Acesso em: 27 out. 2020.
- D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes; ARRUDA, Maria Júlia Cabral de Vasconcelos. Admirável escravo novo? A escravidão digital x o direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro e suas consequências para a sociedade do capitalismo cognitivo. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 4, p. 01-32, 2020. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/2786>. Acesso em: 28 out. 2020.
- DORMIR na rua, pedalar 30 km e trabalhar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos. *Época Negócios*, São Paulo, 22 maio 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/05/dormir-na-rua-pedalar-30-km-e-trabalhar-12-horas-por-dia-rotina-dos-entregadores-de-aplicativos.html>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- FERREIRA, Vanessa Rocha; PINHEIRO, Francieli Maria Contente. A importância do direito à desconexão para a saúde e bem-estar do trabalhador. In: *Direito fundamental ao Trabalho: O Valor Social do Trabalho Inserido no Contexto da Sociedade 4.0*. Vol. II. Portugal, Porto: Editora Juruá, 2020, p. 205-214.
- GOULART, Lucas Moser. *Abuso telelaboral na sociedade da informação: o risco da escravidão digital*. Porto Alegre, RS, 2013. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso em Ciências Jurídicas e Sociais, PUCRS. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/lucas\\_goulart.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/lucas_goulart.pdf). Acesso em: 11 set. 2020.
- LIMA, Jacob Carlos; BRIDI, Maria Aparecida. TRABALHO DIGITAL E EMPREGO: a reforma trabalhista e o aprofundamento da precariedade. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 86, p. 325-342, ago. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792019000200325&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792019000200325&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 05 nov. 2020.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2019.
- SOBRAL, Emily. As novas modalidades de trabalho por aplicativos: um olhar técnico. *Segurança ocupacionais*, 20 jan. 2020. Disponível em: <https://segurancaocupacionais.com.br/as-novas-modalidades-de-trabalho-por-aplicativos-um-olhar-tecnico/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

ARQUIVO PESSOAL



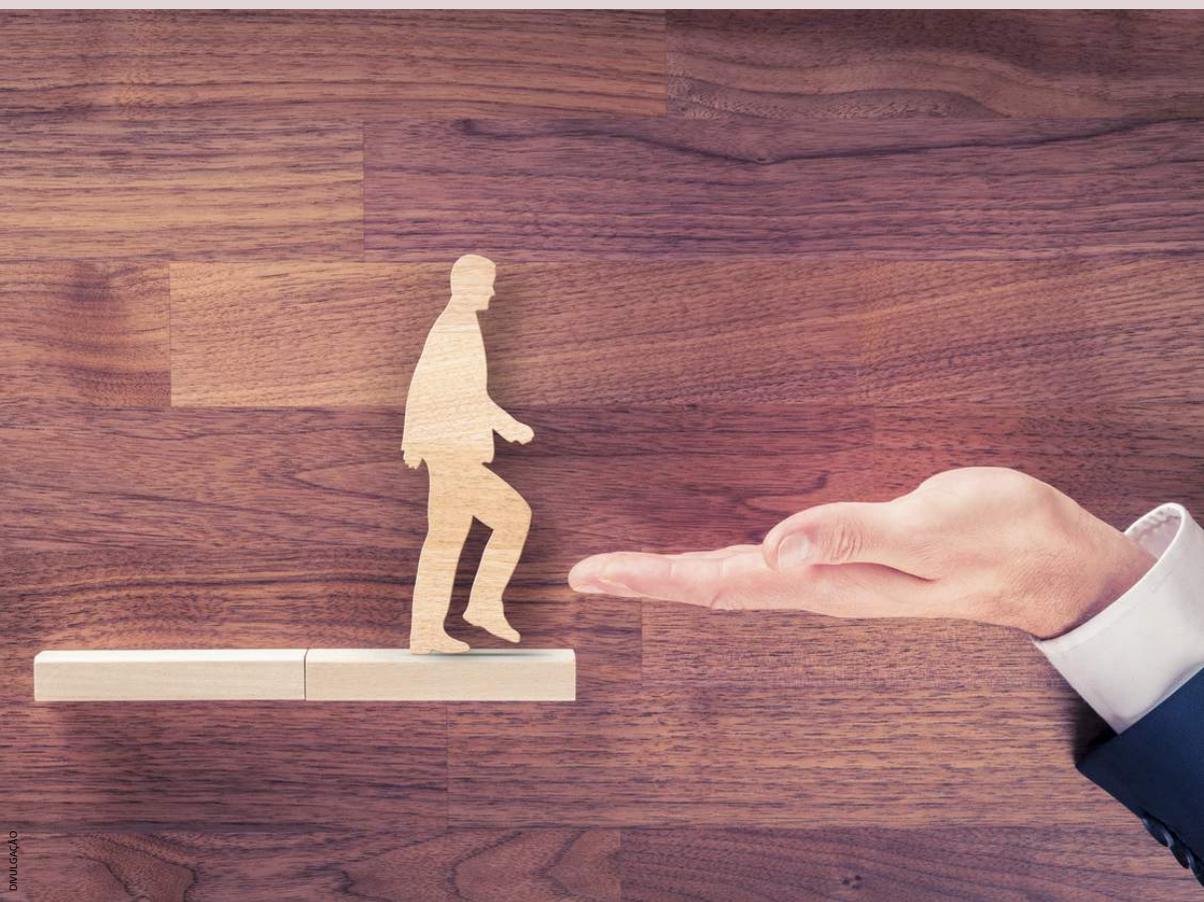
**VANESSA ROCHA FERREIRA** é Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Professora da Graduação e Pós-Graduação strictu sensu do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente (CESUPA-CNPq). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA).

ARQUIVO PESSOAL



**MARCELLA FEIJÓ CRUZ** é Advogada. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior de Advocacia (ESA/PA). Pesquisadora membro do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente (CESUPA-CNPq).

# As proteções dos trabalhadores em plataformas digitais<sup>1</sup>



■ POR JOSÉ PASTORE

**“O tema tem ocupado o centro do debate também nos congressos de direito do trabalho e de previdência social. A literatura acumulada nos últimos anos, tamanha a variedade de interpretações e recomendações, é enorme e difícil de ser dominada. Não há dúvida: as novas tecnologias criaram um grande desafio para os julgadores e para os legisladores e, sobretudo, para as próprias plataformas digitais.”**

**A**s estimativas globais dos profissionais que trabalham por meio de plataformas digitais de aplicativos como parte da “economia colaborativa”, “economia compartilhada” ou “gig economy”<sup>2</sup> variam muito. O Banco Mundial considera que apenas 0,5% da força de trabalho mundial trabalham dessa forma. Na Europa, o Reino Unido apresenta a mais alta proporção – 2% da força de trabalho. Alemanha, Holanda, Espanha, Portugal e Itália têm incidência menor. Finlândia, França, Hungria e Eslováquia têm percentuais muito pequenos.<sup>3</sup> No Japão, estima-se também em 2% a proporção de profissionais que trabalham por meio de plataformas digitais.<sup>4</sup> Nos países em desenvolvimento, essa cifra cairia para 0,3%.<sup>5</sup>

Se, de um lado, as proporções são pequenas, o trabalho por plataforma digital vem crescendo em alta velocidade. Nos Estados Unidos, aumentou 47 vezes no curto período de 2012-15. Na Europa, cresce 25% ao ano.<sup>6</sup> Na Inglaterra, estima-se que o número de trabalhadores dobrou entre 2018-19, atingindo 4,7 milhões de profissionais.<sup>7</sup> No Brasil, só a Uber contabiliza mais de 800 mil motoristas; a Rappi tem 200 mil entregadores cadastrados; a iFood, tem mais de 120 mil. Nos serviços de transporte e entrega de produtos, há quase 2 milhões de profissionais trabalhando por meio de plataformas digitais.<sup>8</sup> Dados da PNAD informam que 17% dos 24 milhões de autônomos do Brasil têm nos vários tipos de aplicativos (incluindo os baseados em plataformas digitais) a sua principal fonte de renda. São 3,8 milhões que representam 3,6% da população economicamente ativa do país.<sup>9</sup> As plataformas de transporte, Uber, Cabfy, 99 e outros são usados por 48% dos brasileiros que utilizam a Internet.<sup>10</sup>

Quem são os profissionais das plataformas digitais? Segundo estudo realizado pela OIT com uma amostra de 3.500 trabalhadores em 75 países, eles se caracterizam da seguinte forma: (a) a média de idade é de 33,2 anos; (b) dois terços são homens; (c) 82% possuem educação superior a do ensino médio; (d) grande parte complementa a renda obtida em outra atividade; (e) vários profissionais têm limitações familiares ou de saúde para trabalhar em empresas; (f) o ganho médio é de US\$ 4.43 por hora (dado de 2017) ou US\$ 3.31 quando recebem a hora parada; (g) os americanos ganham menos do que o salário mínimo (US\$ 7.25) e os alemães acima do salário mínimo nacional (€8.84); (h) os trabalhadores dispendem, em média, 20 minutos de inatividade para cada hora trabalhada; (i) em média, trabalham 24,5 horas por semana; (j) cerca de 50% trabalham para mais de uma plataforma; (k) a maioria gosta da flexibilidade de jornada; (l) muitas mulheres combinam trabalho por aplicativo com responsabilidades familiares; (m) 60% possuem seguro de saúde; (n) apenas 35% possuem planos de aposentadoria.<sup>11</sup>

Em pesquisa realizada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), entre os motoristas e entregadores da Uber do Brasil, México, Chile e Colômbia, verificou-se que (a) 94% são homens; (b) a idade média é de 38 anos; (c) 47% têm mais de 12 anos de estudo; (d) são chefes de família de 4 pessoas; (e) principais responsáveis pela renda familiar; (f) 58% contribuem para a previdência pública; (g) 42% trabalham como motoristas até o máximo de 30 horas por semana; (h) 45% têm outra atividade econômica; (i) em média,

ganham US\$ 10.00 por hora (antes dos gastos com gasolina e manutenção do carro); (j) só 21% têm condições de penejar a aposentadoria; (k) 84% dizem que participariam de um plano de poupança/previdência para proteger a velhice; (l) 40% aceitariam uma oferta de emprego convencional.

Por essa pesquisa, pode-se deduzir que a maioria dos que trabalham por plataformas digitais gostam de atuar com a liberdade dos autônomos ou independentes. Nos poucos países em que as leis forçam o seu enquadramento como empregados as reações têm sido surpreendentes. Na Califórnia, por exemplo, os profissionais dos setores de entretenimento, cinematográfico, televisivo, espetáculos musicais e jornalismo *freelancer*, em sua maioria, não desejam ser enquadrados como empregados como quer a lei “Assembly Bill 5” (AB5) aprovada naquele estado em 2019.<sup>12</sup> As associações de motoristas de plataformas digitais (nível mundial) reunidas em 30 de janeiro de 2020 manifestaram-se contrárias ao enquadramento de seus associados como empregados.<sup>13</sup> Nas eleições de novembro de 2020, os eleitores aprovaram a Proposta 22 que trata como autônomos os motoristas de Uber e Lyft.

## CARACTERÍSTICAS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

As plataformas digitais são meios de intermediação entre empresas e pessoas que realizam as mais diferentes atividades com grande rapidez – tudo garantido pelas tecnologias da informação.

Dentre as plataformas mais conhecidas estão a Google, Altavista, Web-crawler (busca e publicidade), Google Scholar (pesquisa), Ticketmaster (eventos), Rappi, iFood, Uber Eats, Deliveroo (restaurantes); Logggi (entregas); Quinto Andar (locação); LinkedIn, Facebook, Twitter, Instagram (relacionamento social), Apple, Amazon, Alibaba, Pinterest, Microsoft (compras), Uber, Cabify, Easy, Wappa, Lyft, 99, (transporte de pessoas), Airbnb (alojamento); Freelancer (consultores); whatsapp, Skype, Zoom, Wchat, (interação); Ebay (mercado de produtos); PayPal (pagamentos); Spotify, Netflix, Youtube, iTunes (entretenimento), COJ-3C, SAJ-ADV, lawyer-eleven (softwares jurídicos) e vários tipos de plataformas de educação à distância.

Ao lado dessas plataformas gerais, há inúmeras outras operadas diretamente por empresas como é o caso dos bancos, seguradoras, cartões de crédito, planos de saúde, hospitais, supermercados, escolas, redes ferroviárias, agências de viagem, empresas aéreas, etc. No interior das empresas também existem milhares de plataformas para executar atividades específicas (contabilidade, administração de pessoal, almoxarifado, controle de produção, etc.). Já existem plataformas de plataformas como é o caso por exemplo da VOLL: por meio dela, o usuário fica sabendo qual é o melhor meio de transporte que ele pode usar em vista da sua localização e horário.

Todas as plataformas se caracterizam por grande dinamismo: mudam ao longo do tempo em alta velocidade.<sup>14</sup> Mais do que isso, as plataformas estão formando emaranhados de sistemas que potencializam os negócios e os desejos humanos. Nos dias atuais, é mais adequado falar-se em sistemas de plataformas interligadas com múltiplas utilidades.

Na medida em que as plataformas vão crescendo, elas criam importantes externalidades. Quanto mais recebem adeptos, mais potentes elas se tornam – é o chamado efeito em rede (network) – o que as torna mais valiosas. A potencialização da utilidade das plataformas decorre da sua capacidade de, simultaneamente e em tempo real, promover a centralização e a descentralização das informações. Quanto mais é usada, mais a plataforma acumula informações que se tornam úteis a novos usuários.<sup>15</sup>

As plataformas digitais veem transformando os modelos de negócios, as estruturas empresariais, os mercados de bens e serviços, os processos de inovação e até o estilo de vida das pessoas. As plataformas das mídias sociais como o Facebook, por exemplo, mudaram os modos das pessoas se relacionarem e adquirirem conhecimentos e experiências de vida. As plataformas de pagamento como a PayPal, por exemplo, causaram várias rupturas e veem revolucionando a indústria financeira. As plataformas de transporte pessoal como o Uber, por exemplo, transformaram os sistemas de mobilidade e até mesmo as atitudes e as aspirações a respeito da propriedade dos veículos. As plataformas de entrega de comida estão forçando várias modificações nos negócios dos restaurantes: estes, que eram a forma mais conveniente para as pessoas comerem, já não é mais, o que exige dos mesmos aumentar sua cozinha, diversificar o cardápio e atrelar-se a uma plataforma de entrega rápida ou desenvolver seu próprio sistema.

As plataformas veem mudando radicalmente a concorrência entre profissionais e empresas. Nos dias atuais, é difícil conquistar grandes fatias de mercado em qualquer ramo, sem a ajuda das plataformas.<sup>16</sup> Ao se tornarem essenciais para as relações humanas e comerciais, os detentores de plataforma têm acumulado imensa riqueza. Várias plataformas valem centenas de bilhões de dólares. Seu impacto tem sido revolucionário. E, como diz Thomas Kochan, a revolução das plataformas digitais está ainda em seus estágios iniciais.<sup>17</sup>

Em todas as plataformas, há algum volume de trabalho – maior ou menor. As que atendem diretamente os usuários de transporte, entregas em geral, alimentação e emergências de saúde são as que congregam a maior parte do trabalho. Nessas atividades, há, no mínimo, três componentes: a plataforma, o executor dos serviços e os usuários ou clientes finais. Mais frequentemente, as plataformas geram relações de trabalho multifacetadas.

Vários tipos de atividades são realizadas *on line* por meio de plataformas digitais. Dentre elas têm destaque 1) os serviços *on line* de dados (atendimento aos clientes, serviços aos consumidores, traduções, editoração, etc.); 2) serviços profissionais (contabilidade, advocacia, administração, etc.); 3) serviços de multimídia (desenho gráfico, edição de fotografia, animação, etc.); 4) serviços de apoio ao marketing (sites de procura e de vendas de bens e serviços, serviços de divulgação e propaganda, serviços de administração de vendas, etc.); 5) serviços de tecnologia da informação (banco de dados, desenvolvimento de jogos, controle de mobilidade, etc.); serviços de redação e tradução (redação de artigos e livros, serviços de edição e correção de textos, traduções, interpretação simultânea, etc.); serviços interativos (educação à distancia, conversação em línguas, consultoria e aconselhamento, etc.); serviços de transporte e entregas (motoristas, entrega de bens, realização de serviços, etc.).<sup>18</sup>

As plataformas digitais permitem a utilização do trabalho de outros fatores de produção a um custo moderado e sem responsabilidade direta pelos mesmos. Por exemplo, a Uber mobiliza milhões de carros sem ter a sua propriedade e nem arcar com as despesas de manutenção, sendo pequenos ainda os custos de recrutamento e treinamento dos motoristas que operam os veículos. A empresa captura as vantagens de uma grande cadeia de valor sem investir na propriedade dos bens envolvidos. Ela tem um grande controle sobre o mercado em que opera que inclui informações sobre demanda em cada localidade e hora do dia. As plataformas de transporte possuem o registro de grande número de trabalhadores que estão à espera dos usuários solicitarem os seus serviços. Assim, os usuários são beneficiados com a presteza dos serviços, atenção dos motoristas e pagamento automático em cartões de crédito ou débito.

Outros tipos de plataformas oferecem iguais vantagens aos consumidores. Assim ocorre com as que disponibilizam serviços de consultores, desenhistas, advogados, engenheiros, economistas, linguistas, enfermeiros, cuidadores, etc. Elas fazem a conexão direta e em tempo real entre os prestadores e os tomadores dos respectivos serviços. Uma miríade de atividades é realizada dessa forma, dia e noite e nos mais diferentes ambientes, cidades ou países. Os profissionais podem trabalhar em qualquer horário, nos mesmos dias, semanas, meses e para usuários diferentes. Os serviços podem ser realizados de forma contínua ou fragmentada. Os prestadores dos serviços são seus próprios chefes. Qualidade, baixo preço e disponibilidade permanente têm sido ingredientes importantes do sucesso do trabalho com o apoio de plataformas de aplicativos. Para ter sucesso, as plataformas precisam se esmerar na qualidade, confiabilidade, resultados claros, obediência a regras e sensíveis a avaliações.<sup>19</sup> As plataformas oferecem serviços na base de uma grande descentralização.

Garantida pela grande variedade de uso, as plataformas digitais ganham terreno a cada dia. Elas podem atender usuários local e globalmente, por meio digital ou presencial, em trabalhos criativos ou rotineiros, focados em tarefas específicas ou gerais, de alta ou baixa especialização, por preço pré-negociado ou por hora, e assim por diante. Os serviços podem ser realizados com a ajuda de computadores remotos ou do site do usuário. A variedade e a heterogeneidade marcam o trabalho por plataforma nos dias atuais.

## VANTAGENS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

As plataformas digitais nada produzem e nada vendem. Apenas criam as condições para vendedores e compradores realizarem seus negócios de modo rápido e direto. Elas são verdadeiros motores invisíveis de milhões de transações. Muitas conseguem operar com um grupo muito pequeno de profissionais no “back office”. Mas, para fora desse grupo, criam milhares de oportunidades de trabalho autônomo, eliminando a figura do empregador e do empregado convencionais que executam trabalhos em locais fixos, em tempo integral, com pessoalidade, subordinação e por prazo indeterminado.

Nada impede, porém, que profissionais trabalhem como empregados das plataformas digitais nas áreas da administração, tecnologia da informação, call

centers, etc. Mas, são a minoria. Como intermediadoras de serviços, as plataformas de aplicativos oferecem milhares de profissionais em tempo real para as mais diferentes demandas. A eliminação de ociosidade de tempo improdutivo dá uma grande vantagem em termos de custo dos seus serviços. No lugar de gestores intermediários para dar ordens e cobrar resultados, as plataformas digitais fazem tudo isso por meio de inteligência artificial a baixo custo.

Para a grande maioria dos casos, os trabalhadores em plataformas digitais não estão sujeitos a controle de jornada e trabalham quando, onde, como e quanto querem, sem nenhuma hierarquia em relação aos quadros de pessoal das plataformas. Fica difícil assim, senão impossível, estabelecer uma relação de subordinação – e de emprego – entre os prestadores de serviços e as plataformas. É impossível também vislumbrar uma subordinação estrutural, porque os serviços prestados pelos profissionais não fazem parte das atividades da plataforma. Esta é mera intermediadora para execução da mais variada gama de serviços: entregas, transporte, consultoria, design e outras.

Para as empresas detentoras das plataformas, as tecnologias digitais permitem entrar em grandes mercados de consumidores, com custos de transação bastante reduzidos. Elas não precisam manter profissionais fixos, pois têm a vantagem de “conseguir trabalhadores disponíveis nas redes digitais a qualquer hora e em qualquer lugar do mundo.”<sup>20</sup> Nessas condições, as plataformas digitais alcançam níveis elevados de economia de escala. As operações simultâneas e baseadas em muitos dados permitem superar várias imperfeições de mercado, especialmente, as assimetrias de informações.

O trabalho apoiado por plataformas digitais envolve vários tipos de profissionais que trabalham como autônomos ou independentes:<sup>21</sup> motoristas, entregadores, faxineiros, garçons, esteticistas, músicos, enfermeiros, cozinheiros, cuidadores, desenhistas, cabelereiros, manicures, professores, advogados, médicos, engenheiros, técnicos em geral, especialistas em manutenção e reparação, serviços de hospedagem para pessoas e animais e até fornecimento de goleiros.<sup>22</sup> Todos eles com muitas subdivisões e sob as mais diversas formas de contrato de trabalho. O trabalho pode ser realizado no espaço do prestador, do tomador intermediário e do usuário final dos serviços, a distância, em residências, hotéis, trens, rua, eventos, escolas, hospitais, órgãos públicos, etc.

Uma das características do trabalho apoiado por plataformas digitais é a descontinuidade no tempo e no espaço.<sup>23</sup> Uma grande parte dos profissionais trabalha em tempo parcial e de forma intermitente. São comuns também os profissionais que trabalham para várias plataformas continuamente. Muitos acumulam a sua atividade com outros trabalhos, inclusive com vínculos empregatícios. Nos países da OCDE, a maioria dos *freelancers* são “*slashers*”, ou seja, profissionais que possuem várias atividades para ganhar a vida.<sup>24</sup> As formas atípicas estão se tornando cada vez frequentes no mundo do trabalho a ponto de o Diretor Geral da OIT, Guy Ryder, prever que elas serão as dominantes dentro de pouco tempo.<sup>25</sup> Como diz Roland Busch, Presidente da Siemens, a velocidade de mudança será cada vez mais acelerada na medida em que o mundo se torna mais digital e mais conectado.<sup>26</sup>

Para os usuários dos serviços ancorados em plataformas digitais de aplicativos, trazem inúmeras vantagens. Os profissionais podem ser “recrutados” a qualquer hora. Há sempre uma grande variedade de oferta de trabalhadores, o que permite a seleção de pessoas de perfil profissional adequado, atenciosas e competentes. Para serviços prestados em larga escala e em regime de concorrência entre as empresas de aplicativos, o custo tende a ser baixo.

Para a economia como um todo, o trabalho apoiado em plataformas digitais de aplicativos aumenta a competitividade, cria novas oportunidades de negócios e alavanca o PIB.<sup>27</sup> Essa modalidade de trabalho instiga inovações em vários campos e viabiliza o que é impossível realizar com uma força de trabalho fixa dentro de empresas como, por exemplo, treinamento em massa. Plataformas especializadas têm viabilizado treinamentos para vários tipos de profissionais por meio de milhares de cursos ministrados a distância. A plataforma Udemy, por exemplo, oferece 100 mil cursos *on line* a 30 milhões de “alunos” em, praticamente, todas as áreas do conhecimento. A Coursera faz o mesmo com apoio das melhores universidades do mundo. Os MOOCS (*Massive Open Online Courses*) oferecem milhares de cursos gratuitos. Muitas universidades do mundo, inclusive do Brasil, oferecem as mesmas oportunidades. Por esses meios, a população pode aprender e complementar o que aprende na escola e no trabalho. É uma revolução em andamento no campo educacional. São vantagens que só puderam ser oferecidas devido aos avanços da Internet e das modernas tecnologias digitais. É a contribuição das plataformas digitais por aplicativos à melhoria da educação.

## VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA OS TRABALHADORES

O trabalho apoiado por plataformas digitais de aplicativos tem oferecido oportunidades de ganhos para muitos trabalhadores que não as encontram em outras formas de trabalhar. Por ser uma modalidade de trabalho independente, as plataformas digitais reduzem as barreiras para entrar no mercado de trabalho e proporciona oportunidades de renda às pessoas que trabalham em horários e locais variados. São conhecidas também as oportunidades de trabalho para portadores de deficiência, mães e pais que precisam cuidar de filhos e outros parentes. São beneficiadas também as pessoas que trabalham para mais de uma plataforma ou acumulam seu trabalho com empregos convencionais o que ocorre com muitos transportadores de passageiros (Uber, Lift, Cabfy, 99, etc.), entregadores de mercadorias e prestadores de serviços em situações variadas – em empresas, residências, escolas, hospitais, etc. Na maioria dos casos, os próprios profissionais definem a sua jornada de trabalho. Fica a cargo de cada um definir o que fazer, quando fazer e como fazer.

A automação via mecanização ou digitação tornou a produção mais intensiva em capital com bons resultados macroeconômicos e benefícios para os consumidores (redução de preços dos bens e serviços, abolição das fronteiras geográficas, globalização, melhoria da produtividade, diversificação da produção, customização, etc.). Mas, nem sempre os trabalhadores são os maiores beneficiados. As tecnologias digitais destroem e criam oportunidades de



# DIREITOS

@janetechargista

**“Estamos no limiar de relações do trabalho bastante complexas, que se afastam da simples relação binária entre empregado e empregador e que exigem regras de conduta que atendam as necessidades das plataformas, dos trabalhadores e dos usuários.”**

trabalho, provocando muita polarização. Muitas delas deslocam os trabalhadores de uma posição de classe média, forçando-o a descer na escala social. É o caso, por exemplo, de um gerente de estoques de um grande supermercado: essa posição foi eliminada com a implantação da computação nos caixas da empresa que faz o controle de estoques e pedidos de reposição de forma automática, dispensando a ação humana. David Autor documenta com precisão a polarização que decorre da introdução de novas tecnologias nos sistemas produtivos. Elas criam boas oportunidades para poucos, afetam os empregos de uma grande maioria e geram muita desigualdade de salários e rendimentos.<sup>28</sup> Esse movimento tem provocado também uma deterioração das hierarquias convencionais nas empresas, porque as tecnologias “empo deram” os profissionais e deixam na mão deles a tomada de muitas decisões.

Uma boa parte dos empregados convencionais vê suas carreiras evaporarem diante das grandes transformações trazidas pelas novas tecnologias e, em consequência, se sentem inseguros e temerosos dos avanços tecnológicos. A tentativa de combater o trabalho digital ocorre em ações diretas (protestos, bloqueios de inovações, dificuldades para implementação) ou por meio de propostas de regulação legal que dificultam o exercício do trabalho em plataformas.

As plataformas digitais também trazem perdas para os trabalhadores. Elas reestruturam o trabalho convencional e nem sempre garantem as proteções esperadas pelos trabalhadores. Muitos profissionais de plataformas digitais vivem a mercê de diferentes tomadores de serviços – com instabilidade de ocupação e de renda e com má qualidade de vida. Ao longo da vida, eles fazem muito zigue-zague entre várias formas de trabalhar. Quando trabalham para as plataformas digitais, assumem a maior parte dos riscos do seu trabalho. São raras as proteções

para os riscos específicos (acidentes, doenças e desocupação), assim como são obscuros os mecanismos de ação coletiva para busca de benefícios. Muitos são os estudos que caracterizam as atividades de plataformas digitais como muito precárias.<sup>29</sup> Valerio de Stefano, um estudioso do assunto, diz que as plataformas “desmutualizaram” os riscos, passando para os seus colaboradores todas as despesas decorrentes de infortúnios.<sup>30</sup> Por sua vez, as plataformas argumentam que essa desmutualização é o preço para os profissionais exercerem suas atividades com liberdade e flexibilidade. É uma questão controversa.

A administração dos riscos envolvidos no trabalho em plataformas não é fácil. Neste campo, sempre encontram receptividade de legisladores que buscam ampliar apoio político e eleitoral tentando enquadrar os profissionais de plataformas como empregados protegidos pelas leis do trabalho convencional – em lugar de investir na busca de proteções específicas como as sugeridas pelos analistas que conhecem as peculiaridades do mundo digital.<sup>31</sup>

Por que os profissionais escolhem essa maneira de trabalhar? Os estudos indicam variadas razões, a saber: 1) dificuldade de encontrar emprego convencional; 2) preferência por horários flexíveis; 3) possibilidade de combinar com outras atividades; 4) remuneração atraente; 5) ajuste às limitações de deficientes; 6) liberdade e autonomia de ação.<sup>32</sup>

As empresas de plataformas digitais e, até certo ponto os próprios usuários, estão sendo demandados a compreender e respeitar as necessidades de proteções mínimas para esses profissionais. Os trabalhadores de plataformas digitais são frequentemente excluídos do seguro desemprego, não têm jornadas fixas e nem repouso remunerado, férias e licenças. Numa palavra, o trabalho nas plataformas de aplicativos desfruta de menos proteções trabalhistas e previdenciárias quando comparado à situação de emprego convencional. Vários estudos têm destacado a intensificação da desigualdade entre os trabalhadores de plataformas: enquanto uma pequena minoria se beneficia de complementação de renda e liberdade de trabalho, “a maioria amarga condições adversas e baixa remuneração.”<sup>33</sup> A precariedade das condições de trabalho, nesses casos, tem gerado um debate acalorado, seguido de críticas contra as plataformas digitais que muitas vezes se transformam em ações nos tribunais de justiça. Isso incomoda a sociedade.

## OS CAMINHOS DA PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES

Ao criar novas formas de trabalho, reconhece-se que as tecnologias digitais provocam várias rupturas no emprego convencional. Por isso, muitos procuram enquadrar os trabalhadores e plataformas digitais no emprego convencional sob o argumento de que as empresas que detêm os aplicativos direcionam os prestadores de serviços, submetendo-os à “subordinação dos algoritmos”. Em certos casos, é verdade, eles têm disciplina de horário, devem usar roupa apropriada, não podem negociar as condições do trabalho e nem rejeitar serviços. Ademais, eles são avaliados pelos usuários e pelas próprias plataformas. Alguns analistas vão mais longe ao dizer que, por meio da inteligência artificial, “as plataformas têm controle total dos trabalhadores”.<sup>34</sup>

Nos serviços de entrega de alimentos e outros produtos, alguns trabalhadores têm salário fixo e ganham comissões por entrega. Quando não há salário fixo, as condições de trabalho são mais precárias: os trabalhadores são induzidos a realizar mais entregas, com pouca segurança, e dentro de um sistema de aguda competição entre os colegas. Eles precisam voltar logo à “base” para receber nova missão. Os tempos de descanso são reduzidos quando precisam atender várias solicitações. O trabalho tende a ser muito intensivo. Há vários casos de trabalho estafante que exige moderação e proteção.

Como ocorre com outros tipos de trabalhadores, as proteções dos profissionais de plataformas de aplicativos têm base em três fontes de direito: 1) constituições ou leis gerais: respeito aos direitos humanos, proibição de trabalho de menores, combate às diversas formas de discriminação, etc. 2) leis específicas para o trabalho em plataformas: exigência de vinculação previdenciária, uso de equipamento de proteção individual (EPIs), garantia de seguro de acidentes, e outras. 3) regras estabelecidas nos contratos individuais de trabalho entre os trabalhadores, plataformas, tomadores de serviços e usuários. Na Europa, onde é comum o modelo de bem estar social (*social welfare*), os trabalhadores contam com as proteções gerais do sistema público que são oferecidas a todos os cidadãos.<sup>35</sup>

Mas, nem todos os trabalhos em plataforma digitais são precarizantes. Há plataformas que qualificam a mão de obra, aliviam o trabalho humano, previnem acidentes e doenças profissionais, evitam a exaustão dos trabalhadores (*burnout*) e, no fundo, melhoram a sua qualidade de vida.

Nos casos em que ocorre o trabalho estafante, os próprios profissionais vêm se organizando para, de forma coletiva, pressionar as plataformas por melhores condições de trabalho. Isso tem ocorrido de modo crescente.<sup>36</sup> Cada vez mais as associações profissionais atuam nos moldes dos sindicatos laborais.<sup>37</sup> Muitas buscam proteções nos moldes das proteções do emprego, o que tem sido praticamente impossível de atendê-las. Afinal, quem são os “empregadores” quando os profissionais trabalham para várias plataformas? Quem é o empregador em relações multifacetadas que envolvem 3, 4 ou 5 atores? Como calcular benefícios de empregos para trabalhos realizados em frações de hora, dias, semanas e de forma intermitente com mais de uma plataforma? Como definir uma das partes como empregadora quando há várias delas na constelação de relações de trabalho? Quem responde pela proteção quando o trabalho é prestado em localidades e tomadores diferentes?

Não há como aplicar as regras simples do emprego a relações de curta duração, fluidas, heterogêneas, variadas, intermitentes, descontínuas, etc. e para trabalhadores que realizam as atividades em várias plataformas ao mesmo tempo ou os que combinam o emprego convencional com a plataforma e outras atividades da *gig economy*. A extrema heterogeneidade das situações de trabalho em plataformas digitais impede generalizações com base em leis da relação binária de empregado-empregador. As relações de trabalho são sempre multifacetadas e, por isso, requerem uma análise multidimensional que vai

muito além do relacionamento binário entre empregado e empregador. Como se vê, as proteções têm de estar atreladas às pessoas e não aos cargos ou aos empregos. Dessa forma, elas estarão sempre protegidas por mais variado que seja o seu modo de trabalhar.

## A BUSCA DE SOLUÇÕES JUDICIAIS

Cunhar leis específicas para proteger quem trabalha em plataformas digitais tem sido um empreendimento raro e pouco convincente. Em 2016 o Comitê Econômico-Social Europeu definiu a economia colaborativa como ancorada em plataformas que criam um mercado aberto para uso temporário de transações de bens e serviços prestados por indivíduos privados”.<sup>38</sup> E como tal, precisam de proteções específicas. Mas, até hoje, a operacionalização desse princípio está por ser realizada. É uma tarefa difícil. Ao tentar criar leis de proteção, o legislador se depara, de início, com o desafio de determinar critérios que diferenciam empregados de trabalhadores autônomos ou independentes, assunto que será tratado mais adiante neste ensaio.

Os empregados desfrutam de inúmeras proteções trabalhistas como salário mínimo, hora extra, férias, descanso remunerado, feriados, seguro de acidentes, vários tipos de licenças e outros direitos que constam das leis trabalhistas. Em alguns países ganham um 13º salário. Isso gera um conjunto de proteções bastante oneroso na forma de encargos sociais. No Brasil, os encargos sociais para a contratação de empregados custam para as empresas mais de 100% do salário nominal. Ao lado disso, há os encargos sociais devidos na descontração (desligamento ou demissão do empregado) que igualmente atingem valores elevados. Se aplicados ao trabalho de plataformas digitais por aplicativos esses encargos sociais tenderiam a elevar os preços de forma expressiva para os usuários.

Mas, há que se reconhecer que os trabalhadores das plataformas digitais, é claro, precisam de proteções. Eles também adoecem, envelhecem e morrem; correm riscos de acidentes e ficam exaustos com o trabalho intensivo; necessitam de licenças e descansos e assim por diante. Manfred Weiss vê alguns caminhos para garantir essas proteções: 1) redefinir e ampliar o conceito de empregado para incluir o trabalho dos autônomos; 2) criar um status intermediário entre o empregado e o autônomo e definir para ele as proteções do emprego que se aplicam a esse status; 3) formular uma legislação específica para os trabalhadores autônomos e independentes que constituem a maioria dos que trabalham em plataformas digitais.<sup>39</sup> Ao longo deste ensaio veremos que muitos magistrados tendem a usar a primeira alternativa nos seus julgamentos. Veremos também que muitos países (Espanha, Itália, Reino Unido e outros) definem o status intermediário indicado na segunda alternativa. Ao lado de todas essas providências, em vários países, há um grande esforço para definir leis específicas para os trabalhadores de plataformas digitais em vista da necessidade de se encontrar proteções que melhor se ajustam às peculiaridades do trabalho em plataformas digitais. Este ensaio focalizará essa alternativa mais adiante.

Mas, no momento são poucas as tentativas bem sucedidas de cunhagem de leis específicas, o que tem levado os trabalhadores de plataformas digitais buscarem proteções nos tribunais de justiça. E, neles, as sentenças são muito variadas. Em muitos casos as condições de trabalho são tipicamente de empregados onde é fácil reconhecer um vínculo empregatício; em outros casos, não.

Em vários países, os trabalhadores de plataformas digitais por aplicativos têm buscado no Poder Judiciário as proteções que estão ausentes em leis específicas. Por exemplo, no Reino Unido, os motoristas da Uber acionaram a empresa, demandando proteções de empregados: salário mínimo, jornada de trabalho, férias, etc. Em vários estados dos Estados Unidos, onde grande parte das leis trabalhistas é estadual, têm sido frequentes as ações judiciais de autônomos que buscam as proteções do emprego. Na Espanha e na Holanda, os entregadores da empresa Deliveroo têm exigido na Justiça vários tipos de indenizações, inclusive a de dispensa que é típica do emprego.<sup>40</sup>

A Uber é a plataforma que mais gerou controvérsias no campo jurídico.<sup>41</sup> Nos tribunais de justiça, têm sido comuns as citações de que os motoristas da Uber trabalham sob subordinação, porque são submetidos a ordens do GPS fornecido pela plataforma, assim como as avaliações da plataforma que podem redundar em penalidades, desativação ou desligamento do motorista. Essas seriam “novas formas de subordinação e pessoalidade” que se afastam da liberdade e flexibilidade do trabalho alegadas pela Uber. Para os adeptos dessas ideias a maioria da contratação de trabalhadores por meio de plataformas digitais constitui uma forma escamoteada de contratação de empregados.<sup>42</sup>

Muitos analistas reconhecem que esses profissionais trabalham em uma área cinzenta o que dá origem a interpretações controversas. Se, de um lado, o prestador de serviços por plataformas digitais não é empregado por não pertencer à linha de subordinação pessoal dos chefes e gestores, de outro, ele também não é o seu próprio chefe ou totalmente autônomo e independente, porque recebe várias orientações da plataforma sobre como proceder no seu trabalho. Os que assim pensam, dizem que os motoristas de plataformas não são nem empregados, nem empregadores e nem autônomos totalmente independentes. Eles estariam num limbo para o qual ainda não há leis específicas. Daí a razão de tantas ações judiciais desencontradas e que se baseiam em diferentes definições de empregados e autônomos. Assim tem ocorrido em vários países.<sup>43</sup>

Na Inglaterra os trabalhadores que caem nesse limbo foram classificados em “wokers” – situação intermediária entre empregados e autônomos. A Corte de Apelação Cível da Inglaterra definiu três categorias de trabalhadores: empregados, autônomos e “workers”. Isso foi fruto de uma decisão judicial do Tribunal Trabalhista de Recursos no processo entre Uber vs. Aslam em 28 de outubro de 2016. O Tribunal assim decidiu por considerar que os motoristas em várias situações estão sujeitos a controles da Uber. Mas, a decisão impôs restrições. Os motoristas são considerados “workers” só durante o tempo em que o aplicativo da Uber estiver ligado<sup>44</sup>, quando estiverem dispostos a aceitar corridas e quando estiverem operando no território autorizado pela plataforma. Trata-se de um conceito complexo que exige averiguações detalhadas.

Por realizarem atividades com personalidade, nas situações indicadas, eles são protegidos por alguns direitos trabalhistas, tais como, salário mínimo, remuneração em feriados, licença para tratamento de saúde, jornada de trabalho de no máximo 48 horas e tempos para descanso.

Mas, a discussão não se encerrou ali. Em uma apelação ao Tribunal Superior de Justiça foi confirmada a decisão da Comissão Central de Arbitragem que considerou os trabalhadores de plataformas como profissionais autônomos e não “workers” sob o argumento de que os motoristas podem aceitar ou rejeitar serviços e podem ser substituídos por outros motoristas.<sup>45</sup> Como se vê, os casos que entram na Justiça do Reino Unido parecem não ter fim.

Na Espanha, também, muitas ações têm sido julgadas com base no Estatuto dos Trabalhadores Autônomos que, a exemplo do Reino Unido, definiu uma terceira categoria de trabalhadores – a dos “autônomos economicamente dependentes” para os que trabalham predominantemente para uma empresa. Mesmo assim, proliferaram as ações judiciais que disputam a categorização de autônomo e de empregado para os trabalhadores de plataformas digitais. No Reino Unido os autônomos economicamente dependentes estão concentrados na construção civil e nos serviços financeiros.<sup>46</sup>

A orientação francesa nesse campo é ainda mais protecionista. A Corte de Apelação de Paris, por exemplo, reconheceu vínculo de emprego entre os motoristas da Uber em 2019. Em março de 2020, a Corte de Cassação da França confirmou a referida decisão para um caso individual, explicando que o motorista reclamante jamais seria um contratado autônomo, porque não pode ter sua própria clientela ou definir seus próprios preços, o que faz dele um subordinado da plataforma. “Ao se conectar à plataforma digital da Uber, é estabelecida uma relação de subordinação entre o motorista e a empresa”, afirmou o magistrado daquele tribunal. “Portanto, ele trabalha como funcionário da Uber.”<sup>47</sup>

Em muitos países, os trabalhadores de plataformas digitais por aplicativos são classificados como empregados ou autônomos, a depender de sua situação de trabalho. Para tanto, os magistrados usam a metodologia dos testes de aderência de itens para definir a situação de trabalho, como é comum em vários países da Europa e também nos Estados Unidos conforme indicado abaixo.

Na Califórnia, muitos magistrados concluem que um trabalhador não é empregado se atende aos seguintes itens do teste de averiguação de status laboral: (a) está livre do controle e da direção da empresa na realização de seu trabalho; (b) realiza um trabalho que está fora das atividades usualmente realizadas pela empresa; (c) exerce atividades de forma independente em determinada ocupação, setor ou empresa de natureza semelhante as da empresa em tela (contratante).

Apesar do uso dos testes de aderência, os recursos e as apelações a tribunais superiores se multiplicam a cada dia.<sup>48</sup> e continuam surgindo interpretações contraditórias. Por exemplo, em dezembro de 2019, na Alemanha, onde também se usam os testes, os trabalhadores de plataformas não foram considerados empregados pelo fato de não serem obrigados a aceitar ordens.<sup>49</sup> Ato contínuo, essa decisão passou a ser contestada junto ao Tribunal Superior do Trabalho.

Nos Estados Unidos, grande parte das disputas judiciais gravita em torno de regulação local (municípios).<sup>50</sup> Mas, os tribunais de justiça têm se dividido ao analisar as regras municipais.

O apelo aos tribunais tem gerado uma distorção. Como as atividades realizadas por plataformas digitais variam no tempo e no espaço, isso faz com que as partes busquem decisões judiciais onde a jurisprudência aparenta lhes favorecer, surgindo, assim, um uso oportunista do Poder Judiciário por falta de leis específicas de âmbito nacional.

Mas, mesmo quando há leis específicas, as discordâncias ocorrem. Nos Estados Unidos a própria Suprema Corte diz não existir definição que resolva todos os problemas do relacionamento entre empregados, autônomos e as plataformas digitais. A confusão é grande. Enquanto a Califórnia classifica a Uber como empresa de transporte que deve registrar os motoristas como empregados, o Ministério do Trabalho dos Estados Unidos defende a autonomia e independência dos motoristas, afastando a situação de empregados.<sup>51</sup> Para chegar a essa conclusão o Ministério do Trabalho utiliza uma lista de itens de aderência elaborada pela Suprema Corte em decisão recente que leva em conta: (a) a natureza e o grau de controle do empregador; (b) a permanência do relacionamento com o empregador; (c) os investimentos dos trabalhadores em equipamento e outros meios; (d) o grau de iniciativa, julgamento e previsibilidade dos trabalhadores; (e) as possibilidades de perdas e lucros dos trabalhadores; (e) e a extensão de integração dos trabalhadores nos negócios dos empregadores. Com base nesse teste os motoristas da Uber, Lyft e outras plataformas não são enquadrados como empregados pelo Ministério do Trabalho americano.

A prática do uso de testes acabou se generalizando nos Estados Unidos. Os testes de aderência podem se basear na “Common Law” ou no Sistema ABC. No primeiro caso, o trabalhador é considerado empregado quando o empregador tem sobre ele o controle comportamental e financeiro. O controle comportamental se refere ao modo pelo qual o empregador define a forma de realizar as tarefas que inclui onde fazer, quando fazer e como fazer. O controle financeiro está presente quando o empregador reembolsa as despesas dos trabalhadores; quando fornece equipamentos e facilidades para a realização do trabalho; quando o trabalhador não pode ter lucro ou prejuízo; quando os trabalhos são realizados para apenas um empregador, geralmente, de forma pessoal e contínua.

Os testes de aderência baseados na Common Law são usados em 17 estados. Os baseados no sistema ABC em 33 estados. Neste caso, o trabalhador não é considerado empregado quando: (a) trabalha fora do ambiente do empregador; (b) na ausência de controle; (c) quando quer; (d) como quer e (e) podendo trabalhar para muitas empresas ou pessoas. Os trabalhadores autônomos e independentes têm a liberdade de determinar a sua própria forma de trabalhar. Eles podem trabalhar sozinhos ou em parceria com outros autônomos ou independentes. Eles correm os riscos da liberdade e são responsáveis pelo recolhimento de impostos e contribuições sociais.

No Canadá também não há definição legal para trabalhador autônomo ou independente, mas quando o autônomo é dependente de um tomador de

seus serviços ele é geralmente considerado empregado e desfruta de várias proteções garantidas pela lei trabalhista. Na Austrália, inexistem definições legais de empregados ou autônomos e independentes, razão pela qual o país usa testes como se faz nos Estados Unidos.

Para contornar a crescente onda de judicialização, nos Estados Unidos, muitas plataformas digitais passaram a colocar cláusulas de arbitragem nos contratos dos profissionais por elas contratados. Nesses contratos fica explícita a condição de autônomos e independentes para os que trabalham com as plataformas.

## AS PROTEÇÕES JUDICIAIS NO BRASIL

A exemplo do que ocorre no exterior, no Brasil também, o assunto tem sido levado aos tribunais do trabalho com conclusões divergentes. Em uma análise de 432 (quatrocentos e trinta e duas) ações trabalhistas nas quais se discutia a questão de subordinação, em 5 (cinco) houve reconhecimento de vínculo empregatício (1,2%); 172 (cento e setenta e duas) foram julgadas improcedentes, sem reconhecimento de vínculo empregatício (39,8%); 81 (oitenta e um) casos foram julgados parcialmente procedentes, mas sem reconhecimento de vínculo (19%); 97 (noventa e sete) casos terminaram sem reconhecimento de vínculo (22,5%); em 40 (quarenta) casos houve desistência sem reconhecimento de vínculo (9,3%); 37 (trinta e sete) casos foram encerrados por questões processuais (8,6%); em 42 (quarenta e dois) casos houve reconhecimento de vínculo (10%). Ou seja, em 90% das ações judiciais não houve reconhecimento de vínculo empregatício.<sup>52</sup>

Analisando o caso da Uber, o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, em 2017, descartou a existência de vínculo empregatício entre o reclamante e a plataforma. Ao analisar outro caso, no mesmo Tribunal, o magistrado considerou a Uber como empresa transportadora e os motoristas como seus empregados.<sup>53</sup> Na mesma ocasião o Ministério Público do Trabalho viu na Uber todas as condições do trabalho subordinado e que caracterizam o vínculo empregatício.<sup>54</sup>

Mas, há várias sentenças em outra direção. Nesses casos, os magistrados estendem aos trabalhadores autônomos de plataformas digitais as proteções dos empregados garantidas pela CLT e pelo direito previdenciário. Como regra, o Ministério Público do Trabalho vê a existência de vínculos empregatícios em todas as modalidades de plataformas digitais de aplicativos na área de transporte.<sup>55</sup> Há operadores do direito que defendem abertamente a aplicação de vínculo empregatício a todos os que trabalham de modo autônomo e independente.<sup>56</sup>

O posicionamento do Ministério Público do Trabalho em relação aos trabalhadores de plataformas de transporte sensibilizou o Ministério Público da União que, indo além do caso da Uber, entendeu que “as empresas da economia do bico [gig economy] devem se comportar da mesma forma que as demais que atuam em outros setores”.<sup>57</sup> No Tribunal Superior do Trabalho, há Ministros que julgam esses casos com base no conceito de subordinação

estrutural<sup>58</sup> que considera haver subordinação direta do trabalhador aos gestores da empresa. Mas, há uma tendência contrária em favor dos autônomos e independentes pela ausência de subordinação entre a Uber e seus motoristas sob o argumento de que os mesmos podem ligar e desligar o aplicativo à vontade, além de ficarem com a maior parte do valor pago pelos usuários (cerca de 75%).<sup>59</sup> Por outro lado, o Ministério Público de São Paulo tem visto vínculo empregatício nos motoboys que fazem entregas com apoio em plataformas.<sup>60</sup>

No geral, há um bom número de juízes que não veem relação de emprego entre os trabalhadores e as plataformas digitais devido ao entendimento de que: (a) não há subordinação entre os provedores de serviços e as plataformas; (b) os provedores de serviços não são incluídos na estrutura organizacional das plataformas; (c) os provedores de serviços podem trabalhar para várias plataformas, sem exclusividade, inclusive para plataformas concorrentes. Na amostra do estudo citado acima, em apenas 10% das ações os magistrados decidiram em favor do vínculo empregatício.<sup>61</sup>

Na avaliação da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, “a ampla flexibilidade do trabalhador motorista da Uber em determinar a rotina, os horários de trabalho, os locais em que deseja atuar e a quantidade de clientes que pretende atender por dia é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego que tem como pressuposto básico a subordinação”. Outro ponto considerado pelo relator Ministro Breno Medeiros está “a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário”.<sup>62</sup> O Superior Tribunal de Justiça, igualmente, decidiu que os motoristas da Uber são empreendedores individuais.<sup>63</sup>

## EM DIREÇÃO A LEIS ESPECÍFICAS

Na falta de leis específicas, em alguns países da Europa, leis de outras áreas têm sido usadas para proteger os trabalhadores de plataformas. Na Espanha, por exemplo, o Código de Transporte distingue os serviços de transporte remunerados dos serviços voluntários não sujeitos a lucro. Os motoristas da Uber são classificados como autônomos por estarem no primeiro tipo, desde que não exibam traços de vínculo empregatício – o que é analisado pelos tribunais com base em lista de itens caracterizadores de emprego ou de trabalho independente. A Alemanha passou a classificar as plataformas de transporte de passageiros como atividade comercial o que gerou a necessidade de considerar os motoristas como empregados. A Uber apelou para várias instâncias judiciais, argumentando ser mera intermediadora de serviços realizados por pessoas. A controvérsia continua. Na Dinamarca, igualmente, o transporte de pessoas que envolve remuneração é considerado como atividade comercial e como tal dá ensejo a classificar os motoristas como empregados.

Na França, apesar da reconhecida tendência protecionista em favor dos empregados, a Lei 2016-1088/2016 definiu como autônomos os trabalhadores de plataformas digitais por aplicativos.<sup>64</sup> Essa lei permite aos autônomos acessar os benefícios da Previdência Social, inclusive, acidentes de trabalho. As

plataformas podem recolher de forma voluntária as contribuições para aqueles benefícios. A mesma lei ampara a formação de associações para defender os interesses coletivos.

Na Bélgica, usa-se a classificação de “contrato de emprego” e “contrato de serviços”. Na maioria das plataformas por aplicativos, os profissionais assinam contratos de serviços e trabalham como autônomos, mas têm cobertura da Previdência Social à qual recolhem contribuições com alíquotas diferentes dos empregados. Os autônomos não têm salário mínimo, feriados remunerados, jornadas de trabalho fixas e licenças. Muitos trabalhadores de aplicativos são contratados na base intermitente, recebendo €5,50 por hora trabalhada (com um teto de €5,00 por dia) e pagando contribuições aos planos de previdência social. É comum também o uso de testes de aderência para determinar se o profissional é empregado ou autônomo e independente.<sup>65</sup> Se o profissional é intencionalmente classificado na categoria errada, a plataforma tem responsabilidade criminal.<sup>66</sup> Este tipo de penalidade é encontrado em vários países da Europa.

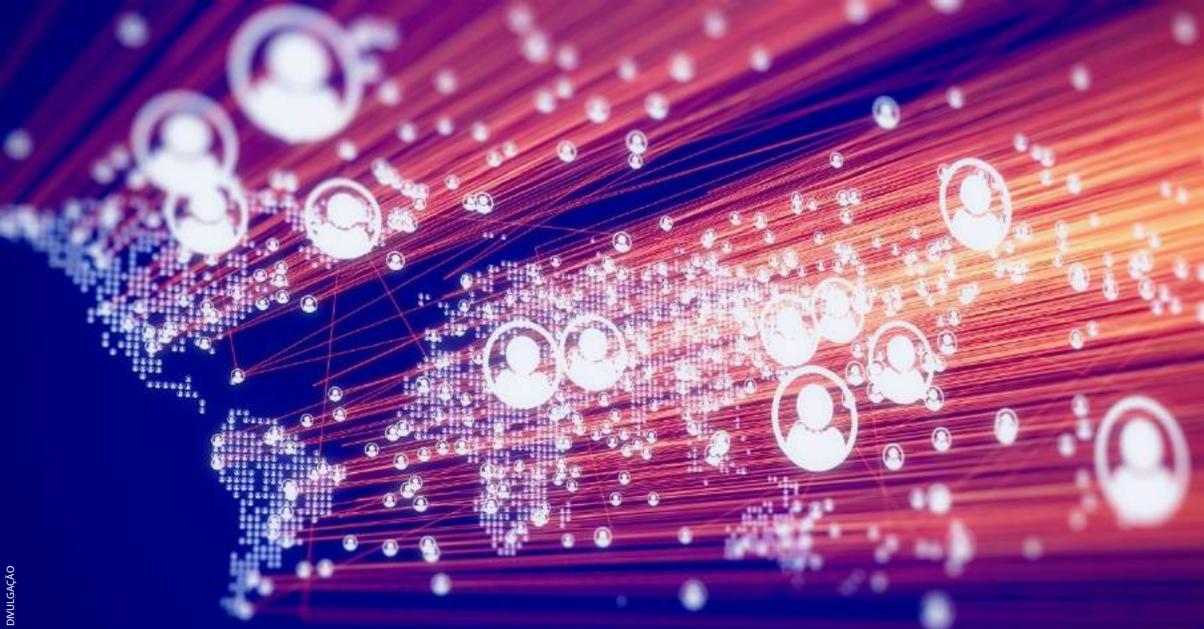
Em alguns lugares, os legisladores têm aprovado leis específicas. Já foi citado o caso da Califórnia, nos Estados Unidos, que, com base em testes, classificou grande parte dos motoristas de plataformas digitais como empregados. O estado de Massachussetts, igualmente, aprovou em 2018 uma lei que considera como empregados os profissionais que trabalham em plataformas digitais por aplicativos. No mesmo ano, o prefeito de New York sancionou uma lei que equaliza os preços dos taxis e dos aplicativos, tendo estabelecido ainda um salário mínimo para os dois casos.

Na contramão dessas leis, no mesmo ano de 2018, dez estados americanos aprovaram leis que classificam todos os profissionais de plataformas por aplicativos como trabalhadores autônomos e independentes e não como empregados das empresas.

Em várias Províncias do Canadá, as leis exigem que as plataformas digitais provem por meio de testes de aderência que seus colaboradores não são empregados. É um trabalho de caso a caso.

No Japão, a Lei Trabalhista define o status de “worker” para quem é empregado de uma empresa da qual recebe salário. Mas não há definição legal para autônomo ou independente. Embora em menor número do que no Ocidente, as disputas também ocorrem. Em muitas ações judiciais, eles têm sido considerados como empregados e podem negociar coletivamente com as empresas. Ao mesmo tempo, por força de regulamentos, há um conjunto de proteções aplicáveis aos autônomos que se assemelham às dos empregados.<sup>67</sup>

Em todos os países, o Poder Judiciário está à espera de leis menos controversas para o trabalho em plataformas digitais. O maior desafio nesse campo é estabelecer a distinção clara entre empregados e autônomos ou independentes. Esse assunto é complexo. Tanto nos Estados Unidos como na Europa, a classificação de trabalhadores de plataforma por aplicativos como autônomos ou independentes raramente atinge um consenso. Ao contrário, as apelações e recursos nos tribunais de justiça se multiplicam a cada dia. Como vimos, a grande maioria de países não tem definição específica para autônomos e



**“Toda vez que se abre uma discussão nesse campo –, no âmbito da imprensa ou do parlamento –, as plataformas são tratadas como insensíveis aos direitos humanos e interessadas exclusivamente nos lucros da sua atividade. Para realizar uma advocacy sincera e humana faz-se necessário uma bem organizada massa crítica de dados, mostrando o sucesso de experiências realizadas, resultados concretos e propostas de ação que sejam capazes de acomodar os interesses econômicos das plataformas com as aspirações sociais do mundo moderno. É imperioso um entendimento básico dos desdobramentos políticos que emergem dessa questão para, com isso, chegar-se a um mínimo de consenso sobre as estratégias mais adequadas para as plataformas agirem de forma integrada e com bons argumentos.”**

independentes e usa os testes de aderência para concluir que os autônomos ou independentes são os não empregados.

No Brasil, não temos a tradição de testes de aderência. O seu uso parece pouco viável. Teme-se que os seus itens venham a ser interpretados de modo subjetivo pelos juízes, gerando ainda mais contestações. Entre nós, um grande esforço terá de ser feito no campo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Para tanto, o legislador precisará ter uma visão clara da distinção conceitual entre empregados e autônomos ou independentes.

Pela leitura literal do art. 3º da CLT só é considerado empregado o trabalhador (pessoa física) que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. E, para a elucidação da definição, é considerado empregado o que presta serviço de forma pessoal e subordinada a um empregador, habitualidade, pessoalidade, subordinação, continuidade e exclusividade. Convém reiterar que os trabalhadores por plataformas

digitais podem trabalhar como empregados, sem problema. Mas, a grande maioria não o faz dessa forma.

O trabalho em plataformas digitais geralmente é realizado em espaços e tempos variados. Algumas atividades demoram dias, outras frações de horas. Raramente o trabalho é conduzido na sede da plataforma, mesmo porque a maioria nem tem espaço físico. Para os trabalhadores, é comum trabalhar para várias plataformas, operadas dos mais diversos locais, cidades ou países. As relações do trabalho envolvem pelo menos quatro partes: a plataforma, o prestador de serviços, o tomador de serviços e os usuários ou consumidores finais. Assim ocorre, por exemplo, com a constelação que envolve a plataforma do iFood, dos restaurantes, dos entregadores e dos consumidores. Trata-se de um relacionamento multifacetado que se afasta da relação binária do empregado e empregador.

Ou seja, o trabalho por plataforma digital tende a ser variado, descontínuo e heterogêneo. Em todos os casos os trabalhadores de plataforma tomam decisões dentro de uma larga margem de liberdade, podendo trabalhar quando querem, como querem e sem subordinação – com um mínimo de regras estabelecidas pelas plataformas – tudo isso marcado por muitos traços de julgamento e iniciativa dos próprios trabalhadores. Ficam para eles o bônus e o ônus (os riscos) dessa liberdade. Muitos analistas apresentam uma longa lista de riscos físicos, psíquicos, ambientais e sociais que ficam todos por conta dos trabalhadores de plataformas. A literatura nesse campo é imensa sempre destacando a dimensão precarizante desse tipo de trabalho.<sup>68</sup> Os analistas indicam que em vários países avançados, as leis de saúde e segurança no trabalho não cobrem os autônomos.

Mas, é inegável que esses trabalhadores têm muito mais liberdade do que os empregados convencionais. Apesar de ficarem à disposição das plataformas durante certo tempo, eles aceitam e rejeitam trabalho de acordo com a sua conveniência. Nos casos de trabalhadores que trabalham para várias plataformas ao mesmo tempo eles têm liberdade para combinar com emprego em tempo parcial ou integral, com serviços comunitários ou atendimento de obrigações familiares e escolher a combinação que lhe convém.

A descrição aqui apresentada é sintética e está longe de cobrir toda variedade de trabalhos realizados com apoio em plataformas digitais. Mas, é suficiente para revelar as enormes diferenças que existem entre a independência desse tipo de trabalho da dependência que ocorre no caso do emprego. Neste caso, o empregador define a forma e o tempo (jornada de trabalho) para o trabalhador realizar as tarefas, indicando ainda onde fazer e como fazer. O empregado não tem liberdade para seguir outros caminhos.

Apesar das reconhecidas dificuldades, os analistas não desistiram de buscar uma forma de diferenciar o trabalho por plataformas digitais do trabalho realizado com vínculo empregatício. Um esforço promissor foi realizado por Wolnei Ferreira e Nelson Manrich que segue:

“Não caracteriza vínculo empregatício a contratação de trabalhadores que, de forma voluntária, independente e autogerida, se inscrevem para aten-

der pessoas jurídicas que prestam serviços através de tecnologias, sistemas ou plataformas de atividades colaborativas e participativas, visando servir ao público consumidor em geral.”<sup>69</sup>

É claro que esse conceito não abarca todas as características como as descritas acima. Mas ele tem a virtude de ser geral e específico. Cobre todas as modalidades de trabalho por plataformas e indica as particularidades distintivas desse tipo de trabalho. Penso ser um ponto de partida para se buscar a necessária distinção entre empregados e trabalhadores autônomos ou independentes.

Na Europa, apesar de várias recomendações da Comissão Europeia<sup>70</sup> e do próprio Parlamento Europeu no sentido de normatizar o trabalho de plataformas por aplicativos, soluções legislativas específicas ainda são embrionárias.

A definição de leis específicas para proteger os trabalhadores por plataformas digitais exige criatividade, pois, as proteções precisam estar atreladas às pessoas e não aos empregos<sup>71</sup> porque os trabalhadores ancorados em plataformas mudam muito de atividade, local e forma de trabalhar. Na cunhagem dessas leis customizadas e portabilidade serão essenciais. Ao mesmo tempo, será importante criar benefícios que preservem a viabilidade financeira das plataformas que, em última análise é a geradora de trabalho e renda para os profissionais.<sup>72</sup>

Alguns países da União Europeia já começaram a esboçar essas leis. Por exemplo, no Reino Unido, os trabalhadores contratados na base de “zero-hora”, presencialmente ou por plataformas, são considerados empregados quando têm de prover seu trabalho de modo pessoal e concordam com o controle e subordinação do contratante. Do contrário, são autônomos ou “workers”. Na Alemanha, os que caem em uma categoria híbrida entre empregados e autônomos são chamados de “empregados como pessoa”. Os que trabalham nos “mini-jobs” (limitados a €450 mensais) não são considerados empregados regulares a menos que haja uma situação de subordinação.<sup>73</sup> Mas, para dirimir as dificuldades de definição de status laboral, tanto no Reino Unido como na Alemanha é comum o uso dos testes de aderência para determinar o status do trabalhador.

Muitos analistas entendem que esses status intermediários entre empregados e autônomos mais complicam do que ajudam. A segurança jurídica é pequena. Nos Tribunais de Justiça tem sido difícil fazer essa distinção. As proteções específicas são poucas e muito confusas. E na prática, muitas empresas buscam esse tipo de contratação simplesmente para pagar menos encargos sociais.<sup>74</sup>

Na Espanha inexistente lei civil ou trabalhista para regular o trabalho em plataformas digitais por aplicativo. Para distinguir empregado de autônomo, os magistrados também usam os testes de aderência – uma longa lista de quesitos referentes à subordinação, grau de independência e risco dos trabalhadores. A Central Sindical Confederación Sindical de las Comisiones Obreras (CCOO) vem apoiando a formação de associações regionais de trabalhadores autônomos economicamente dependentes e pressionando o governo para regulamentar o trabalho de plataformas por lei específica. Aliás, em toda e

Europa os sindicatos laborais estão empenhados nessa empreitada. O mesmo não ocorre do lado das organizações empresariais.

Na França, Suécia e Reino Unido quando os profissionais trabalham sem subordinação, eles são obrigados a se registrar e pagar a Previdência Social.<sup>75</sup> Mas, fora isso, a situação no Reino Unido é uma das menos reguladas da Europa. Na Alemanha, a lei obriga a filiação à Previdência Social para as profissões regulamentadas (cerca de 300), artistas, publicitários e artesãos. Todos os demais profissionais contribuem para a Previdência Social na base voluntária.<sup>76</sup> Entretanto, desde 2006, todos os trabalhadores são obrigados a ter um seguro de saúde: a contribuição é de 50% para os empregados e 50% para os empregadores; no caso dos autônomos eles contribuem com 100% o que tem causado enorme dificuldade, especialmente, para os trabalhadores de baixa renda. Na Itália, os trabalhadores de plataformas digitais podem ser classificados como empregados, como autônomos<sup>77</sup> ou ainda em uma terceira categoria, como parassubordinados. São trabalhadores exclusivos ou não os que prestam serviços às empresas por tempos curtos ou longos.<sup>78</sup> Os contratos são chamados “co.co.co” – “contratti di collaborazione coordinata e continuativa”. Nesses casos, as empresas têm um grande controle do trabalho. Todos contribuem para um caixa especial do Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS). Os que trabalham de forma exclusiva para as empresas recolhem uma contribuição social mais alta e têm direito a vários benefícios trabalhistas tais como seguro desemprego, licença maternidade, licença por doença e ajudas familiares. Os que não são exclusivos têm menos benefícios. Eles não têm seguro desemprego. Mas, a Lei nº 81/2017 introduziu importantes proteções para os autônomos como subsídios aos programas de treinamento, acesso aos Fundos da União Européia, licença parental (maternidade e paternidade) de seis meses e benefícios no caso de doença e acidentes.

Na Holanda, os profissionais de plataformas digitais por aplicativos recebem pelo trabalho efetivamente realizado. Assegura-se uma remuneração mínima para os que trabalham menos de 15 horas por semana. Depois de três meses, os profissionais devem garantir um mínimo de horas por mês com base na média daquele período.

A formulação de leis específicas requer um bom conhecimento de como trabalham essas pessoas, o que fazem, como fazem, onde fazem, quanto ganham, como ganham, e assim por diante. As leis existentes, em sua maioria, apenas contornam essas exigências. Os legisladores enfrentam dificuldades reais em vista da enorme heterogeneidade desse mundo. Os exemplos apresentados acima no caso da União Europeia, indicam que os países usam até regras de códigos de trânsito, normas tributárias ou decisões judiciais ancoradas em detalhes obscuros ou ambivalentes.

Mas, recentemente, o assunto ganhou grande importância. A Comissão Europeia publicou um trabalho que resume as regras existentes em vários países da Europa que vem servindo de inspiração para a cunhagem de leis para as atividades realizadas por meio de plataformas digitais de aplicativos.<sup>79</sup> Além disso, a referida Comissão decidiu marcar uma consulta pública para recolher sugestões dos Estados-Membros sobre a proteção do trabalho em plataformas.

As sugestões serão examinadas em uma reunião específica do Conselho a se realizar ainda em 2020.

Na maioria dos países avançados, porém, há uma solução de mercado que ajuda a garantir proteções para os trabalhadores de plataformas de aplicativos e, de modo geral, para todos os autônomos e independentes. Trata-se da oferta de planos de previdência complementar que podem ser comprados livremente. Há casos em que o custo desses planos é compartilhado entre o prestador de serviços, o tomador e o governo. Na Alemanha, por exemplo, um ator quando é contratado para desempenhar uma peça, ele deve ter seu plano de previdência privada que é pago por ele mesmo, pelo teatro que o contrata e pelo governo. A proteção é atrelada ao ator e não ao seu cargo ou seu emprego. Quando o ator vier a trabalhar para outros teatros em nova temporada, a proteção continua com ele.

As proteções mais fundamentais para os seres humanos são o seguro de acidentes do trabalho, o seguro de saúde e a aposentadoria. A OCDE, por exemplo, recomenda que os trabalhadores autônomos sejam vinculados a planos de previdência que garantam, pelo menos uma remuneração decente, jornadas de trabalho humanizadas, proteções para a saúde e acidentes, alguma proteção contra a desocupação e regras anti-discriminação.<sup>80</sup> Na União Europeia os sistemas de saúde são públicos e dão acesso a todos os residentes. Nos Estados Unidos, porém, isso não ocorre. Os seguros de saúde são privados e muito caros.

## NEGOCIAÇÃO COLETIVA – BARREIRAS PRÁTICAS E LEGAIS

A Convenção 87 da OIT considera o direito de se associar e negociar coletivamente como mecanismo central para o estabelecimento de obrigações e direitos dos trabalhadores em geral, sem fazer distinção de empregados, autônomos ou independentes. Mas, a sindicalização e a prática da negociação coletiva de autônomos ou independentes enfrentam várias restrições legais e práticas, tanto nos Estados Unidos como na União Europeia.

## ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a National Labor Relations Act garante a prática da negociação coletiva para os empregados, mas não para os autônomos ou independentes.<sup>81</sup> No próprio processo de criação de sindicatos no qual empregados e empregadores participam ativamente, não há provisões para sindicatos de autônomos ou independentes.

O fundamento desta proibição deriva do campo da concorrência. Por força da lei da concorrência (Sherman Antitrust Act), os profissionais autônomos e independentes – considerados empreendedores – não podem combinar com as empresas que servem nenhum acordo que venha a conspirar contra aquela lei. Nos Estados Unidos, há um ditado muito venerado que diz: “collusion bad, free market is good”. Essa concepção do livre mercado pode ter desdobramentos complicados para os autônomos e independentes, assim como para as empresas que os contratam.<sup>82</sup>

Todavia, a regra do NLRB tem se chocado com decisões estaduais. O caso mais eloquente foi o da Califórnia que, em 2019 considerou os motoristas de entrega da empresa Dynamex como empregados – decisão que se estendeu aos motoristas da Uber. A própria Lei Antitruste tem sido desafiada. Várias profissões e atividades ficam em uma área cinzenta entre empregados e autônomos e independentes (caminhoneiros por conta própria, taxistas, artistas, consultores e outros). O NLRB tem sido rígido ao conferir o direito de negociação coletiva apenas quando esses profissionais trabalham como empregados. Em decisão recente (2019) o NLRB considerou os motoristas da Uber como não empregados e sem direito a negociar coletivamente.<sup>83</sup>

A despeito dessas restrições legais, tem crescido nos Estados Unidos o número de acordos entre contratantes (empresas ou pessoas físicas) contratados (autônomos e independentes) como os que fazem parte, por exemplo, do Sindicato dos Freelancers.<sup>84</sup>

Mas, há duas observações a fazer nesses casos. Primeira, os chamados sindicatos de autônomos e independentes não são propriamente sindicatos laborais. Por exemplo, o Freelancers Union, não sindicato e sim uma organização com fins não lucrativos que busca defender os interesses dos seus filiados. Ela faz a “advocacy” em nome de seus associados, promovem a venda de seguros, ajudam a divulgar as profissões, criam “sites” para comunicação entre seus associados, etc. A organização não é filiada a sindicatos e nem a organizações sindicais mais amplas como, por exemplo, a AFL-CIO (American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations), mas luta pela sua legalização como sindicato laboral. Assim, ocorre com inúmeros pseudo-sindicatos que desenvolvem campanhas de consulta e de pressão em favor de seus associados.

A segunda observação é que as negociações realizadas com as empresas, não seguem os rituais das negociações coletivas dos sindicatos legais. São conversas, consultas e troca de propostas com as empresas contratantes sem caráter sindical. Em certos casos, essas organizações são amparadas por sindicatos laborais formais que facilitam a produção de material informativo e fornecem assessoria em matéria de negociação coletiva.

## UNIÃO EUROPEIA

Na União Europeia, igualmente, a negociação coletiva é assegurada apenas aos representantes de empregados, e não para autônomos e trabalhadores independentes. Ela é proibida por ferir o Art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) que trata da concorrência<sup>85</sup> como faz a Lei Antitruste dos Estados Unidos.

Dentre outros dispositivos, o referido artigo proíbe “todos os acordos entre empresas assim como decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que podem afetar o comércio entre os Estados-Membro e que tenham por objetivo ou efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, especificamente as que consistem em: a) fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; ... c) aplicar a parceiros comerciais condições

desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os em desvantagem na concorrência”.<sup>86</sup> Ou seja, nenhum acordo pode impor às empresas quaisquer restrições à consecução de seus objetivos e nem dar a uma empresa a possibilidade de eliminar a concorrência.

Segundo a referida lei, os autônomos não são empregados e, por isso, são tratados como empreendedores ou simplesmente empresas. O referido artigo impede que empresas façam acordos com outras empresas para fixar preços de modo a prejudicar a concorrência de outras empresas. No caso de negociação coletiva, a fixação de condições mínimas de trabalho e de remuneração costuma ser interpretada como fixação de preço. A despeito disso, várias organizações de profissionais autônomos e independentes têm realizado campanhas em favor de seus associados. Em alguns casos, entram em um processo de consulta semelhante a uma negociação coletiva.

As tentativas de negociação coletiva de autônomos ou trabalhadores independentes com as empresas de plataformas têm sido levados aos tribunais europeus. De modo geral, as sentenças consideram nulas as negociações realizadas por associações ou pseudo-sindicatos.<sup>87</sup> Na Dinamarca, a negociação coletiva tem sido considerada ilegal por ferir a lei da livre concorrência. Na Áustria, por exemplo, a Lei Constitucional do Trabalho não admite esse tipo de negociação com duas exceções: jornalistas e empregadas domésticas. Na Bélgica, igualmente, há exceção para jornalistas e profissionais do entretenimento. O mesmo ocorre na Suécia e Reino Unido.<sup>88</sup>

Na Holanda, a Lei da Negociação Coletiva (1927) dá espaço para a negociação de autônomos e independentes, mas, esse tipo de negociação tem sido considerada ilegal à luz da Lei da Concorrência da União Europeia.<sup>89</sup> Na Alemanha, a negociação coletiva é permitida quando o autônomo é economicamente dependente, trabalham predominantemente para uma pessoa ou empresa da qual receberam mais de 50% de sua renda nos últimos seis meses.

A Irlanda aprovou uma lei em 2017 que procura eliminar as restrições impostas pela Lei da Concorrência da União Europeia. Mas, a nova lei apoia a sindicalização e negociação coletiva apenas de categorias específicas – atores, músicos e jornalistas freelancers. Apoia também os “falsos autônomos” que, na prática, são tratados como empregados. Finalmente, a lei apoia um novo tipo de status que é o “autônomo inteiramente dependente” referente ao trabalhador autônomo cuja remuneração total depende de uma plataforma, afastando assim, os que trabalham e recebem de várias plataformas.

A Espanha encontrou uma “engenharia jurídica” para contornar a proibição da lei da concorrência no campo da negociação coletiva, o que, com as devidas adaptações vem sendo seguido por alguns países onde os trabalhadores e vários juristas não se conformam com o tratamento de empresário dado aos trabalhadores autônomos da União Europeia.

Em um estudo recentemente publicado pela Comissão Europeia<sup>90</sup> lê-se o seguinte: 1) a maioria dos trabalhadores de plataformas digitais da Europa não estão organizadas ou representadas e nem cobertas por contratos coletivos porque são tratados como empresas que não podem formar cartéis. Mas, as barreiras anti-cartéis da Lei da Concorrência não se aplicam a eles. Esses

trabalhadores não possuem a estrutura de empresas. Eles trabalham como pessoas. E, como tal, precisam de proteções a serem negociadas coletivamente.<sup>91</sup> Mas, pela Lei da Concorrência, eles só podem fazer negociações coletivas se forem considerados “falsos autônomos” porque, dessa forma, entram no status de empregados.<sup>92</sup>

Em todos os países, todavia, os trabalhadores autônomos podem criar associações. E, por esse meio, a Espanha encontrou um “bi pass.” que deu base jurídica não para a negociação coletiva, mas para a defesa de interesses dos trabalhadores autônomos, inclusive os de plataformas.

Jaime Cabeça Pereiro indica que as leis espanholas têm vários *tons de cinza* para tratar dos trabalhadores de plataformas que vão desde os *empregados* até os *autônomos* e os *autônomos economicamente dependentes*, ou simplesmente Trades para se referir ao (*rabejadores autónomos economicamente dependentes*).

O principal diploma nesse campo é a Lcy 20/2007 com as modificações realizadas em 7/3/2019: O art. 1º diz que “os trabalhadores autônomos são pessoas físicas que realizam de forma habitual, pessoal, direta, por conta própria e fora do âmbito da direção e organização de outra pessoa, uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo em tempo integral ou tempo parcial.” O art. 11 estabelece que os trabalhadores autônomos economicamente dependentes (TRADES) são os que realizam uma atividade economia ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal direta e predominante para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, da qual dependente economicamente por receber dela pelo menos 75% de seu rendimento de trabalho em atividades econômicas e profissionais.

Para ter esse status, os TRADES devem preencher as seguintes condições: 1) não ter nenhum empregado e nem subcontratar a atividade ou parte dela para terceiros; 2) não executar atividades idênticas às que são realizadas pelos empregados do seu cliente contratante; 3) dispor de infraestrutura produtiva e material próprio; 4) realizar as atividades com critérios organizacionais próprios.<sup>93</sup>

O TRADE tem o caráter de empresário o que torna proibitiva a sindicalização e a negociação coletiva. Mas, a referida lei faz uma manobra interessante. Pelo art. 13, os assuntos de interesse profissional podem ser acertados por meio de “*acordos de interesse profissional*” entre as associações que representem os TRADEs. Formalmente, os acordos de interesse profissional não são contratos coletivos de trabalho. As suas cláusulas se aplicam apenas aos associados das associações.

O mesmo artigo diz que os referidos assuntos podem ser acertados por sindicatos laborais existentes, mas não por sindicatos próprios dos TRADEs. Ou seja, se quiserem ter seus pleitos apoiados por uma entidade sindical, eles precisam encontrar um “lar” que os recebe<sup>94</sup> mas não podem criar sindicatos próprios. Eles têm liberdade apenas para criar associações. Para essas associações, a lei não reconhece o direito de negociação coletiva, mas reconhece o direito de negociar *acordos de interesse profissional* para os TRADEs com ou sem apoio de sindicatos existentes.<sup>95</sup> Jaime Cabeza Prereiro diz que “os autônomos

desfrutam do direito fundamental de liberdade de associação, mas não do direito de estabelecer seus próprios sindicatos para defender seus direitos. E tampouco têm o direito à greve”.<sup>96</sup> O professor Adrián Todoli-Signes, com outras palavras, diz que os trabalhadores autônomos têm o direito de criar associações próprias ou se acomodar em sindicatos que não são seus e que já estejam constituídos.<sup>97</sup> Tem-se, assim, um dualismo. De um lado, associações específicas para trabalhadores autônomos e, de outro, sindicatos de outras categorias que abrigam trabalhadores autônomos, mas não os defende diretamente.

Mas, as associações profissionais da Espanha têm encontrado muitos “lares”. A Confederação dos Trabajadores de las Comisiones Obreras (CCOO), por exemplo, tem acomodado várias associações de TRADEs. Ela dá apoio aos TRADEs nas negociações dos seus contratos de interesse profissional e ajuda-os a criar novas entidades.

O art. 21 trata da representatividade das associações que depende do número de filiados no seu território e da sua estrutura de recursos humanos. O art. 21.3 diz que as mais representativas “gozarão de uma posição jurídica singular que lhes outorga a capacidade de *atuar como representante dos trabalhadores autônomos*.”<sup>98</sup>

Tudo indica que, com essa “esgrima jurídica”, a Espanha contornou a proibição de sindicalização e negociação coletiva da Lei da Concorrência.<sup>99</sup>

Com algumas variações, essa formatação jurídica ocorre também em outros países.<sup>100</sup> Na Suécia, por exemplo, os sindicatos laborais procuram acomodar os interesses dos trabalhadores de plataformas nas estruturas existentes. Na Alemanha, a IGMetal criou um departamento para apoiar os trabalhadores de plataforma. A Eurofound registrou vários tipos de colaboração desse tipo entre os sindicatos e as associações de TRADEs.<sup>101</sup>

Na prática, os *acordos de interesse profissional* funcionam como contratos coletivos de trabalho sem ter esse nome. Mas, os trabalhadores autônomos não estão satisfeitos com as restrições atuais e lutam para poder criar seus próprios sindicatos e negociar coletivamente. Miguel Rodrigues-Piñero Royo lista uma série de propostas acadêmicas para superar o referido impasse.<sup>102</sup> Mas, do ponto de vista prático, o que mais se aproxima da solução desejada é a possível decisão da Comissão Europeia para resolver esse impasse. Uma reunião específica será realizada ainda em 2020. Se dela sair apenas um “comunicado”, os trabalhadores autônomos ficarão insatisfeitos. Se sair um projeto de lei para se transformar em “diretiva” da União Européia, eles sentirão mais segurança.<sup>103</sup>

Enquanto isso não ocorre, muitos Estados-Membros da União Européia, de forma pontual (e questionável) vêm criando condições para sindicalização e negociação coletiva para os trabalhadores autônomos. São leis nacionais que, nem sempre, obedecem rigorosamente a Lei da Concorrência.

Na França, uma lei proposta pela Ministra do Trabalho El Khomri em 2016 foi aprovada conferindo direitos trabalhistas aos trabalhadores de plataformas. Em 2019 a Lei de Orientação da Mobilidade fez o mesmo, especificamente, para os motoristas de transporte de passageiros (Uber).<sup>104</sup> Mesmo lá, os trabalhadores autônomos lutam para uma definição mais clara de seu status para ter direito de sindicalização e negociação coletiva. Na Itália os que trabalham de

maneira contínua e em coordenação com o tomador de serviços – chamados trabalhadores *co.co.co* (contratti di collaborazione coordinata e continuativa) podem se associar a sindicatos de empregados. A Polônia mudou a legislação em 2019 de modo a incluir os autônomos e independentes como parceiros em negociações coletivas.<sup>105</sup>

O movimento sindical vem buscando apoio teórico de vários juristas para sustentar a sua campanha em prol da negociação coletiva.<sup>106</sup> Em documento recente, o Instituto Europeu dos Sindicatos Laborais (ETUI) deixou claro que defenderá ações ainda mais fortes com os seguintes objetivos: direitos iguais para empregados e autônomos e independentes; eliminação das barreiras que impedem a sindicalização e negociação coletiva; organização dos autônomos e os independentes na forma de sindicatos.<sup>107</sup>

Em vários países têm surgido sites virtuais que representam autônomos e viabilizam negociações com as empresas de plataformas. Interessante é o caso da IG Metal da Alemanha que criou um departamento para representar os autônomos por meio do site “faircrowd.worker” que realiza campanhas e apresenta pleitos no país e fora dele. De modo semelhante, na Itália, o maior sindicato laboral (CGIL) criou um departamento específico para os trabalhadores autônomos ou independentes. Na Dinamarca, o sindicato que representa os empregados de escritório e de varejo criou um seguro de saúde e acidentes para os trabalhadores autônomos – *freelancers*. No Reino Unido vários sindicatos têm representado as associações de autônomos em defesas nos Tribunais de Justiça. Esses modos de cooperação são encontrados também na França, Bélgica e Holanda.

Apesar de trabalharem dispersos, de modo irregular e com grande rotatividade, os profissionais de plataformas digitais estão se organizando em vários tipos de associações que buscam a sua defesa e formas de cooperação com as próprias plataformas. Muitos analistas veem essas associações como o primeiro passo para a sindicalização futura. Na França a associação de motoristas que trabalham por plataformas já surgiu como sindicato – Syndicat des chauffers privés VTC e já promoveu algumas greves na cidade de Paris. No Reino Unido, o Sindicato dos Trabalhadores Independentes tem sido muito ativo na conquista de benefícios para vários tipos de profissionais autônomos que trabalham em plataformas. Na Suécia, a Central Sindical Unionen tem negociado acordos para profissionais de plataformas, como no caso da IGMetal na Alemanha. Na Califórnia, assim que a Lei AB% considerou os motoristas de aplicativos como empregados, surgiu a CADA – Califórnia App-Based Drivers Association. Nos Estados Unidos a Freelancers Union 118 estabeleceu uma parceria com a Lyft (concorrente da Uber).<sup>108</sup> Outro movimento interessante é o da SMART que é uma associação que congrega artistas em 45 cidades de nove países da Europa e oferece serviços de prospecção de apoio financeiro aos seus associados e ajuda em atividades de consulta e negociação com os tomadores de seus serviços.<sup>109</sup> Vários tipos de associações estão emergindo como pseudo-sindicatos, guildas, cooperativas de trabalho, mutuas e outras.<sup>110</sup> Tem sido intenso o uso das redes sociais para buscar benefícios e, muitas vezes, para estabelecer mecanismos de consulta permanente como foi o caso recente ocorrido na empresa Bzzt

(veículos elétricos) e o “Sindicato” de Transportadores da Suécia e Alemanha.

Do lado empresarial, as reações têm sido diferentes. Já existem algumas associações que congregam as empresas do mundo digital como é o caso da ICTswitzerland na Suíça, a Confederação da Indústria da Dinamarca, e a Associação Alemã de Trabalho Digital. Mas, a lista não vai muito longe. As plataformas têm mostrado desinteresse em se associar. Os analistas apontam três razões: 1) elas não querem se organizar para não aparentar serem empregadoras; 2) as associações dos profissionais ainda são poucas; 3) é comum uma desunião entre as plataformas por serem rivais. Aliás, elas rivalizam também com as empresas dos setores organizados. Por exemplo, a Airbnb tem conflitos com o setor hoteleiro de vários países. A Uber rivaliza com as associações de taxistas. E assim por diante.

Ou seja, apesar da restrição da Lei da Concorrência em vários países, gradualmente os autônomos vão definindo formas de negociação e entendimento. Cresce a tese segundo a qual a lei da concorrência não impede de os trabalhadores autônomos ou independentes formarem sindicatos e negociar coletivamente.<sup>111</sup> Mas os tribunais reagem. Há pouco tempo, na Holanda, a Justiça anulou um contrato coletivo assinado entre uma empresa e um sindicato de músicos autônomos.<sup>112</sup> Na Bélgica, Suécia e Suíça os sindicatos laborais já existentes e que representam categorias de empregados têm acolhido os trabalhadores autônomos e independentes como associados e estão tentando realizar negociações coletivas com as plataformas, o que é frequentemente contestado por ações judiciais. Mas, começam a surgir casos de sucesso quando uma central sindical de grande porte ou um sindicato laboral organizado patrocina e facilita a realização da negociação coletiva para os que trabalham em plataformas digitais.<sup>113</sup> Mas, não há garantia de que tais negociações fiquem livres de contestações judiciais. O assunto assumiu grandes proporções razão pela qual a Comissão Europeia entrou na discussão e, como mencionado, colocou o tema em consulta pública.

Muitos analistas, porém, não veem necessidade de estabelecer a complexa sistemática de sindicalização e negociação coletiva para ajustar os interesses dos profissionais autônomos e independentes. Marc de Vos, por exemplo, defende que proteções básicas para os trabalhadores autônomos e independentes devem ser estabelecidas em lei e não em negociações coletivas.<sup>114</sup> Ele defende que leis específicas deveriam criar mecanismos para atrelar as proteções trabalhistas e previdenciárias às pessoas e não ao emprego, sem prejuízo de consultas para ampliar as proteções – o que já vem ocorrendo pelos meios digitais. No fundo, as plataformas digitais atuam como organizações de consumidores ou grupos de lobby que forçam as empresas ou as autoridades a fazerem concessões. Não se trata de negociações coletivas no estrito senso, mas de lobby econômico.<sup>115</sup>

As mudanças nos modos de trabalhar criaram um desafio também para o direito sindical. Crescem a cada dia as plataformas digitais que operam como redes sociais que permitem aos trabalhadores trocarem ideias, formular pleitos e fazer pressão nas empresas e governo de modo direto e por meio do *WhatsApp* e outros recursos. Muitos são os casos de paralisações convocadas por

esse meio, dispensando os quóruns e as longas horas de discussão das assembleias sindicais presenciais. Basta lembrar que, no Brasil, os caminhoneiros pararam a economia do país em 2018 usando o *WhatsApp* e sem nenhuma assembleia presencial.

No caso brasileiro os trabalhadores de plataformas podem se associar na forma de cooperativas de trabalho com base nas Leis nºs 5.764/1971 e 12.790/2012. São inúmeras as cooperativas já existentes: taxistas, médicos, motoboys, engenheiros, enfermeiros, encanadores, eletricitistas, corretores de imóveis e outras. Nessas cooperativas nenhum associado é empregado, mas, todos, coletivamente podem negociar condições de trabalho com as plataformas e/ou com os tomadores de seus serviços. Além disso, os profissionais de plataformas podem usar as garantias da Lei Complementar 123/2006 e se registrarem como Microempreendedores Individuais (MEIs) (comentado mais adiante neste ensaio).

Será o fim do sindicalismo convencional? Só o tempo dirá. Alguns sindicatos da Europa e da América do Norte já usam as redes sociais para organizar os empregados e os trabalhadores de plataformas digitais, fazer campanhas salariais e até mesmo promover greves.<sup>116</sup> Entramos no mundo dos piquetes *online*. Em 2018, os 35 mil professores de West Virginia organizaram uma greve exitosa por *WhatsApp* para melhorias das suas condições de trabalho. Na China, os trabalhadores conseguiram criar uma plataforma com algoritmos resistentes à censura do governo por meio da qual fazem campanhas para reduzir as longas jornadas de trabalho.<sup>117</sup> Em maio de 2019, os motoristas da Uber fizeram uma greve mundial de 24 horas sem nenhum contato presencial.<sup>118</sup> No Brasil, inúmeras categorias de empregados têm realizado com as respectivas empresas negociações coletivas virtuais com um êxito excepcional. A presença e a votação dos trabalhadores nas assembleias tem sido maciça, ao contrário do que ocorre com as assembleias presenciais.

O Brasil não possui as restrições das leis antitruste para formar sindicatos como ocorre na União Europeia e nos Estados Unidos. A Lei nº 12.529/2011 estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e definiu as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Compete a este órgão zelar pela livre concorrência no mercado e punir as condutas que visam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante. Até os dias atuais, o CADE nunca entendeu as ações dos sindicatos laborais e patronais como limitadoras da concorrência entre empresas. Portanto, nesse campo, o Brasil está livre das restrições europeias e americanas que impedem os autônomos de criar sindicatos e negociar coletivamente

Mas, no terreno sindical há as limitações dos arts. 570 a 610 da CLT que restringem a formação de sindicatos a categorias econômicas e profissionais indicadas na própria CLT – dentro do sistema de unicidade sindical. Mas, se este for modificado em favor de um regime de liberdade sindical, os trabalhadores de plataformas digitais estarão livres para formar sindicatos e, por meio deles, negociarem coletivamente. Mas, em um ambiente de liberdade sindical,

ficará a critério dos trabalhadores de plataformas digitais em criar sindicatos e fazer negociação coletiva. Mas, é claro, nada disso será obrigatório. Ficar a critério dos trabalhadores e das plataformas digitais e de intermediários que participam das redes, a utilização da negociação coletiva como forma de acertar interesses divergentes. Se uma plataforma digital não desejar esse tipo de ajuste, ela deverá dispor do direito de negar a realização de negociação coletiva e utilizar apenas os trabalhadores não sindicalizados e que não demandam a negociação coletiva – sem que isso seja considerado uma conduta antissindical ou ato de discriminação. Por outro lado, as partes terão plena liberdade de estabelecer códigos de condutas para acertar suas diferenças (ver abaixo).

A entrada de tecnologias digitais no mundo sindical terá impactos também na Justiça do Trabalho. Movimentos grevistas ou mesmo impasses menores que podem ocorrer na dinâmica de propostas e contrapropostas virtuais dificilmente poderão ser dirimidos pelos tribunais de modo convencional que, para tanto, exigem a obediência a regras rígidas de convocação de assembleias, quórum mínimo, votação secreta, tentativas de conciliação e outros procedimentos.

As novas formas de trabalhar e a incorporação das tecnologias digitais no trato das relações do trabalho já estão provocando uma transformação profunda no direito do trabalho, no direito coletivo do trabalho e no direito sindical. Aliás, o Brasil já acumula alguns exemplos interessantes de acordos coletivos julgados pela via do *WhatsApp*.<sup>119</sup> Isso sugere ter chegado a hora de uma maior colaboração entre mediadores, árbitros e juízes virtuais para ajudar e resolver os impasses do mundo do trabalho.

## CÓDIGOS DE CONDUTA

Uma maneira flexível para contornar as proibições de negociação coletiva é por meio de códigos de conduta assinados por empresas e trabalhadores de plataformas digitais de aplicativos. Em 2017, o sindicato laboral alemão IGMetal criou um departamento para o atendimento de plataformas baseado em um código de conduta aceito por todos os atores que participam de oito plataformas específicas. Essas plataformas têm sua base principal na Alemanha e no Reino Unido, mas a sua abrangência cobre todos os países em que as partes se dispuseram a assinar esse código.

O código de conduta estabelece regras básicas para promover a confiança e a cooperação entre os atores das redes de relações ligadas às plataformas de trabalho. Para gerenciar o código de conduta foi criado um comitê (“Ombuds”) composto de cinco membros – trabalhador, representante de sindicato laboral, representante da associação dos usuários e um neutro, sob a administração do IGMetal. O comitê resolve disputas. Até 2019, foram resolvidos 22 casos.<sup>120</sup> É claro, esse tipo de solução é inteiramente voluntária e não pode ser imposta às partes. Nada impede, porém, que o mesmo modelo venha a ser adotado por sindicatos laborais, associações empresariais e plataformas digitais.

Outro exemplo de código de conduta é encontrado na Áustria onde a empresa de entrega Foodora criou uma comissão de trabalho com o apoio do sindicato laboral Vida. Empresas de entrega de comida assinaram em 2018 um

acordo com o Sindicato de Agricultura e Turismo para tratar dos interesses das várias partes envolvidas no trabalho por plataformas. Há outros exemplos na Europa indicativos da vontade das partes em estabelecerem por conta própria os termos de relacionamento. Ao mesmo tempo, multiplicam-se as associações de *freelancers* com o mesmo propósito. Ao lado disso cresce muito a utilização de *WhatsApp* e outras redes sociais para a comunicação entre os trabalhadores e formulação de pleitos endereçados às plataformas digitais.

## AS PROTEÇÕES BÁSICA PARA O TRABALHO POR PLATAFORMA

Voltemos à questão das proteções do trabalho autônomo ou independente. Quais são as proteções mais contempladas para os trabalhadores por plataformas? Quem paga por esses benefícios? Como o Brasil se encontra nesse campo?

Em qualquer parte do mundo, as proteções mais essenciais para os trabalhadores são de três tipos: (a) aposentadoria; (b) proteção contra a doença e invalidez; (c) proteção da renda na desocupação.

Em 2016 a Comissão Europeia aprovou o chamado “pilar dos direitos sociais” que recomenda aos países membros buscar proteções para os trabalhadores autônomos e independentes nesses três campos.<sup>121</sup> No mesmo ano, a referida Comissão lançou um documento para promover e monitorar proteções para o trabalho em plataformas digitais.<sup>122</sup> Em 2017, um estudo da Comissão Europeia apresentou uma resenha do que os países vêm fazendo nesse campo.<sup>123</sup> Essa resenha mostra enormes variações nos conceitos e nas formas de proteger o novo trabalho como indicadas a seguir.

## APOSENTADORIA

A aposentadoria é a proteção mais garantida para o trabalho por plataforma. Em alguns países a aposentadoria é financiada pelos impostos gerais e extensiva a todos os residentes que trabalham.<sup>124</sup> Na maioria dos países, porém, os autônomos ou independentes fazem contribuições individuais a programas de previdência social ou planos de seguro em regime de capitalização. Os contribuintes decidem quanto querem ganhar ao se aposentar e recolhem a contribuição correspondente. Como regra, eles embutem o valor total ou parcial da sua contribuição nos preços dos bens e serviços que vendem ou que prestam.

A aplicação das regras varia de país para país. Em certos casos, os profissionais autônomos ou independentes são obrigados a se filiar aos planos de aposentadoria – público ou privado – e pagar contribuições mensais.<sup>125</sup> Em outros, a filiação é voluntária.<sup>126</sup> Nos casos em que os profissionais possuem emprego e trabalham em plataformas para complementar a renda, eles podem optar não pagar contribuições previdenciárias pelos serviços que prestam nas plataformas.<sup>127</sup>

Quando as contribuições sociais ficam inteiramente por conta dos profissionais autônomos, as alíquotas são muito altas. Só para aposentadoria, os autônomos da Europa pagam, em média, 18,8% dos seus rendimentos. Na República Checa a alíquota é de 28%; na França, 23%; na Áustria, 22,8%; na

Grécia, 20%; na Bélgica, 19,6%; na Alemanha, 19,5%. Nos Estados Unidos, a alíquota é mais baixa. Mas ainda assim atinge 15,3% que inclui 12,4% para a Previdência Social (*Social Security*) e 2,9% para o seguro de saúde (*Medicare*).<sup>128</sup>

Alíquotas exageradas provocam pouca adesão dos profissionais autônomos ou independentes. Isso tem levando muitos países a praticar um compartilhamento entre prestadores e tomadores dos serviços dos autônomos.<sup>129</sup> No Canadá, por exemplo, a alíquota é de 9,9%, mas há uma participação do governo.<sup>130</sup> Os autônomos ou independentes podem atrelar à aposentadoria outras proteções mediante pagamento de contribuições adicionais.<sup>131</sup> Na Espanha, Dinamarca, Finlândia e Suécia, igualmente, os planos de proteção contam com aportes do governo.<sup>132</sup> A França aprovou em 2018 um novo programa na mesma linha.<sup>133</sup>

Detalhando o sistema da Alemanha indicado acima, acrescenta-se que os trabalhadores só podem trabalhar por conta própria quando exercem profissões certificadas (cerca de 300). E, para cada uma, há um sistema de recolhimento previdenciário próprio. O caso dos artistas é ilustrativo. Eles pagam 50% da contribuição previdenciária; os promotores dos espetáculos pagam 30%; e o governo completa com 20%. Com isso, os artistas usufruem as mesmas proteções dos que trabalham com vínculo empregatício.<sup>134</sup> Isso ocorre com outras categorias profissionais (jornalistas, escritores, profissionais liberais, etc.) com alíquotas específicas.

No Brasil, a aposentadoria dos trabalhadores autônomos por plataforma digital é garantida pelos Planos de Contribuição Individual e de Contribuição Voluntária (explicados abaixo). No caso dos motoristas de plataformas digitais, a Lei nº 12.587/2012, tornou obrigatória a sua inscrição no INSS por meio do Plano de Contribuição Individual ou do Microempendedor Individual (MEI). Além da aposentadoria por invalidez e idade, a inscrição garante auxílio doença, salário maternidade e pensão por morte. As plataformas são responsáveis por verificar se os motoristas estão com a inscrição e contribuições em dia (os detalhes das contribuições são explicados abaixo).

## A PROTEÇÃO DA SAÚDE

Onde o atendimento à saúde é socializado (em vários países da Europa), o acesso aos serviços é garantido para todos os residentes. Mas, há países que têm programas integrados de aposentadoria, planos de saúde, seguros de acidentes, proteção contra a desocupação e licenças maternidade-paternidade. Na Europa, há seis países nessas condições: Croácia, Eslovênia, Hungria, Islândia, Luxemburgo e Servia.<sup>135</sup> Com frequência, há uma coparticipação dos tomadores dos serviços e/ou do governo no pagamento das contribuições de planos tão amplos.

A modalidade de plano amplo é rara. A maioria dos países europeus adiciona poucas proteções nos programas de aposentadoria. Por exemplo, na Bélgica, República Checa, Grécia, Irlanda, Itália, Lituânia, Holanda, Polônia e Romênia, os trabalhadores autônomos podem ter cobertura de seguro de saúde, além da assistência oferecida pelo governo. E na Espanha, Romênia e Holanda podem ter um seguro de acidentes.<sup>136</sup>

O seguro de acidentes do trabalho para autônomos e independentes varia de país para país. Na Áustria, República Checa, Suíça, Estônia, Finlândia, Croácia, Hungria, Itália, Islândia, Portugal, Suécia, Eslovênia, Eslováquia e Turquia, os trabalhadores têm essa proteção como parte da aposentadoria. Mas, na Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Espanha, França, Irlanda, Lituânia, Letônia, Holanda, Noruega, Romênia e Reino Unido, essa proteção é separada da aposentadoria. Os que desejam essas proteções, compram apólices de seguros específicos.<sup>137</sup>

A licença maternidade/paternidade para trabalhadores autônomos é geralmente garantida por meio de planos de seguros (Áustria, Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Estônia, Espanha, França, Croácia, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Letônia, Lituânia e Noruega). Na Holanda há um programa para o qual o trabalhador contribui um percentual do salário mínimo. Na Inglaterra, são frequentes as campanhas que estimulam os autônomos a comprar seguros para tais proteções.<sup>138</sup>

Mas, a questão da saúde dos trabalhadores e segurança no trabalho está ancorada em princípios de alto valor social e de respeito à dignidade da pessoa humana. Na Europa, independente da existência e da adesão dos trabalhadores autônomos existem planos de seguros privados, a proteção da saúde faz parte de várias diretivas da União Europeia e vem se tornando uma obrigação de quem contrata trabalhadores independente de sua profissão ou status. No Brasil, essas proteções são garantidas pela Constituição Federal e por toda a legislação trabalhista. Essa é uma área em que as plataformas digitais serão demandadas cada vez mais a participar de modo mais efetivo na proteção das condições físicas e mentais dos que participam das redes de trabalho. O desafio que coloca é o do compartilhamento das contribuições respectivas entre os vários atores dessas redes.

No Brasil o acesso aos serviços do SUS é universal e gratuito para o tratamento de qualquer tipo de doença ou acidente. Mas, além disso, cresce a pressão para o estabelecimento de proteções adicionais ou específicas para os trabalhadores das plataformas digitais.

## A PROTEÇÃO DA RENDA NA DESOCUPAÇÃO

Rara é a garantia de renda quando o trabalhador fica sem trabalho. Mas, na Áustria, Dinamarca, Espanha e Romênia, os autônomos e independentes podem ser amparados por um seguro desocupação.<sup>139</sup> Em todos os casos, há um aporte dos trabalhadores na forma de contribuição individual e, às vezes, dos tomadores das plataformas, dos serviços e do governo. Mas, com frequência, são modelos de adesão voluntária ou negociados entre as partes.

Na República Checa, Hungria, Croácia, Islândia, Finlândia, Luxemburgo, Portugal, Suécia, Eslovênia e Eslováquia, os autônomos são obrigados a ter seguros contra a desocupação. Em quatro países, a adesão é voluntária: Áustria, Dinamarca, Espanha e Romênia. Em outros, os autônomos não têm nenhum acesso ao seguro desocupação (Bélgica, Bulgária, Alemanha, França, Itália, Lituânia, Letônia, Malta, Noruega e Holanda) – a menos que comprem seguros

específicos. Na maioria dos casos, os seguros oferecem proteção parcial para, no máximo, 90-180 dias.<sup>140</sup>

O Brasil não possui sistema de compensação de perda de renda para os trabalhadores que não são empregados que recebem seguro-desemprego em caso de desocupação.

## AS PROTEÇÕES MISTAS

A tendência na maioria dos países da Europa é a de oferecer proteções limitadas, com coberturas flexíveis.<sup>141</sup> Mas, há proteções mistas. O trabalhador escolhe o “pacote de proteções” que mais lhe convém e entra e sai dele segundo as suas facilidades ou dificuldades. As proteções do trabalho independente estão atreladas aos sistemas de previdência (públicos ou privados) e aos planos de seguros privados –, a maioria em regime de capitalização.

A adoção de proteções customizadas, portáteis e autofinanciadas parece ser uma solução lógica para profissionais que mudam de atividade, local de trabalho e forma de remuneração como ocorre nos trabalhadores de plataformas digitais por aplicativos. Vários estudos recentes indicam que daqui para frente será crescente o número de pessoas que cuidam de sua aposentadoria com seus próprios recursos nos chamados planos de contribuição definida do regime de capitalização.<sup>142</sup>

Mas, as regras do regime de capitalização enfrentam sérias dificuldades. Os trabalhadores autônomos e independentes sofrem variações acentuadas de demanda pelos seus serviços, o que faz sua renda oscilar continuamente. Isso exige dos pacotes de benefícios a necessária adaptabilidade para reduzir as alíquotas de contribuições em momentos difíceis sem que se perca por inteiro o investimento realizado ao longo do tempo. É um desafio à espera de uma boa solução por parte das seguradoras.

Outro desafio se relaciona à necessidade de se definir a portabilidade que garanta a transferência dos benefícios da situação de emprego para a de autônomo e independente e vice versa. Qual proteção conservar quando o trabalhador autônomo volta para a situação de empregado? E o que fazer quando sai dela? A solução para esses problemas ainda está por vir.<sup>143</sup>

Mas, novos produtos na forma de seguros sociais customizados, portáteis e flexíveis começam a ser testados pelos sistemas de previdência privada e planos de seguros. Esse é um campo muito promissor para as empresas seguradoras que terão, certamente, boas oportunidades de negócios. Isso será crucial para proteger as pessoas e também para formar poupanças, estimular investimentos e ampliar as oportunidades de trabalho.

## PROTEÇÕES LEGAIS NO BRASIL

No campo da legislação, o Brasil deu um primeiro passo em 2018 ao regulamentar por meio da Lei 13.640 o transporte privado e remunerado. Como mencionado acima, essa lei impôs a obrigatoriedade da inscrição dos motoristas como contribuintes individuais do Instituto Nacional de Seguro Social

(INSS). Com esta decisão, a lei reconhece os motoristas como autônomos e a inscrição no INSS lhes garante os benefícios acima indicados. Os contribuintes podem optar pelo plano normal cuja alíquota de contribuição é de 20% sobre o respectivo salário-de-contribuição ou pelo plano simplificado com alíquota de 11%.<sup>144</sup>

Em 2019, os motoristas de plataformas digitais por aplicativos foram autorizados a se registrar como microempreendedores individuais (MEIs), desfrutando assim de várias proteções trabalhistas e previdenciárias<sup>145</sup> além de ampliar o seu acesso a crédito pelo fato de se cadastrarem no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

Ainda faltam muitos passos para o Brasil proteger de forma mais ampla os trabalhadores de plataformas digitais. Mas, o leque de proteções já é amplo quando se consideram todos os benefícios da Previdência Social acima indicados e a assistência à saúde prestada pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Ou seja, o Brasil não está começando do zero nesse campo. Mas, essas proteções precisam ser estendidas a todos os trabalhadores de plataformas digitais por aplicativos que trabalham como autônomos e independentes. Para esses profissionais, os especialistas em previdência privada têm sugerido a sua vinculação a planos individuais de aposentadoria complementar baseados no regime de capitalização.<sup>146</sup> Neste terreno, o Brasil está atrasado. Menos de 10% dos brasileiros possuem esses planos<sup>147</sup> e são raros os planos de contribuição compartilhada entre tomadores de serviços, prestadores de serviços o próprio governo.

O Congresso Nacional vem se preparando para aprovar leis específicas para os trabalhadores de plataformas digitais. Até a data de fechamento deste ensaio (setembro de 2020), foram identificados os seguintes projetos de lei na Câmara dos Deputados: PL 2884/2019 (Celso Russomano, PRB/SP), PL 5069/2019 (Gervásio Maia, PSB/PB), PL 5622 (Paulo Sergio Isidoro, Avante/BA), PL 6015/2019 (Mario Heringer, PDT/MG), PL 6423/2019 (Rui Falcão, PT/SP), PL 5795/2019 (Eduardo da Fonte, PP/PE), PL 1665/2020 (Ivan Valente, PSOL/SP e outros), PL 3748/2020 (Tabata Amaral, PDT/SP e outros), PL 3577/2020 (Marcio Jerry, PCdoB, MA), PL 3597/2020 (Bira Pindaré PSB/MA e outros), PL 3516/2020 (Rubens Otoni, PT/GO e outros), PL 3544/2020 (Rubens Otoni, PT/GO e outros), PL 3742/2020 (Alencar Santana Braga, PT/SP e outro), PL 3538/2020 (Rui Otoni PT/GO e outros). Os parágrafos que seguem são baseados na análise desses projetos de lei realizada por Nelson Manrich, a quem este Autor agradece.<sup>148</sup>

*Empregado ou autônomo* – Em quatro projetos de lei há o reconhecimento de vínculo de emprego (PLs nº 5.069/2019, 6.423/2019, 3.577/2020 e 6.015/2019). No PL nº 6.015/2019 admite-se o enquadramento como profissional autônomo quando a carga horária de trabalho semanal for inferior a dez horas e o trabalho for contratado na forma de empreita. O PL nº 5.069/2019 autoriza o motorista a se cadastrar como microempreendedor individual – MEI, quando exercer sua atividade “de forma não predominante e eventualmente”. Como foi mencionado, há profissionais por plataformas digitais que trabalham como empregados para empresas organizadas. Para esses casos, a proteção garantida

por esses projetos se ajustam bem. Mas, ela não se ajusta para a grande maioria de profissionais que trabalham como autônomos e independentes.

*Trabalho sob demanda* – O PL nº 3.748/2020 cria o regime de trabalho sob demanda “aquele em que os clientes contratam a prestação de serviços diretamente com a plataforma de serviços sob demanda, que, por sua vez, apresenta proposta para execução dos serviços para um ou mais trabalhadores” ao qual não se aplicam regras da CLT. Novamente, as regras da CLT se aplicam aos trabalhadores sob demanda quando empregados, mas não como autônomos e independentes.

*Contratação de seguro privado* – Vários projetos de lei determinam a contratação de seguro privado para cobrir acidentes e doença contagiosa (PL nº 3.597/2020). Os PLs (PL nº 3.577/2020, PL nº 3.516/2020 e PL nº 6.110/2010) determinam para a plataforma a contratação de seguro de vida com cobertura de danos e mesmo contra roubo do veículo. O PL nº 5.795/2019 vai além, fazendo o seguro cobrir indenizações por morte, invalidez temporária ou permanente e despesas com assistência médica. O PL 1665/2020 exige a contratação de seguro de acidentes e doença contagiosa e, além disso, assistência financeira na base da média das três últimas e maiores remunerações durante o afastamento por doença. A contratação de seguros é uma boa previdência para proteger os trabalhadores autônomos e independentes contra riscos iminentes, mas o pagamento dos prêmios é assunto a ser negociado com as plataformas. Qualquer tentativa de impor essa contratação pode afetar o ponto de equilíbrio dos custos e a própria viabilidade econômica das plataformas.

*Fornecimento de EPIs e condições de saúde e segurança* – Vários projetos de lei estabelecem a obrigatoriedade de fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPIs) (3.597/2020, 3.748/2020, 3.577/2020 e 3.554/2020), é obrigatório o fornecimento de EPI – Equipamento de Proteção Individual. Durante o período da pandemia do Covid-19, o PL 6115/2020 exige o fornecimento de máscaras, álcool-gel, luvas e material para a limpeza de mochila, bicicleta, motocicleta, capacete e outros itens utilizados no serviço. Os projetos de lei 3.577/2020 e 3.572/2020 estabelecem a obrigatoriedade de assegurar locais de apoio ao trabalhador, com água potável, refeitório e espaço seguro para descanso entre as entregas. O fornecimento desses equipamentos é indispensável, em especial, os que constam das Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança do Trabalho (NRs). Mas, há que se decidir sobre os pagamentos desses equipamentos para profissionais que trabalham por prazos reduzidos para as plataformas ou trabalham para várias plataformas ao mesmo tempo. Talvez seja o caso de um pagamento compartilhado dos EPIs necessários para cada caso.

*Seguro social* – O projeto e lei 3.748/2020 determina, em caso de afastamento por motivo de saúde, a plataforma será responsável pela remuneração, do 3º ao 15º dia. O projeto de lei 3.538/2020 também institui mecanismos de afastamento remunerado por razões de saúde, sem maiores especificações. Este é um assunto a ser acertado com a participação direta das plataformas de modo a não afetar a sua viabilidade econômica.

*Jornada de trabalho* – Dois projetos de lei tratam desse assunto. O projeto de lei 5.069/2019 equipara a jornada de trabalho dos entregadores à dos

motoristas profissionais empregados, nos termos do art. 235-C da CLT. O projeto de lei 6.015/2019 autoriza o empregado “a autodeterminação do horário de serviço, exceto por disposição contratual em contrário, sob o dever de atender à carga horária contratada, aplicando-se o disposto no art. 59 da CLT, devendo o empregador manter registro eletrônico dos horários de serviço efetuado”. Estas exigências parecem pouco adequadas para o trabalho casual, interrompido, ocasional e realizados em conjunção com outras modalidade, inclusive, como empregados.

*Remuneração e outros direitos próprios de empregado* – Três projetos de lei fazem referência à remuneração. No PL nº 3.597/2020, a empresa deve reajustar anualmente a remuneração dos entregadores, devendo corresponder, pelo menos, ao valor anual do salário mínimo, fracionado por horas – e veda o sistema de pontuação. O PL nº 3.748/2020 estabelece que o salário-hora de trabalho nunca será inferior ao salário profissional hora ou, ao piso da categoria por hora ou, caso inexistente, ao salário mínimo-hora. Para fins de cálculo do salário-hora, considera-se o tempo efetivo de prestação de serviços, acrescido de 30% (trinta por cento), a título de tempo de espera, mediante uso do divisor 180 (cento e oitenta). Essas imposições não se ajustam à natureza irregular e diversificada do trabalho por plataformas digitais de aplicativos.

*Férias e 13º salário* – O PL nº 6.015/2019 assegura tais direitos e remete-se à CLT. O PL nº 3.748/2020, apesar de não estabelecer vínculo de emprego, determina pagamento de férias e décimo terceiro salário. No trabalho de autônomo ou independente, férias e 13º salário não se aplicam, a menos que sejam objeto de negociação entre as partes.

## PROTEÇÕES ASSISTENCIAIS

Conforme indicado nos parágrafos anteriores, o Brasil não está no ponto zero em matéria de proteções dos profissionais por plataforma digital. Além das proteções previdenciárias abaixo indicadas, o Brasil oferece proteções assistenciais de grande importância.

A Lei Orgânica da Assistência Social de nº 8.742/1993 (LOAS), regula a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Trata-se de uma cobertura ampla e extensiva às pessoas de todas as idades, que estejam ou não trabalhando.

Ainda no terreno assistencial, o Brasil possui uma espécie de programa de renda mínima para os mais pobres – o Bolsa Família<sup>149</sup> – e um Benefício de Prestação Continuada (BPC) para pessoas com deficiência e idosos carentes. Em nenhum desses programas há necessidade de trabalho prévio.<sup>150</sup> Todos oferecem algum tipo de proteção às pessoas, inclusive, aos trabalhadores de plataformas digitais quando se enquadram nos critérios daqueles programas.

## PROTEÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Por dever constitucional, a Previdência Social no Brasil garante cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada”.<sup>151</sup> O regime previdenciário é de filiação obrigatória e de caráter contributivo.

Para os trabalhadores de plataformas digitais há quatro tipos de programas de proteção: profissional autônomo; contribuinte individual; contribuinte facultativo; e Microempreendedor Individual (MEI).<sup>152</sup>

*Profissional Autônomo* – Os profissionais que recebem honorários mediante apresentação de Recibo de Profissional Autônomo (RPA) sofrem um desconto que varia de 8% a 11% do valor dos seus serviços<sup>153</sup> que é recolhido pelo tomador do seu serviço para os cofres do INSS. Em paralelo, os tomadores de serviços devem aportar 20% a título de contribuição previdenciária patronal. Com isso, os trabalhadores autônomos ou independentes dispõem de uma cobertura que inclui aposentadoria (por invalidez, idade, tempo de contribuição), auxílio-doença, salário-maternidade, auxílio-reclusão e pensão por morte. Nesse caso, a filiação ao INSS é obrigatória.<sup>154</sup>

*Contribuinte individual* – O sistema de contribuinte individual destina-se a garantir proteções para os trabalhadores por conta própria (autônomos e independentes), empregadores, profissionais liberais e os que prestam serviços de natureza eventual a pessoas jurídicas ou físicas, sem vínculo empregatício.<sup>155</sup> A contribuição varia de 5% a 20% e incide sobre o salário de contribuição<sup>156</sup> que respeita o teto do INSS que é de R\$ 6.101,06 (2020).<sup>157</sup>

*Contribuinte facultativo* – O sistema de contribuinte facultativo destina-se a proteger pessoas que apesar de não ter renda ou trabalho, filiam-se à Previdência Social para garantir sua aposentadoria na velhice.<sup>158</sup> Como no caso do contribuinte individual, a contribuição é escalonada de acordo com o valor declarado pelo profissional.<sup>159</sup>

*Microempreendedor Individual (MEI)* – O Microempreendedor Individual (MEI) é um programa que oferece uma ampla gama de proteções – aposentadoria por idade e por invalidez, auxílio doença, licença maternidade, pensão por morte e auxílio reclusão. Para tanto, os profissionais devem recolher uma contribuição de R\$ 58,25 mensais no caso de comércio e serviços (2020). Dentre as profissões admitidas pelo programa do MEI estão: motorista de transporte particular, “bikeboy”, caminhoneiro, cuidador, diarista, digitador, entregador (procurar o anexo).

Os trabalhadores de plataformas digitais por aplicativos podem se inscrever em qualquer dos programas acima indicados e receber as proteções correspondentes. As novas leis deveriam focalizar outras proteções específicas para os referidos trabalhadores estabelecendo regras voluntárias de contratação em lugar de sistemas impositivos.

## CONCLUSÃO

Como nova forma de trabalhar, as atividades realizadas por plataformas digitais por aplicativo estão exigindo novas formas de proteção. A busca de leis

específicas nesse campo agita os movimentos sociais e os partidos políticos. Associações e sindicatos laborais defendem junto aos governos a extensão das leis de emprego aos profissionais de plataformas de aplicativos. Na esfera internacional, a OIT vem publicando inúmeros documentos que defendem o conceito de “autônomo dependente” para os que trabalham em plataformas digitais por aplicativos que se assemelha muito mais ao emprego do que ao trabalho autônomo e independente.<sup>160</sup> Esses documentos são úteis como advertência nos casos em que as plataformas tentam fraudar as leis e utilizar profissionais na qualidade de autônomos quando, na realidade, são empregados. A Recomendação 198 da OIT (2006) tem por principal finalidade estimular os países membros a aprovar leis que induzam as empresas a classificar corretamente empregados, autônomos e independentes e acionar a fiscalização do trabalho para punir os infratores. Mas, na “Declaração do Centenário para o Futuro do Trabalho de 2019”, a OIT foi mais longe ao garantir que “todo trabalhador deve ser protegido com uma jornada limitada de horas de trabalho, salário mínimo adequado e proteções de saúde e segurança.”<sup>161</sup>

Além das entidades internacionais, crescem a cada dia as ações das Organizações Não Governamentais (ONGs) que, a título de fazer valer os direitos humanos, denunciam nas plataformas digitais os abusos nas jornadas de trabalho, falta de segurança contra acidentes, ausência de seguros de saúde, remuneração aviltante e outros problemas. A própria imprensa tem reservado amplos espaços para denúncias desse tipo que alcançam grande repercussão junto à opinião pública que, com frequência, demanda a aplicação de proteções dos empregados aos trabalhadores de plataformas digitais. Esse tipo de “simplificação” tem sensibilizado os parlamentares de vários países que apresentam projetos de lei – na grande maioria – fundamentados nas proteções do emprego. A defesa da proteção via emprego é de fácil entendimento do público em geral e dos eleitores em particular, o que transforma uma questão técnica em proselitismo político-eleitoral. No Brasil, a maioria dos projetos de lei acima resenhados estão nessa linha, tanto na esfera federal como nas estadual e municipal. No fundo, eles buscam muito mais limitar os serviços das plataformas do que garantir proteções realistas aos trabalhadores.

O tema tem ocupado o centro do debate também nos congressos de direito do trabalho e de previdência social. A literatura acumulada nos últimos anos, enorme e difícil de ser dominada, tamanha a variedade de interpretações e recomendações. Não há dúvida: as novas tecnologias criaram um grande desafio para os julgadores e para os legisladores e, sobretudo, para as próprias plataformas digitais.

Na defesa do empreendedorismo e da autonomia, as plataformas digitais por aplicativos, divulgam as vantagens da liberdade de contratação de trabalhadores autônomos ou independentes. Poucas são as que reconhecem a precariedade que muitas vezes existe em situações específicas e menos ainda as que se mostram preparadas para apresentar alternativas de proteção que atendam as peculiaridades desse tipo de trabalho e as necessidades dos trabalhadores. Com isso, nos debates, as plataformas de trabalho tem sido colocadas na defensiva quando, na verdade, por disporem de muitos dados de

realidade, deveriam liderar as discussões e apresentar soluções para garantir aos trabalhadores proteções realistas e que atendam os valores da responsabilidade social que são esperados das empresas modernas.

Toda vez que se abre uma discussão nesse campo –, no âmbito da imprensa ou do parlamento –, as plataformas são tratadas como insensíveis aos direitos humanos e interessadas exclusivamente nos lucros da sua atividade. Para realizar uma advocacy sincera e humana faz-se necessário uma bem organizada massa crítica de dados, mostrando o sucesso de experiências realizadas, resultados concretos e propostas de ação que sejam capazes de acomodar os interesses econômicos das plataformas com as aspirações sociais do mundo moderno. É imperioso um entendimento básico dos desdobramentos políticos que emergem dessa questão para, com isso, chegar-se a um mínimo de consenso sobre as estratégias mais adequadas para as plataformas agirem de forma integrada e com bons argumentos.

Tudo indica que devem crescer as iniciativas de ação por via virtual, incluindo nesse caso os movimentos coletivos realizados por grupos de indivíduos por meio de WhatsApp e outros recursos, ou realizados de forma ampla e coletiva por meio de associações e sindicatos. Estamos no limiar de relações do trabalho bastante complexas, que se afastam da simples relação binária entre empregado e empregador e que exigem regras de conduta que atendam as necessidades das plataformas, dos trabalhadores e dos usuários.

Este ensaio apresentou um resumo das decisões exaradas dos tribunais de justiça e os caminhos que estão sendo perseguidos para a formulação de leis específicas para então proteger os trabalhadores de plataformas digitais, resumindo também as proteções já existentes no Brasil. 

## NOTAS

- 1 O autor agradece o apoio da CNC, Confederação do Comercio de Bens, Serviços e Turismo e da Fecomercio-SP, Federação do Comercio de Bens, Serviços e Turismo de São Paulo.
- 2 A “gig economy” se refere ao mundo dos profissionais independentes, contratados presencialmente ou por via de plataformas digitais que envolve trabalho temporário, serviços especializados, trabalho sob demanda e várias outras modalidades.
- 3 Annarosa Pesole et. alt. “Platform workers in Europe: Evidence from the Colleem Survey”, European Commission: Scientific and Technical Research Reports, 2018.
- 4 Koichi Kamata, “Legal issues surrounding employment-like working styles: employment and dependent self-employment”, Japan Labor Issues, Vol. 4 (22), 2020.
- 5 “The future of work: Litigating labour relationships in the gig economy”, New York: Business and Human Rights Research Center, 2019, p. 9. Mas, quando se incluem todas as formas de trabalho terceirizado independente, as proporções sobem para 20% e 30% nos Estados Unidos e Europa, respectivamente.
- 6 Valerio di Stefano e Antonio Aloisi, “European legal framework for digital labour platforms”, Brussels: European Commission, 2018, p. 7
- 7 “Gig economy in Britain doubles, accounting for 4.7 million workers”, The Guardian, 28/06/2019, <https://www.theguardian.com/business/2019/jun/28/gig-economy-in-britain-doubles-accounting-for-47-million-workers>.
- 8 IPEA, “País registra maior retenção de trabalhadores no mercado formal”, Brasília: IPEA 12/03/2020.
- 9 “3,8 milhões de brasileiros têm nos apps a sua principal fonte de renda”, O Estado de S. Paulo, 04/05/2019

- 10 "Brasil é o terceiro do mundo em download de aplicativos", Valor, 31/01/2020.
- 11 Janine Berg et. alt., "Digital labour platforms and the future of work", Geneva: International Labour Office, 2018.
- 12 "How AB 5 Will Affect the Entertainment Industry", <https://www.wrapbook.com/ab5-california-entertainment-industry/>; "Freelance journalists fight for their livelihoods against Assembly Bill 5", <https://www.ocregister.com/2019/12/23/freelance-journalists-fight-for-their-livelihoods-against-assembly-bill-5/>
- 13 "Convenção de associações de motoristas de aplicativos reúne 23 países na Inglaterra", <https://digilabour.com.br/2020/01/31/convencao-de-associacoes-de-motoristas-de-aplicativos-reune-23-paises-na-inglaterra/>
- 14 Para uma descrição minuciosa de vários tipos de plataformas, ver Mark de Reuver et. alt., "The digital platform: a research agenda", *Journal of Information Technology* Vol. 33, pp. 124–135, 2018.
- 15 Enrico Rossi e Carsten Sorensen, "Towards a theory of digital network de/centralization", [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3503609](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3503609)
- 16 Juan José Montero, "Digital platforms vs. large-scale firms: regulating a new model of industrial organization", *Network Industries Quarterly*, Vol. 21, no. 4, 2019; Martin Kenney e John Zysman, "The rise of platform economy", *Issues in Science and Technology*, 2016.
- 17 Thomas Kochan e colaboradores, "Engajando a força de trabalho na transformação digital: um novo modelo", <https://voice-on-growth.mercer.com/content/mercervog/pt/articles/career/new-talent-model-digital-transformation.html?ms=y>.
- 18 Classificação utilizada pelo Survey "Collaborative Economy and Employment", publicada in Annarosa Pesole et. alt., "Platform workers in Europe: Evidence from the Colleem Survey, op. cit.
- 19 José Pastore, "O Uber e a regulação do trabalho", *Revista LTR*, Ano 51, Suplemento Trabalhista 099/15, 2015, pp. 505-506.
- 20 Nelson Manrich, "Direito do trabalho na era digital", 2020, no prelo.
- 21 Pesquisa entre 13.000 trabalhadores de 13 países indicou que 76% dos que buscam trabalho gostariam de trabalhar como "freelancers". Kazumasa Sakurai e Yukio Okubo, "Job seeker trends", 2016, Boston: Boston Consulting Group, 2017.
- 22 <https://goleirodealuguel.com.br/>
- 23 Willem Pieter de Groen et. alt., "Employment and working conditions of selected types of platform work", Luxembourg: Eurofound, 2018; Willen Pieter de Groen e Ilaria Maselli, "The impact of collaborative economy on the labour market", Brussels: CEPS Special Report. European Commission, 2016.
- 24 Citado por Valerio di Stefano e Antonio Aloisi, "European legal framework for digital labour platforms", op. cit.
- 25 Citado por Fred C. S. van Haasteren, *Decent Flexibility*, Aphen aan den Rijn (Holanda), Kluwer Las International, 2017, p. 79
- 26 Citado por Andrew Macleod, "How to keep pace with tomorrow's digital industrial transformation", <https://blogs.sw.siemens.com/news/digital-business-transformation-tomorrows-industrial-landscape/>
- 27 A McKinsey estima em US\$ 69 bilhões anuais o seu impacto no PIB do Brasil.
- 28 David H. Autor, "Why Are There Still So Many Jobs? The History and Future of Workplace Automation", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 29, no. 3, 2015.
- 29 Herald Hauben et. alt., *The platform economy and precarious work*, Luxembourg: European Parliament, 2020.
- 30 Valerio de Stefano, "The rise of the just-in-time workforce: on-demand work, crowdwork and labor protection in the gig-economy", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, 2016.
- 31 Marc de Vos, "Work 4.0 and the future of labour law", 2018, <https://ssrn.com/abstract=3217834> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3217834>
- 32 Annarosa Pesole et. alt., "Platform workers in Europe: Evidence from the Colleem Survey, op. cit. p. 43.
- 33 Juliet B Schor e William Attwood-Charles, "The sharing economy: labor, inequality and social connection on for-profit platforms", *Sociology Compass*, Vol. 11, 2017; Vitor Figueiras e

- Ricardo Antunes, Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação do capitalismo contemporâneo, *Contracampo*, Vol. 39, no. 1, 2020; Ana Claudia Cardoso e Rui Braga, “O capitalismo de plataforma e o precariado dos serviços”, São Paulo: DIEESE, 2020; Rosyvânia Araújo Mendes et al., “Plataformas digitais de transporte de passageiros e precarização do trabalho”, [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho\\_submissaold\\_1218\\_12185cc82b4dda6c1.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaold_1218_12185cc82b4dda6c1.pdf); Will Sutherland e Mohammad H. Jarrahi “The sharing economy and digital platforms: A review and research agenda”, *International Journal of Information Management* Vol. 43, 2018, pp. 328–341
- 34 Jeremias Prassi e Martin Risak, “Uber, TaskRabbit & Co.: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork”, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2733003](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733003), p. 19.
- 35 Dos 29 países da União Europeia, 23 deles dão ampla cobertura para as proteções básicas de saúde, acidentes e licenças. Citado por Jean Bernier, “Social protection for non-standard workers outside the employment relationship”, Quebec: Research for the Federal Labour Standards Review Commission, 2006.
- 36 Emelie Lindström, “Industrial relations in a digital age. Trade union reaction to the platform economy in France, Sweden and the United Kingdom”, <http://www.inclusivegrowth.eu/files/Call-25/Lindstrom-Social-Dialogue-1.pdf>
- 37 Guy Davidov, “The status of Uber drivers: a propositive approach”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*. N.º 1-2, Vol. 6, 2017, pp. 6-15. Nesse trabalho o Autor cita o prefeito de Seattle (USA) que baixou um decreto permitindo a negociação coletiva dos motoristas da Uber, independentemente de serem classificados como empregados ou independentes.
- 38 “Communication from de Commission to the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, An European Agenda for the Collaborative Economy”, COM/2016/0356 Final.
- 39 Manfred Weiss, “The platform economy: the main challenges for labour law”, in Lourdes Mella Méndez (ed), *Regulating the platform economy*, London: Routledge Co., 2020.
- 40 “The future of work: litigating labour relationships in the gig economy”, New York: Business and Human Rights Research Center, 2019, pp 12-13.
- 41 Yanelys (“Yani”) Crespo, “Uber v. Regulation: Ride-Sharing Creates a Legal Gray Area”, *University of Miami Business and Legal review*, 79 (2016); “Uber’s legal challenges around the world”, <https://www.reuters.com/article/us-uber-britain-factbox/factbox-ubers-legal-challenges-around-the-world-idUSKBN1XZ25F>; “Legal and Ethical Issues at Uber”, <https://www.ukdiss.com/examples/legal-ethical-issues-uber.php>; “A ‘short’ history of Uber’s controversies – Despite operating for less than a decade, the ride-hailing giant has already racked up an extensive list of disputes that have claimed some of its most senior executives”, <https://www.proactiveinvestors.co.uk/companies/news/203400/a-short-history-of-ubers-controversies-203400.html>
- 42 Na ausência de leis específicas, muitos tribunais tendem a enquadrar os trabalhadores de aplicativos no emprego temporário. Ver o caso da Áustria em Gunther Loschnigg “Austria”, in Isabelle Daugareilh et. alt., “The platform economy and social law: key issues in comparative perspective”, Brussels: European Trade Union Institute (ETUI), 2019.
- 43 No caso da Uber, são comuns as ações que discutem o modelo de negócio para, com base nisso, definir o status dos motoristas. Quando a Uber é considerada como empresa transportadora, é comum invocar-se a relação de emprego entre os motoristas e a plataforma. Quando é considerada mera intermediação entre prestadores e tomadores de serviços, afasta-se o vínculo empregatício.
- 44 Isso pressupõe que o contrato com a Uber termina toda vez que o aplicativo é desligado o que isenta a plataforma de responsabilidades fora do período de trabalho em especial no campo da saúde e segurança do trabalho.
- 45 As referências aos países indicados nestes parágrafos são fundamentadas no IOE, “Policy paper on industrial relations and independent contractors”, Geneva: International Organization of Employers, 2019; “Freelancers Union in the United States”, <https://www.freelancersunion.org/>
- 46 René Böheim e Ulrike Muehlberger, “Dependent forms of self-employment in the UK: identifying workers on the border between employment and self-employment”, Bonn: Institute for the Study of Labour, 2006.

- 47 “Há vínculo empregatício entre Uber e motorista, decide corte francesa”, *Consultor Jurídico*, 5 de março de 2020.
- 48 As considerações sobre os países aqui relatados podem ser encontradas em Valerio di Stefano e Antonio Aloisi, *op. cit.*
- 49 Jorn-Philipp Klimburg, Germany, “Global HR Lawyers”, *Lus Laboralis*, 2020.
- 50 Daniel Rauch e David E. Schleicher, “Like Uber, But for Local Governmental Policy: Uber: The future of local regulation of the sharing economy”, *Ohio State Law Journal*, 76 (4), 901-964, 2015.
- 51 “Labor Department says virtual platform workers are independent contractors, not employees”, Washington: US Department of Labor, *Daily News*, 29/04/2019
- 52 Daniel Becker e Fernanda Obregon, “Trabalho em plataforma: onde terminam os dados e começa a ideologia?”, *Jota*, 01/08/2020
- 53 Processos citados e analisados por Ana Paula S. C. Miskulin e Daniel Bianchi, “O descompasso entre a definição de trabalho uberizado e a realidade de trabalho dos motoristas de Uber”, in Guilherme G. Feliciano e Olivia Q. Figueiredo Pasqualetto (organizadores), *O trabalho além do direito do trabalho*, São Paulo: Editora LTr, 2019.
- 54 Várias ações civis públicas têm sido propostas pelo Ministério Público do trabalho também no caso dos motoboys guiados por aplicativos. Em 2018, o MPT propôs uma ação contra a entregadora Loggi por praticar “dumping social” no valor de R\$ 200 milhões e em 2019 contra a iFood pelo mesmo motivo
- 55 “Empresas de Transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos”, Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018
- 56 Rodrigo L. Carelli, “Vínculo empregatício em plataformas digitais de serviços de transporte – uma questão de direito”, *Jota*, 05-11-2019
- 57 Ministério Público da União, citado por Ana Paula S. C. Miskulin e Daniel Bianchi, *op. cit.*, p. 193.
- 58 Os defensores da subordinação estrutural dizem que ela ocorre quando o trabalhador está inserido na atividade central da empresa, independente de receber ordens dos gestores.
- 59 Decisão da 5ª. Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão em Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038. Ministro Relator Breno Medeiros).
- 60 “Motoboys divergem sobre questões judiciais e Ministério Público define que as duas empresas atuam na ilegalidade com os trabalhadores”, <https://olhardigital.com.br/noticia/ministerio-do-trabalho-entra-na-justica-contras-aplicativos-de-entrega-loggi-e-ifood/87383>
- 61 “Empresas de Transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos”, *op. cit.*
- 62 Processo RR-1000123.89.2017.5.02.0038
- 63 Citado por Nelson Manrich, “Direito do Trabalho na era digital”, apresentado na VIII Jornada Iberoamericana de Derecho del Trabajo e de la Seguridad Social, Santo Domingo, 2019
- 64 Isabelle Daugareilh, “France”, in Isabelle Daugareilh et. alt., “The platform economy and social law: key issues in comparative perspective”, *op. cit.* p. 51.
- 65 Exemplo de itens de aderência: (a) ausência de risco econômico para o profissional que presta serviços para plataformas; (b) ausência de poder para tomar decisões sobre as finanças das plataformas; (c) ausência de decisões para comprar ou vender bens das plataformas; (c) ausência de poder para determinar os preços dos serviços; (d) ausência de obrigação de resultados nas atividades contratadas; (e) garantia de remuneração fixa independentemente dos resultados da plataforma; (f) ausência de poder para fazer negócios em nome da plataforma; (g) trabalho em locais de propriedade da plataforma e especificamente destinados ao seu trabalho.
- 66 “Gig economy: employment status”, PwC Legal, 2019.
- 67 Citado por Koichi Kamata, *op. cit.*
- 68 Muitos analistas apresentam uma longa lista de riscos físicos, psíquicos, ambientais e sociais que ficam todos por conta dos trabalhadores de plataformas. Ver Estefanía Conzález Cobaleda, “La economía de plataformas la necesidad de un enfoque de seguridad y salud em el trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, no. 1, março de 2020; Eurofound, “Employment and working conditions of selected types of platform work”, Luxembourg: Eurofound, 2018.

- 69 Conceito elaborado em julho de 2020 (provisório).
- 70 Em junho de 2016, a Comissão Europeia aprovou uma Agenda para a Economia Colaborativa e em 2018 o Conselho da União Europeia recomendou a elaboração de leis para proteção dos trabalhadores autônomos.
- 71 Em 2019, a CEO Global da Uber, Dara Khosrowshahi, enviou carta ao Presidente Donald Trump e ao Congresso Americano solicitando a promulgação de leis para proteger os trabalhadores independentes argumentando que as leis americanas devem proteger todos os trabalhadores e não apenas um só tipo de trabalho – do empregado.
- 72 Dominique La Salle e Greta Cartoceti, "Social security for the digital age", Geneva: International Social Security Association, 2019
- 73 Os mini-jobs isentam os trabalhadores de imposto de renda e permitem aos empregadores uma redução da contribuição à Previdência Social.
- 74 Valerio de Stefano, "The rise of the just-in-time workforce", op. cit.
- 75 Valerio de Stefano e Antonio Aloisi, European legal framework for digital labour platforms, op. cit.
- 76 Mutual Information System on Social Protection, 2016
- 77 Os trabalhadores autônomos são regulados pelo art. 2222 do Código Civil. São os que trabalham sem nenhum tipo de subordinação, realizando as atividades com seus próprios recursos. Ver Paolo Borghi et. alt., "Self-employed professional in the European labour market: a comparison between Italy, Germany and UK", 2018, <https://doi.org/10.1177/1024258918761564>
- 78 Michele Raitano, "The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers"? Chapter 6. Italy: Para-subordinate workers and their social protection, Paris: OECD, 2018
- 79 "Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe", Brussels: European Commission, 2017
- 80 OECD Outlook 2019, "Labour market regulation 4.0. Protecting workers in a changing world of work", Paris: OECD, 2019.
- 81 Há algumas exceções tais como caminhoneiros, trabalhadores das docas (avulsos).
- 82 Keabu Morris e John Bolesta, "Which are they? Independent contractors or employees? Navigating the conflicts between state and federal law", <https://www.laboremploymentlawblog.com/2019/07/articles/national-labor-relations-act/drivers-independent-contractors-employees/>
- 83 "Ride-Hail Drivers Are Independent Contractors, Not Employees, NLRB GC Concludes", <https://www.laborandcollectivebargaining.com/2019/07/articles/nlra/ride-hail-drivers-are-independent-contractors-not-employees-nlrb-gc-concludes/>
- 84 IOE, "Policy paper on industrial relations and independent contractors", op. cit.
- 85 IOE, Policy paper on industrial relations and independent contractors, op. cit.; "Collective bargaining for the self-employed addressed by the European Commission" <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9080ef96-66fa-4e27-a43a-33648636306a>
- 86 Danielly C. A. Gontijo, "Breves notas sobre a defesa da concorrência na União Europeia", <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42525/breves-notas-sobre-a-defesa-da-concorrenca-na-uniao-europeia>
- 87 Camilo Rubiano e Shiomit Ravid, "Collective bargaining and competition law: a comparative study on the media, arts and entertainment sectors", Paris: International Federation of Musicians, 2013.
- 88 Referências indicadas por Lionel Fulton, "Trade unions protecting self-employed workers", Brussels: European Trade Union Institute, 2018.
- 89 OIE, Policy paper on industrial relations and independent contractors, Geneva: Organization of International Employers, 2019.
- 90 Art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU).
- 91 Alguns países têm legislação que literalmente impede a sindicalização de trabalhadores autônomos (ex: Bulgária, Polônia, Hungria, Romênia).
- 92 Zazhary Kilhoffer et. alt., Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, Brussels: European Commission, December 2019.
- 93 O art. 11 bis acrescenta que os TRADEs podem solicitar do cliente um contrato de trabalhador autônomo economicamente dependente pelo que será considerado um trabalhador desse

- tipo. Nesse contrato, o TRADE deve declarar expressamente a sua dependência em relação ao cliente que contrata seus serviços.
- 94 Pelo Art. 19, o mesmo vale para os trabalhadores autônomos. Eles também podem se associar a sindicatos existentes, mas não podem criar sindicatos próprios.
  - 95 Adrián Todoli-Signes, *Workers, the self employed and TRADEs: conceptualization and collective rights in Spain*, *European Labour Law Journal*, Vol. 10, no. 3, (2019), p. 265.
  - 96 Jaime Cabeza Pereiro, *The status of self-employed workers in Spain*, *International Labour Review*, Vol. 47, no. 1 (2008), p. 96.
  - 97 Adrián Todoli-Signes, *Workers, the self employed and TRADEs: conceptualization and collective rights in Spain*, *European Labour Law Journal*, Vol. 10, no. 3, (2019), p. 259
  - 98 Acima de tudo há um Conselho (Nacional) do Trabalho Autônomo que emite pareceres sobre projetos de lei, políticas públicas, etc.
  - 99 Spain: self-employed workers, Luxembourg: Eurofound, 2009.
  - 100 Na Irlanda, há muitos anos, a Irish Congress of Trade Unions faz lobby para varias associações de trabalhadores autônomos. Em 2017 foi aprovada uma lei concedendo o direito de negociação coletiva aos autônomos fazendo a ressalva que essa não pode violar a Lei da Concorrência. Ver Michael Doherty e Valentina Franca, *Solving the gig-saw? Collective rights and platform work*, *Industrial Law Journal*, Vol, 49, no. 1, (2020).
  - 101 Esther Sánchez Torres, *The Spanish law on dependent self-employed workers: a new evolution in labor law*, *Comparative Labor Law and Political Journal*, Vol. 31, no. 2 (2010), p. 242.
  - 102 Miguel Rodrigues-Piñero Royo, *Trabajo em plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes*, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, no. 28, Fevereiro de 2019.
  - 103 "Competition: the European Commission launches a process to address the issue of collective bargaining for the self-employed", Brussels: The European Commission, 2020.
  - 104 Lexology, "Collective bargaining for platforms workers", 13/07/2020.
  - 105 Zuzanna Muskat-Gorska, "Polish Legislative Reform Tests a More Principled Approach to Collective Rights of Self-Employed Workers", *Comparative Labor Law & Policy*, Illinois, April, 2020.
  - 106 Nicola Countouris e Valerio De Stefano, "New trade union strategies for new forms of employment", Brussels: European Trade Union Institute, 2019.
  - 107 "Trade unions protecting self-employed workers", Brussels: Syndicat European Trade Union, 2018.
  - 108 Zachary Kilhoffer et. alt., "The platform economy and industrial relations", Research Report, 2017, [http://aei.pitt.edu/88525/1/RR2017-12\\_PlatformEconomyAndIR\\_formatted.pdf](http://aei.pitt.edu/88525/1/RR2017-12_PlatformEconomyAndIR_formatted.pdf)
  - 109 Kristin Jesnes et. alt., "Collective agreements for platform workers: examples from the Nordic countries", *Nordic Future of Work Brief 3*, Oslo: Nordic Council of Ministers, 2019.
  - 110 ETUI. "Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers collective voice and representation in Europe": Brussels: European Trade Union Institute, 2018.
  - 111 "Collective bargaining for the self-employed addressed by the European Commission" <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9080ef96-66fa-4e27-a43a-33648636306a>
  - 112 OIE, Policy paper on industrial relations and independent contractors, op. cit.
  - 113 Os sindicatos ligados à central sindical alemã Ver.di amparou o Sindicato de Trabalhadores Livres e o Sindicato de Alimentos, Bebidas e Catering em negociações com as plataformas do que resultaram vários contratos coletivos de trabalho. Em Bologna (Itália), houve uma negociação envolvendo entregadores de comida e o Conselho Municipal que assinaram uma Carta de Direitos Fundamentais para essa atividade. Esses exemplos são relatados no Eurofound, "Employment and working conditions of selected types of platform work", op. cit. pp. 53-54
  - 114 Marc de Vos, *Marc de Vos, Work 4.0 and the future of labour law*, op. cit. p. 24
  - 115 Marc de Vos, "Work 4.0 and the future of labour law", op. cit. p. 24
  - 116 Alex J. Wood et. alt., "Workers of the Internet unite" <https://geonet.oii.ox.ac.uk/blog/new-publication-workers-of-the-internet-unite>; Kavi Gupta, "Will labor unions survive in the era of automation?", *Forbes*, 12/10/2016; Enrique Dans, "When will labor unions understand the potential of technology to improve our lives?" <https://www.forbes.com/sites/enrique-dans/2018/02/02/when-will-labor-unions-understand-the-potential-of-technology-to-improve-our-lives/#34823c3529d6>

- 117 "Labour unrest", *The Economist*, 20/04/2019.
- 118 "Greve de motoristas da Uber", UOL, 08/05/2019.
- 119 Esse procedimento foi utilizado, por exemplo, pela 32ª Vara do Trabalho de Salvador homologou um acordo extrajudicial por ligação de vídeo do *whatsapp* (Processo nº 0000311-65.2019.5.05.0032). Em 2018, o *whatsapp* foi utilizado pela Vara do Trabalho de Tucuruí-PA para notificar réu que se encontra no exterior (TRT 8ª Região – VT de Tucuruí-PA – Proc. 0002736-51.2013.5.08.0110). O próprio Supremo Tribunal Federal vem utilizando vídeo conferências e julgamento eletrônico em processos mais simples.
- 120 "Crowdsourcing Code of Conduct – Ombuds Office", <https://ombudsstelle.crowdwork-ig-metall.de/en.html>
- 121 European Commission, "Launching a consultation on a European pillar of social rights", Staff working documents, 2016.
- 122 European Commission, "A European Agenda on the Collaborative Economy", 2016. Ver também, Eurofound, "Employment and working conditions of selected types of platform work", Luxembourg: Eurofound, 2018.
- 123 Slavina Spasova et. alt., "Access to social protection for people working on non-standard contracts as self-employed in Europe: a study of national policies", Brussels: European Social Policy Network, 2018.
- 124 Bélgica, Dinamarca, Estônia, Finlândia, Islândia, Holanda e Noruega.
- 125 Na Europa isso ocorre na Croácia, Hungria, Islândia, Luxemburgo, Rússia e Eslovênia, Bélgica, Bulgária, Eslovênia, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia. Ver Jongkyun Choi, "Pension schemes in OECD countries", op. cit.; "Pension rules for the self-employed in the European Union, 2014", <https://www.cesifo-group.de/ifoHome/facts/DICE/Social-Policy/Pensions/Architecture/Pension-rules-self-employed-EU/fileBinary/Pension-rules-self-employed-EU.pdf>
- 126 Áustria, República Checa, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Polônia, Romênia e Suécia.
- 127 Willen Pieter de Groen e Ilaria Maselli, "The impact of collaborative economy on the labour market", Brussels: CEPS Special Report. European Commission, 2016.
- 128 Jongkyun Choi, "Pension Schemes for the self-employed in OECD countries", op. cit.
- 129 "Study on the feasibility of a European Personal Pension Framework", Brussels: European Commission, 2017; "Private pension plans in Germany", <https://www.howtogermany.com/pages/private-pension-plans.html>
- 130 "France's social security scheme for self workers", Paris: Center des Liasons Europeenes et Internationales de Sécurité Sociale, 2018, [https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime\\_france\\_independants\\_en.html](https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france_independants_en.html)
- 131 "Canada, special benefits for self-employed people, an overview", <https://www.canada.ca/en/services/benefits/ei/ei-self-employed-workers.html>
- 132 OECD, "The future of social protection: what works for non-standard workers", in Slavina Spasova et al., "Access to social protection for people working on non-standard contracts as self-employed in Europe: a study of national policies", op. cit.
- 133 A França definiu um programa para "microempreendedor", <https://www.thelocal.fr/20181130/what-you-need-to-know-about-frances-auto-entrepreneur-status>
- 134 "The future of social protection: what works for non-standard workers", op. cit.
- 135 OECD, "The future of social protection: what works for non-standard workers?", op. cit.
- 136 Em muitos países, porém, há na lei trabalhista a categoria de "conta própria dependente" para se referir ao autônomo que trabalha para uma só empresa. Na Alemanha, Holanda, Espanha, Portugal e Romênia há contribuições obrigatórias.
- 137 Slavina Spasova et. alt., "Access to social protection for people working on non-standard contracts as self-employed in Europe: a study of national policies", op. cit., p. 40
- 138 Slavina Spasova et. alt., "Access to social protection for people working on non-standard contracts as self-employed in Europe: a study of national policies", 2018, p. 35.
- 139 A cobertura do seguro desocupação para quem trabalha por conta própria tem de se basear na declaração do próprio trabalhador porque, não sendo empregado, ele não tem empregador para declarar uma demissão.
- 140 Slavina Spasova et. alt., "Access to social protection for people working on non-standard contracts as self-employed in Europe: a study of national policies", op. cit., p. 38
- 141 Eurofound, "Exploring self-employment in the European Union", Luxembourg: Eurofound, 2017.

- 142 Investing in and for our future, Geneva: World Economic Forum, 2019; Ver também “Perspectivas para aposentadoria”, *O Estado de S. Paulo*, 01/07/2019.
- 143 “Transferability of rights and entitlements”, in Slavina Spasova et. alt., op. cit. p. 49
- 144 Neste caso, o trabalhador é excluído da aposentadoria por tempo de contribuição e só pode se aposentar por idade.
- 145 Esse programa garante aposentadoria por idade e por invalidez, auxílio doença, licença maternidade, pensão por morte e auxílio reclusão para os autônomos.
- 146 Robert Holzmann and Robert Palacios, “Individual Accounts as Social Insurance: A World Bank perspective”, Washington: World Bank, 2001; John Turner, “Individual Accounts for Social Security Reform”, Kalamazoo: Upjohn Institute for Employment Research, 2006;
- 147 “Menos de 10% dos brasileiros têm previdência privada”, *Mercado Financeiro*, 12/02/2019
- 148 Nelson Manrich, *Direito do trabalho na era digital*, op. cit., 2ª. versão (2020),
- 149 Criado pela Lei 10.836/2004. Destina-se às famílias que têm crianças em idade escolar desde que frequentem a escola.
- 150 Os recursos para esses programas provem da Seguridade Social (COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e da CSLL – Contribuição sobre o Lucro Líquido das Empresas)
- 151 São também objetivos da Previdência Social proteção à maternidade, proteção contra o desemprego, salário família, auxílio reclusão e pensão por morte. Por dever da Lei Complementar 123/2006 que instituiu o Programa do Super Simples, a Previdência Social oferece um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte por meio de alíquotas mais baixas e documento único para a arrecadação de contribuições.
- 152 Além dos sistemas acima indicados, a Previdência Social dispõe ainda de programas destinados à proteção ao trabalhador avulso e do segurado especial. O avulso como, por exemplo, os estivadores, exerce atividade subordinada e organizados por sindicatos ou órgãos gestores que têm a responsabilidade de recolher as contribuições previdenciárias. O segurado especial é o trabalhador rural que trabalha para sua própria subsistência, incluindo-se aqui o pescador artesanal que recolhem a contribuição previdenciária diretamente no INSS.
- 153 Nesse caso, a contribuição é igual ao teto dos benefícios do INSS.
- 154 Neste sistema está incluído o Programa do Parceiro-Salão para cabelereiros, barbeiros, esteticistas, manicures, pedicures, depiladores e maquiadores.
- 155 Exemplos: motorista de taxi, sacerdotes, pintores, diaristas, vendedores ambulantes, síndicos remunerados, etc.
- 156 O salário de contribuição corresponde ao recolhimento ao INSS (de 8% a 11% dos ganhos da pessoa) realizado pelo filiado, com teto no caso do empregado e sem teto no caso do empregador (20%). Alíquotas mais baixas a partir de 5% destinam-se aos trabalhadores mais pobres que ganham até um salário mínimo por mês.
- 157 Na adesão ao plano individual ou facultativo, o profissional pode escolher as proteções que mais deseja e, com isso, ajustar a sua contribuição ao “pacote” selecionado. Ele pode escolher ainda o Plano Completo que concede aposentadoria por idade e tempo de contribuição ou o Plano Simplificado, recolhendo apenas 11% e com direito à aposentadoria apenas por idade.
- 158 Exemplos: estudantes, donas-de-casa, desempregados, presidiários não remunerados, etc.
- 159 O número de contribuintes nessas regras varia muito de mês para mês. Segundo os dados de 2017, havia cerca de 5 milhões de contribuintes individuais pelo Plano Completo e 1,7 milhões pelo Plano Simplificado, totalizando 6,7 milhões. A maior parte é de profissionais liberais. O número de contribuintes facultativos era bem menor, cerca de 1,2 milhão, sendo 273 mil pelo Plano Completo, 624 mil pelo Plano Simplificado e 312 mil donas-de-casa.
- 160 Janine Berg et. alt., “Digital labour platforms and the future of work”, op. cit.; Sergio Bitar, “El futuro del trabajo em America Latina: como impactará la digitación” Washington: Dialogo Interamericano, 2020.
- 161 <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang-en/index.htm>



**JOSÉ PASTORE** é Presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da Fecomercio/SP.

# Leilões: A Teoria dos Jogos e o Prêmio Nobel de Economia de 2020

■ POR MAURÍCIO BUGARIN

**“O ensinamento dos mestres Robert Wilson e Paul Milgrom nesses últimos anos será de grande valia e seu aproveitamento fará toda a diferença entre um mecanismo de sucesso que gerará bilhões de reais aos cofres públicos, ou um resultado pífilo para o país.”**



[...] in the *real* world – when the chips are down, the payoff is not five dollars but a successful career, and people have time to understand the situation – the predictions of game theory fare quite well.

Robert Aumann, Prêmio Nobel de Economia (2005).

Prefácio do livro “Two-sided matching”, por Alvin Roth e Marilda Sotomayor, 1990.

## TEORIA DOS JOGOS E O MUNDO REAL

**O** uso de modelos matemáticos foi tradicionalmente visto com certo ceticismo entre muitos economistas, que tendem a vê-los como instrumentos úteis para a descrição e o entendimento teórico de fenômenos, mas de pouca relevância no “mundo real”.

A quebra desse paradigma é lenta e progressiva, fortemente conduzida pelo desenvolvimento da Teoria dos Jogos que colonizou a disciplina com seu apelo incontestável, antes de conquistar também outras áreas do conhecimento como a biologia evolutiva, a ciência política, o direito, a história, a sociologia...

Até o início da década de 1990, no entanto, a evidência de que a teoria dos jogos tinha muito a contribuir para o lado real da economia encontrava-se restrita, sendo a teoria de pareamento (*Matching Theory*) talvez o exemplo mais contundente de que, quando o que está em jogo realmente importa, os agentes se comportam de acordo com as previsões desses modelos matemáticos. Em poucas palavras, o livro coautorado por Marilda Sotomayor e Alvin Roth (prêmio Nobel de Economia em 2012) mostra que o mecanismo centralizado de alocação de médicos residentes em hospitais americanos, que havia evoluído por tentativa e erro ao longo de meio século, correspondia precisamente ao algoritmo de pareamento proposto em um artigo teórico publicado por David Gale e Lloyd Shapley em 1962.

Se o argumento de Aumann permaneceu restrito a um seleto grupo de especialistas, a importância prática da teoria dos jogos no mundo real se tornou patente nos mesmos anos 1990 com as contribuições de Robert Wilson e Paul Milgrom, dentre outros importantes acadêmicos, no desenho daquele que seria conhecido com “o maior leilão da história” (Safire, 1995).

Foi a junção de uma brilhante carreira acadêmica, com contribuições seminais à teoria dos leilões, a uma participação ativa em desenhos práticos de leilões de muito sucesso, que deu aos professores Robert Wilson e Paul Milgrom o Prêmio Nobel de Economia de 2020.

Esta nota inicia-se descrevendo uma contribuição teórica de cada um dos pesquisadores à teoria dos leilões para, em seguida, discutir sua contribuição aplicada mais conhecida: o “maior leilão da história” de radiofrequência de 1994.

### **TEORIA DOS LEILÕES: VICKREY, WILSON, MILGROM**

Ainda que o uso de mecanismos de leilões para a venda de todo tipo de objeto (e de seres vivos, inclusive humanos!) remonte à aurora das civilizações, considera-se que o primeiro artigo formal em teoria dos leilões foi Vickrey (1961).

Esse artigo analisa quatro desenhos básicos para um leilão. O primeiro é o leilão aberto crescente ou “leilão inglês”, em que os participantes vão fazendo lances cada vez mais elevados até que nenhum participante queira cobrir o último e maior lance, pelo qual o objeto é vendido. O segundo é o leilão aberto descendente ou “leilão holandês”, em que o leiloeiro propõe um preço elevado pelo objeto em vai reduzindo cada vez mais essa proposta até que um dos participantes aceite pagar o último e mais baixo valor proposto, pelo qual o objeto é vendido. O terceiro é o leilão selado de primeiro preço, em que cada participante apresenta seu lance em um envelope lacrado e o leiloeiro, após recolher todos os lances, abre os envelopes e vende o objeto ao participante que fizer o maior lance, pagando por ele seu lance. Finalmente, o quarto é o leilão selado de segundo preço, em que cada participante apresenta seu lance em um envelope lacrado e o leiloeiro, após recolher todos os lances, abre os



“O comitê do Prêmio Nobel de Economia foi muito feliz em agraciar o professor Robert Wilson e seu outrora orientando, o professor Paul Milgrom, com essa egrégia distinção.”

envelopes e vende o objeto ao participante que fizer o maior lance, mas cobra dele não seu lance, mas sim o segundo maior lance.

O artigo mostra que sob certas condições, os quatro formatos de leilões levam à mesma receita esperada para o leiloeiro, sendo, portanto, equivalentes nesse quesito. As condições são que os participantes sejam neutros com relação ao risco; que os valores que atribuem ao objeto sejam independentes, ou seja, o valor que um participante atribui ao objeto seja independente do valor que outro participante atribui a esse objeto; mas que os participantes sejam ex-ante idênticos, ou seja, o valor que cada participante atribui ao objeto é obtido de uma mesma distribuição de probabilidades sobre um mesmo conjunto de possibilidades. Essa equivalência entre os quatro formatos básicos de leilões ficou conhecida como o “Teorema de Equivalência de Receitas”.

Não desprezando o fato de que, em presença de assimetrias ou se os participantes forem avessos ao risco, pode haver diferença nesse resultado de equivalência de receitas, o artigo continua a análise do modelo básico, chamado de modelo de valores privados simétricos independentes, ressaltando a equivalência estratégica entre o leilão aberto ascendente e o leilão selado de segundo preço. Também nota a equivalência estratégica entre leilão aberto descendente e leilão fechado de primeiro preço no modelo básico. Nota ainda que a solução do leilão descendente ou do leilão fechado de primeiro preço é bem mais complexa, exigindo que se conheça, por exemplo, a distribuição de probabilidades ex-ante dos tipos dos participantes e que se procedam a sofisticados cálculos de probabilidades. Isso está em grande contraste com a solução dos leilões ascendentes ou selados de segundo preço, em que cada participante possui uma solução dominante, ou seja, seu lance ótimo independe das escolhas e valores que os demais participantes atribuem ao objeto. Defende, portanto, pela simplicidade e robustez, o formato de leilão selado de segundo preço, que passou a ser conhecido desde então como “Leilão de Vickrey”.

O artigo seminal de William Vickrey inaugurou a área de teoria dos leilões e foi seguido por incontáveis artigos, tendo esse pesquisador sido agraciado com o Prêmio Nobel de Economia em 1996.

O modelo de valores privados, em que cada participante atribui seu próprio valor ao objeto leiloadado, é extremamente rico e se aplica bem a situações em que o valor do objeto está intrinsecamente relacionado ao gosto do participante, como uma obra de arte que pode ser muito apreciada por um e nada apreciada por outro

participante. Na direção oposta encontra-se o modelo de valores comuns, em que todos os participantes atribuem o mesmo valor ao objeto, mas nenhum sabe ao certo que valor é esse. Considere, por exemplo, o caso de um leilão para a aquisição de direitos de exploração de petróleo em uma região de um país que ainda não foi devidamente explorada. Como o petróleo é uma commodity, tem seu preço ditado pelo mercado internacional, de forma que o retorno da exploração será o mesmo para qualquer agente vencedor do leilão. A questão principal, nesse contexto, é saber que quantidade de petróleo existe no subsolo. Essa informação não é perfeitamente disponível no momento do leilão. O que cada participante tem é uma estimativa aproximada, baseada em seus estudos geológicos, por exemplo, dessa quantidade. Dizemos, nesse caso, que cada jogador recebe um sinal (do ponto de vista estatístico) do verdadeiro valor dessa exploração, sendo que todos os sinais provêm da mesma distribuição de probabilidades. Portanto, a melhor estimativa para o verdadeiro valor desse objeto é a média dos sinais recebidos por todos os participantes. No entanto, cada participante observa apenas seu próprio sinal. Portanto, se os participantes fizerem lances simétricos crescentes em seus sinais e um determinado participante vencer, isso significa que seu sinal estava acima das médias dos demais. Caso os participantes não levem em consideração esse aspecto, farão lances demasiadamente elevados e, ao vencer, se arrependerão de seus lances. Trata-se de um fenômeno conhecido como a “maldição do vencedor”. Robert Wilson contribuiu fortemente para a modelagem teórica dos leilões de valores comuns e o estudo da solução para o problema da maldição do vencedor (Wilson, 1969; 1977; 1992).

A maioria das situações de leilões que ocorrem no mundo real, no entanto, tem ao mesmo tempo características de valores privados e de valores comuns. Até mesmo os exemplos sugeridos acima. No caso de obras de arte, o comprador não apenas se preocupa com o prazer pessoal de observar uma obra, mas também, mesmo que possivelmente em menor grau, com o futuro valor de revenda dessa obra, um valor comum a todos os participantes. Analogamente, no caso dos direitos de exploração de petróleo, cada um dos participantes tem uma estrutura de custo de exploração, associada, por exemplo, a sua estrutura própria de capital, o que é uma componente privada de custo. A forma mais geral de se modelar todas essas situações foi introduzida em Milgrom & Weber (1982), formalizando o conceito matemático de “valores afiliados”. Dentre os diferentes resultados encontrados nessa modelagem geral destaca-se a propriedade geral de que quanto maior for a informação à disposição dos participantes, maior será a receita esperada do leiloeiro. Trata-se de resultado importante que contraria a intuição de que o leiloeiro deve escolher estrategicamente o nível de informação a ser divulgado aos participantes de um leilão.

Em suma, enquanto Vickers inaugurou a Teoria dos Leilões introduzindo o modelo de valores privados, Robert Wilson foi instrumental na construção do modelo de valores comuns enquanto Milgrom enriqueceu a teoria com o modelo de valores afiliados. No entanto, conforme explicou o professor Tommy Andersson<sup>1</sup>, membro do comitê do Prêmio Nobel em Economia, é importante ressaltar que os professores Wilson e Milgrom têm uma gama de contribuições à Teoria Econômica muito mais ampla que esses resultados aqui discutidos. Por exemplo,

Robert Wilson é um dos formuladores do conceito de equilíbrio sequencial (Kreps & Wilson, 1982) bem como uma das principais referências em modelos de sinalização e reputação (Kreps & Wilson, 1982a). Milgrom, por sua vez, tem extensiva contribuição em Teoria da Firma, tendo inclusive coautorado pesquisas com o Prêmio Nobel de Economia de 2016, Berg Holmström (Holmström & Milgrom, 1994) e até mesmo em Matching Theory (Hartfield & Milgrom, 2005).

## **APLICAÇÃO: DESENHO DE LEILÕES**

Até o final dos anos 1980, as licenças para o uso das ondas eletromagnéticas para telecomunicações nos Estados Unidos eram atribuídas por meio de um sistema denominado “beauty contest”, ou “concurso de beleza”, em que os concorrentes apresentavam suas propostas à agência reguladora (o FCC: Federal Communications Commission), que então avaliava qual proposta melhor representava o “interesse público” e a ela outorgava a licença. Naturalmente, esse sistema gerava incentivos perversos ao lobby e à tomada de decisão baseada na influência de poderosos conglomerados de telecomunicações, tendo seus resultados frequentemente questionados na Justiça pelos perdedores. Percebendo esse incentivo adverso, e vendo a demanda por outorgas aumentando significativamente nos anos 1980 com o surgimento da telefonia celular, optou-se, em 1983 pelo mecanismo mais simples das loterias, ou seja, a empresa que receberia o direito de uso de certa faixa de radiofrequência era escolhida de forma totalmente aleatória dentre as concorrentes. Esse novo mecanismo minimizou o problema do lobby e de reclamações judiciais, mas, por outro lado, trouxe consigo grande potencial de ineficiência, uma vez que a empresa selecionada muito provavelmente não seria a mais bem preparada para receber essa licença. Além disso, licenças que geravam imenso volume de receitas recebiam a outorga praticamente gratuitamente<sup>2</sup>.

Diante dessa realidade, e considerando a crescente pressão da dívida pública americana, em 1993 o Congresso estadunidense autorizou a FCC a vender licenças de telecomunicações por meio de leilões competitivos. Licenças de telecomunicações têm uma característica especial que tomam qualquer mecanismo de venda extremamente complexo: a sinergia. A sinergia se refere ao fato de o valor da licença referente a uma área depende fortemente da rede que uma empresa consegue formar. Por exemplo, considerando os tamanhos e a interligação entre os mercados de São Paulo e do Distrito Federal, uma licença para operar no DF vale muitíssimo mais a uma empresa que consiga também a outorga para operar em São Paulo. Portanto, o mecanismo de leilão a ser implementado, se buscar eficiência e receita para o governo, deve favorecer o aproveitamento das sinergias, que dependem de cada empresa participante.

Foi então que o mundo real se voltou para os acadêmicos de Teoria dos Jogos, tanto o FCC, que contratou o professor John McMillan, como as empresas interessadas, que contrataram um “dream team” de pesquisadores incluindo, dentre outros, Charles Plott, Jeremy Bulow, Barry Nalebuff, Preston McAfee, Robert Weber, David Porte, John Ledyard e, destacadamente, Robert Wilson e Paul Milgrom (McMillan, 1994).

Quando Milgrom foi contactado pela concorrente Pacific Bell, sua primeira reação foi: “Eu sou apenas um economista teórico! Nada sei sobre isso!” (Christopher, 2016). Apesar do choque inicial, Milgrom e Wilson aceitaram o desafio e de suas mentes brilhantes, surgiu o desenho do leilão simultâneo ascendente de múltiplas rodadas, o SAA (Simultaneous Ascending Auction: Milgrom, 2000). Nesse leilão, em cada rodada todos os participantes podem dar lances simultâneos para qualquer uma das faixas de radiofrequência sendo leiloada. Existe uma regra de atividade para que um participante ainda continue com o direito de dar lances em um segmento, de forma que, se deixar de dar lances para esse segmento por um número elevado de rodadas, o participante perde o direito de concorrer por esse segmento. Ademais, existe uma regra de aumento mínimo do valor dos lances entre duas rodadas consecutivas. O primeiro leilão nesse formato ocorreu em julho de 1994, teve a duração de 47 rodadas e gerou 617 milhões de dólares à época com a venda das 10 licenças oferecidas.

A partir de então, o padrão se consolidou e foi seguido, com devidos ajustes, tanto nos leilões subsequentes nos Estados Unidos como em muitos outros países (Binmore & Klemperer, 2002). Mais recentemente, Milgrom foi novamente convocado para desenhar um leilão ainda mais complexo, o “Leilão de Incentivos” (*Incentive Auction*) em que o governo comprou frequências de redes de TV e simultaneamente leiloou essas frequências para o uso da telecomunicação móvel (Milgrom, 2019). O leilão, que Milgrom descreveu com “[...] the most excited thing I’ve ever done” (Christopher, 2016) foi realizado 29 de março de 2016 a 30 de março de 2017, reposicionou 84 mega-hertz de radiofrequência e gerou 19,8 bilhões de dólares em receitas, sendo 7 bilhões para o Tesouro americano (FCC, 2017)<sup>3</sup>.

A nova revolução tecnológica no mundo das telecomunicações já está colocada: trata-se do uso da tecnologia 5G, que permitirá velocidades de comunicação de dados até pouco impensáveis ao alcance de todos. Segundo o Ministro das Comunicações Fábio Faria, o leilão de frequência para a implantação de 5G no Brasil acontecerá “com certeza” entre abril e maio de 2021<sup>4</sup>. O ensinamento dos mestres Robert Wilson e Paul Milgrom nesses últimos anos será de grande valia e seu aproveitamento fará toda a diferença entre um mecanismo de sucesso que gerará bilhões de reais aos cofres públicos, ou um resultado píffio para o país.

## CONCLUSÃO

A teoria dos leilões é uma das construções mais coletivas da teoria econômica, tendo recebido a contribuição de grande número de pesquisadores de primeiríssimo nível tanto no seu desenvolvimento teórico, como nas suas fantásticas aplicações. Por essa razão, pode se dizer que o Prêmio Nobel em Economia de 2020 foi dado a uma grande comunidade de pesquisadores ao redor do mundo. Nessa comunidade, no entanto, poucos conseguiram se fazer fortemente presentes nos primeiros desenvolvimentos da teoria e ao mesmo tempo em algumas de suas mais sofisticadas aplicações. Por encabeçarem essa restrita lista, o comitê do Prêmio Nobel de Economia foi muito feliz em agraciar o professor Robert Wilson e seu outrora orientando, o professor Paul Milgrom, com essa egrégia distinção. 

## NOTAS

- 1 <https://www.youtube.com/watch?v=ZctoTG27Fhw>
- 2 Um caso Famoso foi do ator Ernest Borgnine, que chegou a ganhar uma licença de telefonia sem ter qualquer experiência prévia na área, tendo posteriormente vendido essa licença com grande lucro (Christopher, 2016).
- 3 Veja Carrasco (2020) para maior detalhamento sobre o Leilão de Incentivos.
- 4 <https://www.tecmundo.com.br/mercado/177591-leilao-5g-brasil-abril-maio-2021-diz-ministro.htm>

## REFERÊNCIAS

- BINMORE, K., & Klemperer, P. (2002). The biggest auction ever: The sale of the British 3G telecom licences. *The Economic Journal*, 112(478), C74-C96.
- CARRASCO, V. (2020). Nobel 2020: Paul Milgrom e Robert Wilson. *Terraço Econômico*, 10 de outubro.
- CHRISTOPHER, B. (2016). The spectrum auction: How economists saved the day. *Priceonomics*, 19 de Agosto.
- Federal Communications Commission-FCC (2017). Broadcast Incentive Auction and Post-Auction Transition. Terça-feira, 9 de março de 2017.
- GALE, D., & Shapley, L. S. (1962). College admissions and the stability of marriage. *The American Mathematical Monthly*, 69(1), 9-15.
- HATFIELD, J. W., & Milgrom, P. R. (2005). Matching with contracts. *American Economic Review*, 95(4), 913-935.
- HOLMSTROM, B., & Milgrom, P. (1994). The firm as an incentive system. *The American Economic Review*, 972-991.
- KREPS, D. M. & Wilson, R. (1982). Reputation and imperfect information. *Journal of economic theory*, 27(2), 253-279.
- KREPS, D. M. & Wilson, R. (1982a). Sequential equilibria. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, 863-894.
- MCMILLAN, J. (1994). Selling spectrum rights. *Journal of Economic Perspectives*, 8(3), 145-162.
- MILGROM, P. R., & Weber, R. J. (1982). A theory of auctions and competitive bidding. *Econometrica*, 50(5), 1089-1122.
- MILGROM, P. (2019). Auction market design: Recent innovations. *Annual Review of Economics*, 11, 383-405.
- MILGROM, P. (2000). Putting auction theory to work: The simultaneous ascending auction. *Journal of Political Economy*, 108(2), 245-272.
- ROTH, A. E. & Sotomayor, M. (1990). Two-sided matching. A study in game theoretic modeling and analysis. Volume 18 of Econometric Society Monographs. Cambridge University Press, Cambridge.
- SAFIRE, W. (1995). The Greatest Auction Ever. *New York Times*, Quinta-feira, 16 de março de 1995, Seção A, p. 25.
- VICKREY, W. (1961). Counterspeculation, auctions, and competitive sealed tenders. *The Journal of Finance*, 16(1), 8-37.
- WILSON, R. (1969). *The structure of incentives for decentralization under uncertainty*. Editions du Centre national de la recherche scientifique.
- WILSON, R. (1977). A Bidding Model of Perfect Competition. *The Review of Economic Studies*, 44(3), 511-518.
- WILSON, R. (1992). Strategic analysis of auctions. *Handbook of Game Theory with Economic Applications*, 1, 227-279.



ARQUIVO PESSOAL

**MAURÍCIO BUGARIN** é Bacharel (1983) e Mestre em Matemática (1988) pela Universidade de Brasília; Master of Science (1994) e PhD in Economics (1997) pela University of Illinois, é professor titular da UnB. Pós-doutor nas universidades de Illinois, Rochester, Tsukuba, Kobe, Yohohama, IDE, Vanderbilt, recebeu: o Prêmio Haralambos Simonides de melhor artigo em Economia (2002); o Prêmio Tesouro Nacional de Finanças Públicas (1º lugar em 2012, 2004, 2001 e 1999); o Robert Cooter Award for Scholarship in Law and Economics (2012) entre outros prêmios. Co-organizou o International Workshop of the Game Theory Society (2014) e é membro permanente da comissão organizadora do Latin American Workshop in Law and Economics. É pesquisador do CNPq e líder fundador do grupo de pesquisa do CNPq "Economics and Politics Research Group". Visiting scholar Political Science Department Vanderbilt University.



# Retratação nos crimes contra a honra cometidos por meios de comunicação

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**“A retratação somente gerará efeitos se o ofendido a aceitar no que se refere à sua forma. Se a retratação é feita de outra maneira, que não pelos meios de comunicação e o ofendido exige isso, não terá validade.”**

**R**etratar-se significa desdizer-se, declarar que errou, retirar o que disse, sendo causa de extinção de punibilidade nos termos do art. 107, VI, CP. Porém, a retratação não é aplicável a todo e qualquer caso de crime contra a honra. Em primeiro lugar ela só se aplica aos casos de ação penal privada, já que o artigo 143 menciona a palavra “querelado”.<sup>1</sup> A retratação também só se aplica à calúnia e à difamação. Não tem cabimento na injúria, uma vez que esta atinge a honra subjetiva primordialmente, de maneira que a retratação não teria o condão de reparar o mal ocasionado. Nos casos de calúnia e difamação que têm como objeto a honra objetiva, a retratação pode ocasionar um efeito reparador da reputação da vítima no seio social.

Havendo coautores, a retratação de um deles não aproveita aos outros, pois que se trata de ato personalíssimo. Ademais, ela deve ser cabal, completa, não servindo a parcial ou condicional.

A retratação não depende de aceitação do ofendido em regra. Entretanto, a Lei nº 13.188/15 acrescentou um parágrafo único ao art. 143, CP, de modo que nos casos em que a calúnia ou difamação forem praticadas por meios de comunicação, a retratação deverá ser feita também pelos mesmos meios, se assim desejar o ofendido. Desse modo, nessas situações específicas, a retratação somente gerará efeitos se o ofendido a aceitar no que se refere à sua forma. Se a retratação é feita de outra maneira, que não pelos meios de comunicação e o ofendido exige isso, não terá validade. Pode-se dizer que, não quanto ao conteúdo, cuja análise e avaliação caberá ao magistrado, mas quanto à forma da retratação, nestes casos especiais, ficará ao alvedrio do ofendido a possibilidade ou não do instituto em estudo gerar o efeito da exclusão de punibilidade.

Leciona Bitencourt que nesses casos (crime cometido por meios de comunicação) a retratação passa a depender do “consentimento da vítima”, não mais decorrendo “automaticamente da vontade e manifestação do ofensor”. Explica o autor que a retratação até poderá acontecer de fato, “mas somente produzirá seus efeitos penais se for precedida da *aquiescência* do ofendido”, além de que necessitará ser realizada pelos mesmos meios da prática da ofensa, desde que o exija o vitimado.<sup>2</sup>

Portanto, não vale mais o ensinamento constante na doutrina anteriormente ao advento da reforma procedida pela Lei nº 13.188/15, de que a retratação não dependia, invariavelmente, da aceitação do ofendido.<sup>3</sup> Autores que, como Pedroso, afirmam em edições já posteriores à Lei nº 13.188/15, que “a retratação tem natureza unilateral e, destarte, independe da aceitação do ofendido”, sem qualquer ponderação acerca do novo parágrafo único do art. 143, CP<sup>4</sup> precisam atualizar seus textos, pois que tal alegação tem cabimento apenas parcial na atualidade, ou seja, quando o crime não for perpetrado por meio de comunicação.

Corretamente ensina Greco:

Em 11 de novembro de 2015, foi publicada a Lei nº 13.188, que dispôs sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, inserindo um parágrafo único no art. 143 do Código Penal, que diz que nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim o desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

Aqui, portanto, caso a calúnia ou a difamação tenham sido cometidas através de meios de comunicação, para que a retratação do querelado produza os efeitos previstos no *caput* do art. 143 do diploma repressivo, ou seja, para que conduza à isenção de pena, com a consequente extinção de punibilidade, nos termos do art. 107, VI, do mesmo estatuto penal, se for da vontade do ofendido, deverá ser levada a efeito pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.<sup>5</sup>

O autor em destaque ainda chama a atenção para o fato de que a retratação deverá dar-se de acordo com a proporcionalidade exigida no regramento do “Direito de Resposta”, conforme delineado nos arts. 2º e 4º da Lei nº 13.188/15, sempre que o exigir o ofendido.<sup>6</sup>

No mesmo sentido se manifesta Nucci, aclarando ainda mais a questão:

Em suma, ofensas à honra objetiva (calúnia e difamação), se realizadas por qualquer meio de comunicação (TV, rádio, jornais, revistas, Internet etc.), em caso de retratação do agressor, há de se consultar a vítima, intimando-a, se processo houver, para exercer a sua opção: retratação pública ou nos autos do processo. Antes dessa opção, o juiz não pode declarar extinta a punibilidade. Por óbvio, a retratação pública deve circunscrever-se aos mesmos meios de comunicação em que foi proferida inicialmente, sob pena de se tornar inviável ao ofensor voltar atrás naquilo que falou. Assim sendo, se correu em determinado artigo no jornal X, ali deve ser realizada a retratação. Se outros meios de comunicação, retirando os dados do artigo, também o divulgaram, não fica o ofensor obrigado a retratar-se em todos eles. Caberá, posteriormente, à vítima, assim querendo, transmitir a retratação a outros veículos de comunicação.<sup>7</sup>

Também esclarece Nucci que a realização da retratação pelos meios de comunicação em que foi feita a ofensa não é “condição inafastável”, já que a lei claramente cria uma *opção* para a pessoa ofendida, a qual, eventualmente, poderá “entender que, quanto maior divulgação tiver o fato, maior prejuízo lhe poderá ocorrer”.<sup>8</sup>

Enfim, após a alteração procedida no art. 143, CP pela Lei nº 13.188/15 a questão da aceitação do ofendido quanto à retratação do ofensor tem duas possibilidades:

- a) Se a ofensa não se deu por meios de comunicação, a retratação não depende da aceitação do ofendido.
- b) Se a ofensa se deu por meios de comunicação, a retratação somente surtirá efeitos se o ofendido a acatar somente nos autos (concordar que ela seja assim feita) ou cumprida sua exigência de que seja procedida pelos meios de comunicação, tal qual o foi a ofensa. Nessa situação a retratação dependerá sempre de uma deliberação ou escolha do ofendido quanto à forma pela qual será feita. Não se pode, assim, afirmar que nos casos de ofensas feitas pelos meios de comunicação a retratação independa de aceitação do ofendido, ao menos quanto à forma pela qual se procederá. ❏

## NOTAS

- 1 Em contrário, praticamente de forma isolada, se manifesta Bitencourt pelo cabimento da retratação em crimes contra a honra processados por ação penal pública, ainda que em interpretação “contra legem”. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 419-420.
- 2 Op. cit., p. 417.
- 3 Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 149. A doutrina era então peremptória em afirmar que a retratação nunca dependia de aceitação do ofendido.
- 4 PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal Parte Especial*. 2. ed. Leme: J H Mizuno, 2017, p. 382.
- 5 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 394.
- 6 Op. cit., p. 394-396.
- 7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 240.
- 8 Op. cit., p. 240.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal Parte Especial*. 2. ed. Leme: J H Mizuno, 2017.



**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é Delegado de Polícia aposentado, Parecerista e Consultor Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal. Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

# Recomendações para a transição de mandato

■ POR FABIANA PASCOALOTO



DIVULGAÇÃO

**“Jamais deve o gestor que sai ocultar informações relevantes para o que entra, o que se traduziria em prejuízo direto para a Administração, e indireto para a população.”**

**N**esta próxima transição para os mandatos municipais que se iniciam em 1º de janeiro de 2021 são de se recomendar algumas providências ao Executivo, preferencialmente a serem efetivadas pela colaboração entre o Prefeito que sai e o que entra.

A civilidade, a institucionalidade e o senso comum em momentos como tais devem prevalecer – desnecessário insistir – sobre quaisquer diferenças políticas, ideológicas, partidárias ou pessoais entre os mandatários.

Partimos desse pressuposto para o que segue neste breve artigo, até porque em assim não sendo o roteiro perde a razão de ser.

## **PRIMEIRO PASSO: INSTALAR A EQUIPE DE TRANSIÇÃO**

Um primeiro passo, tornado já tradicional há alguns quadriênios graças a elogiável dos governos federais, é a de se instalar uma *equipe de transição* de governos.

Tão logo o(a) novo Prefeito(a) – e a partir deste momento por economia o gênero será apenas o masculino – seja declarado eleito pela Justiça Eleitoral, sugere-se seja instalada a referida equipe de transição, mediante ato normativo específico, um *decreto* de preferência, que especifique ao menos a finalidade da equipe, a data de início e de encerramento dos trabalhos e, dentro do viável, a sua forma de atuação.

Início e fim dos trabalhos devem situar-se dentro do mandato do dirigente que sai, de modo a preservar todos os dias do novo mandatário para o trabalho executivo efetivo, que não seja de apenas aprender o que existe e o que deve começar a ser feito. O tempo útil das autoridades há de ser preservado tanto quanto possível.

A comissão preferencialmente deve ser formada por (I) representante do Prefeito que sai, (II) um representante do Prefeito que entra, (III) um representante da Auditoria Interna e (IV) um representante da sociedade civil. Podem existir mais pessoas, porém esse é o mínimo que parece razoável.

Das reuniões da comissão devem ser elaboradas as respectivas atas circunstanciadas, com pelo menos a indicação dos participantes, dos assuntos tratados, das informações espontaneamente prestadas e das informações solicitadas, e o cronograma de atendimento às demandas apresentadas.

## **SEGUNDO PASSO: PREPARAR RELATÓRIOS**

### **Área financeira**

A área financeira deve preparar relatórios sobre a situação financeira do Município, contendo

- números das contas bancárias, bancos e agências;
- demonstrativos dos saldos disponíveis e dos restos a pagar;
- relação dos documentos financeiros de longo prazo;
- valores médios mensais recebidos a título de transferências constitucionais;
- inventário de dívidas e haveres, e comprovação de regularidade com a previdência.

### **Área de compras e convênios**

Devem ser elaborados relatórios referentes aos contratos, indicando todos os contratos de execução de obras, serviços e compras, além dos termos referentes aos consórcios, convênios e outros compromissos importantes, se onerosos os pagos e os a pagar.

## **Área de patrimônio e almoxarifado**

Devem ser elaborados relatórios sobre os bens e o patrimônio, com a relação atualizada dos bens patrimoniais e o levantamento dos bens de consumo existentes no almoxarifado, e os ainda a receber.

## **Área de recursos humanos**

Deve ser elaborado um relatório atualizado da estrutura funcional, detalhado por grandes unidades e contendo o quadro completo dos servidores admitidos pelos regimes jurídicos do estatuto e trabalhista, incluindo a lotação e, desejavelmente, também a descrição das atribuições de cada posto de trabalho.

## **Área jurídica**

É desejável o relatório dos processos em andamento, contendo as indicações que permitam ao governo que entra levantar com facilidade a situação atual do Executivo quanto a esse aspecto.

Em havendo possibilidade, e de acordo com os registros internos de ocorrências, é desejável um levantamento, ou uma indicação, de temas atuais que possam ensejar processos judiciais ou administrativos.

## **Projetos em andamento**

As principais ofensivas governamentais, como os projetos e os programas em execução que por qualquer motivo estejam interrompidos ou aguardam implementação, os quais com vantagem seriam continuados pelo governo entrante, merecem relatório suficientemente detalhado e orientativo.

Para tanto não importa a área, o setor ou a especialidade dos projetos, porque se representam anseios da população uma das expectativas quanto ao novo governo é a de que lhes dê continuidade.

## **TERCEIRO PASSO: DISPONIBILIZAR INFORMAÇÕES**

Decisões já tomadas sobre temas relevantes e de peso para a Administração, que possam impactar a futura gestão, devem ser informadas ao futuro gestor.

Além disso, caso haja decisões a serem tomadas com prazo constitucional ou legal devem ser informadas, igualmente, à nova gestão, com clara indicação de quais são esses prazos e quais as consequências de não se os cumprir a tempo.

## **QUARTO PASSO: PUBLICAR OS DOCUMENTOS PARA SE ENCERRAR A TRANSIÇÃO**

A equipe de transição deve publicar no Portal do Município a relação das medidas adotadas pela Administração que se encerra para permitir uma transição institucional e verdadeiramente republicana, acompanhada dos relatórios financeiros pertinentes.

Jamais deve o gestor que sai ocultar informações relevantes para o que entra, o que se traduziria em prejuízo direto para a Administração, e indireto para a população, que em princípio e como regra geral espera testemunhar a continuidade das atividades do Executivo.

## ÁREAS TÉCNICAS

Conforme as áreas, estes são os documentos que na melhor técnica devem ser apresentados:

### **Gestão fiscal**

- regularidade de tributos (INSS, FGTS, PASEP), e quanto a empréstimos;
- quitação da Prefeitura quanto à prestação de contas de convênios;
- obrigações de transparência;
- relatórios da LRF (relatório da gestão fiscal);
- relatórios da saúde (SIOPS).

### **Educação**

- relatórios da Educação (SIOPE).

### **Obrigações constitucionais e legais**

- demonstrativo de situação regular da Prefeitura quanto às obrigações constitucionais e/ou legais;
- regularidade da aplicação na saúde;
- regularidade da aplicação no ensino;
- regularidade da aplicação no FUNDEB;
- observância dos limites com despesas com pessoal;
- regularidade quanto às despesas com endividamento.

### **Planejamento**

- peças de planejamento público: PPA, LDO e LOA.

### **Arrecadação**

- indicação dos tributos a arrecadar no próximo exercício, quantificadas as expectativas.

### **Dívida ativa**

- relação dos devedores inscritos em dívida ativa, com indicação dos respectivos valores e de se está ajuizada a cobrança.

## CONCLUSÃO

Reconhece-se a grandiosidade desta empresa acima meramente esquematizada, e a conseqüente dificuldade para se produzirem tantos documentos transicionais, tudo a exigir muito esforço e acentuado denodo dos membros da equipe de transição.

Isto é, entretanto, o que esperam as populações locais em favor da (I) transparência da gestão pública, e (II) da mais favorecida eficiência da administração que entra.

Recomenda-se enfaticamente, mesmo assim, que as equipes de transição sejam rapidamente constituídas, e que se empenhem na obtenção e na produção daqueles relatórios, daqueles demonstrativos e daquelas certificações, tudo em prol da mais plena governabilidade dos Municípios, que dela estão sempre tão necessitados e cuja esperança em obtê-la e desfrutá-la se revigora a cada novo quadriênio. 



ARQUIVO PESSOAL

**FABIANA PASCOALOTO** é Professora e Contadora Pública.

# A expansão do conceito de governança corporativa na era Pós-Covid

■ POR LUCAS AUGUSTUS ALVES MIGLIOLI

**“Cabe a cada um de nós, gestores, prepararmos os negócios para esta nova realidade. A Covid, todos torcemos, será controlado. A nova governança corporativa, no entanto, veio para ficar.”**

**H**á um ano, iniciaria este artigo explicando dois temas que considero vitais à sobrevivência a longo prazo das empresas no Brasil: Governança Corporativa e Responsabilidade Social, Mas muita coisa mudou neste último ano, inclusive a minha forma de escrever.

A pandemia impactou a sociedade e o mundo empresarial em um nível tão profundo que precisarei me valer de conceitos adicionais aos já explicitados para tratar de sobrevivência corporativa a longo prazo.



Um primeiro impacto Pós-Covid que arrisco mencionar é a necessidade da objetividade da comunicação em reuniões de trabalho. O *home office* operando *full time* com reuniões *on-line* exige maior objetividade e simplificação – só se trata do que é realmente importante para o negócio.

E o cafezinho no meio do dia? Como todos estão em *home office*, as pessoas têm marcado cafés virtuais com amigos; não precisam mais tomar café com o chefe ou com o vizinho de sala.

Se de um lado o trabalho fica mais eficiente, de outro, o conteúdo das discussões se restringe, enfraquecendo a identificação de riscos no dia a dia das empresas. Quem já advogou em empresa sabe o quanto os cafezinhos são importantes para captar riscos que não aparecem em reuniões formais com a Diretoria.

Juntando-se a isso, tem-se o isolamento social que possibilita mais tempo com a família e o contato com si mesmo. Neste ambiente, temas como “Mindfulness”, “Meditação” e “Bem Estar pessoal” começam a fazer parte do nosso dia a dia.

Mas, o que isso tudo tem a ver com governança corporativa e responsabilidade social?

É justamente esse o segundo impacto da pandemia e o cerne deste artigo.

O isolamento trouxe, “sem querer”, a consciência da responsabilidade social corporativa. O empresário aprendeu, na marra, que precisa cuidar do seu funcionário para garantir a comunicação interna e a sobrevivência da empresa. Questões como depressão, problemas financeiros, desemprego de familiares, crianças em casa, passaram a impactar, de forma mais direta, a performance da empresa no mercado.

Antes de avançarmos, algumas definições.

A responsabilidade social corporativa (RSC) estabelece a adoção de práticas positivas em relação à sociedade onde a empresa atua, como uma forma de contribuir para o bem-estar do público externo e interno. Na era Pós-Covid, se torna ferramenta de sobrevivência.

Dando um passo à frente, os próximos a serem diretamente impactados são os acionistas. Chegamos agora no conceito de governança corporativa.

A governança corporativa corresponde à forma de direção das empresas, alinhando o relacionamento entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas, a fim de garantir maior retorno ao acionista, por meio de dividendos ou valorização do papel (ação).

Ambas tratam de moralização, diferindo no “público” destinatário. Enquanto a governança corporativa favorece os acionistas, a responsabilidade social dá mais retorno à sociedade como um todo. Embora, a princípio, pareça haver conflito de interesse entre elas, a era Pós-Covid exige a coexistência destes dois conceitos, beneficiando tanto a sociedade quanto a própria empresa. Por isso, essa simbiose conquistará cada vez mais espaço.

Para quem quiser entender o tema da governança corporativa a fundo, o debate sobre a governança corporativa data da década de 90 por conta das

grandes transformações na estrutura de controle das companhias, especialmente pela separação entre a propriedade e a gestão das empresas, objetivando atenuar os conflitos decorrentes da propriedade dispersa e da divergência de interesses dos acionistas, executivos e da própria empresa.

No início dos anos 2000, os escândalos envolvendo empresas norte-americanas, como a Enron, deram ainda mais importância à governança corporativa e trouxeram à tona questões envolvendo fraudes nas grandes corporações, sua gestão e divulgação de suas demonstrações financeiras, dentre outros temas, estimulando a aprovação, nos Estados Unidos, da Lei Sarbanes-Oxley (SOx), que trouxe relevantes definições acerca das boas práticas. No Brasil, o movimento da governança ganhou força nos anos 1990, com as privatizações e a abertura do mercado nacional.

O conjunto de boas práticas de governança corporativa beneficia diretamente o acionista, por representar um importante fator de valorização, uma vez que os investidores tendem a pagar mais por empresas que as adotam, pela segurança na gestão ou pela própria longevidade das empresas. A governança corporativa é um item decisivo para investidores de longo prazo, como fundos de pensão, que excluem, sumariamente, de seu portfólio as empresas que não possuem bons níveis de governança.

Mas, como esse conjunto de práticas voltadas ao benefício do acionista, por meio de dividendos ou pela valorização de suas ações, se relaciona com a responsabilidade social, prevista nos artigos 116, parágrafo único, e 154, *caput*, da Lei 6.404/1976?

A resposta está tanto no investidor quanto no consumidor. No investidor, porque cresce o número de ativistas norteados pelo pensamento de que a empresa e seu patrimônio não devem servir aos interesses exclusivos dos acionistas, mas aos de toda a sociedade e, por isso, alocam seus recursos, exclusivamente, em companhias engajadas na responsabilidade social, atentas às melhores práticas ambientais (como a empresa se relaciona com o mundo natural e a sua dependência de recursos naturais), sociais (direitos humanos, relações trabalhistas, comunidades e com o público) e de governança (empresas com melhores práticas de gestão são confiáveis e menos propensas a ceder para corrupção ou coerção) – esses critérios são conhecidos como ESG, na sigla em inglês.

No consumidor, porque, na mesma linha dos investidores ativistas, restringem o consumo de bens e serviços aos das empresas atentas à responsabilidade social. Em casos extremos, os consumidores poderão “exigir” a observância da responsabilidade social por meio de boicotes, deixando de consumir bens e serviços de uma determinada empresa. Ação de impacto potencializado pela agilidade dos atuais meios de comunicação instantânea.

Nesse cenário, os gestores, ainda que não o façam por interesse da empresa, deverão implementar políticas de responsabilidade social para atender aos anseios de seus investidores e consumidores, garantindo a sobrevivência do negócio, especialmente pela boa imagem e credibilidade associada a esse tipo de ação, como no caso das empresas que, de alguma forma,

contribuíram com seus clientes ou com a sociedade, por exemplo, durante a pandemia de Covid-19.

Esse conceito, evidentemente, jamais excluirá a proteção do interesse dos acionistas, essencial à sobrevivência da companhia. Até porque a função social da empresa também é composta por sua finalidade econômica de gerar lucros, sem, contudo, deixar de respeitar demais interessados, como os trabalhadores, as comunidades locais, os clientes, os fornecedores, as autoridades públicas, os concorrentes e a sociedade em geral (*stakeholders*).

No fim das contas, as exigências inerentes à responsabilidade social tendem a seguir o exemplo da governança corporativa como fator agregador de valor à companhia, já que as melhores práticas ambientais, sociais e de governança (ESG) recebem, cada vez maior atenção global, sendo associadas a negócios mais sólidos e perenes.

Mas não paro por aí. O home office me possibilitou mais tempo para escrever e não quero perder a linha de raciocínio. Falemos sobre a expansão do conceito da governança corporativa na Era Pós-Covid: falemos de sustentabilidade corporativa e os critérios ESG.

Quem não quer apenas sobreviver, mas também prosperar, precisa se familiarizar com os critérios ESG – *Environmental, Social and Corporate Governance*, ou investimentos na área ambiental, governança social e governança corporativa.

Investimentos na área ambiental se relacionam às ações para diminuição do impacto ambiental que a atividade faz.

Governança Social é ligada à concepção do relacionamento humano entre a empresa e todos os stakeholders: funcionários, fornecedores, clientes, acionistas. Aspectos como diversidade e não discriminação; respeito no ambiente de trabalho, incluem-se neste conceito.

Por fim, temos o conceito da Governança Corporativa, amplamente explicada neste artigo.

O ESG deixou de ser tendência para se tornar realidade de negócio. Existem pesquisas indicando que empresas que possuem sustentabilidade corporativa registram melhor desempenho a longo prazo. Índices de mensuração de sustentabilidade são cada vez mais usados, como o Dow Jones Sustainability World Index e o MSCI ACWI ESG Index.

E, como toda ação relevante do mercado, o ESG será cascadeado para toda cadeia produtiva relacionada a estas grandes empresas. Afinal de contas, de nada adianta ter investimentos em ESG se os fornecedores não forem. É natural que sejam exigidos, a médio prazo, uma mesma atitude ESG da cadeia produtiva.

Cabe a cada um de nós, gestores, prepararmos os negócios para esta nova realidade. A Covid, todos torcemos, será controlado. A nova governança corporativa, no entanto, veio para ficar. 🇧🇷



**LUCAS AUGUSTUS ALVES MIGLIOLI** é especialista em direito administrativo e integrante da Comissão Especial de Estudos de Compliance da OAB-SP.

# A assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de Covid-19

■ POR CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

“Em matéria de assessoriedade e dogmática penal, cabe perguntar se tais obstáculos intransponíveis não seriam um bom indicativo do mau uso do Direito Penal nessa seara.”



**N**os últimos anos, é recorrente o debate acadêmico a respeito da assessoriedade<sup>1</sup> (ou acessoriedade, a depender da corrente adotada) administrativa do Direito Penal. O uso de normas em branco e demais técnicas de reenvio se dá com proeminência na regulação dos chamados bens jurídicos coletivos ou difusos, como o meio ambiente e as relações econômicas<sup>2</sup>. Há, contudo, outra área em que, por questões de competência regulatória e de especialização técnica necessária, ditas regras administrativas também exercem importante papel na construção dos tipos: a saúde pública.

Em obra que publiquei recentemente sobre o tema<sup>3</sup>, pude constatar esse fenômeno na Lei nº 11.343, chamada Lei de Drogas, que tutela – ainda que sob severas críticas – a ideia de saúde pública. Contudo, a atual pandemia do coronavírus nos propõe um cenário bastante instigante nessa seara, trazendo à luz diversos artigos do Código Penal de pouca aplicação, os quais fazem uso em larga escala de dita assessoriedade. O principal deles, a nosso ver, seria o 268, que criminaliza a conduta de “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”.

Essa ‘determinação do Poder Público’ hoje pode ser preenchida por diversas normativas legais e infralegais. A Lei federal nº 13.979 – já alterada por diversas medidas provisórias e complementada pelo Decreto 10.282, que define serviços essenciais – não apenas define, em seu art. 2º, as medidas de enfrentamento à pandemia – como o isolamento e a quarentena –, mas outorga, em seu art. 3º, § 7º, ao Ministério da Saúde e aos gestores locais de saúde – em alguns casos, após autorização do primeiro – a competência para sua adoção.

Na sequência, a Portaria nº 356 do Ministério da Saúde, para além de suas próprias determinações, outorga, em seu art. 3º, § 6º, e em seu art. 4º, § 1º, aos Secretários de Saúde locais a competência para adoção de medidas de isolamento e quarentena, respectivamente.

Por fim, a Portaria Interministerial nº 5, do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde conjuntamente, estabelece a conexão entre a norma penal e suas regulamentações administrativas, trazendo expressa a possibilidade de responsabilização penal em seu art. 3º e elencando, em seu art. 5º, os arts. 268 e 330 do Código Penal como passíveis de incidência no contexto de descumprimento. Aqui, deixa-se clara a existência de uma norma penal em branco própria, heterônoma ou *stricto sensu*, ou seja, passível de complementação por regras inferiores à lei, e todos os problemas que delas decorrem...

A partir daí, estados e municípios também passam a emitir suas normativas. Apenas em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, conforme estudo realizado por Alexandre Wunderlich e equipe [4], são oito decretos vigentes, quatro estaduais e quatro municipais – Decretos Estaduais nºs 55.128/2020, 55.130/2020, 55.135/2020 e 55.149/2020 e Decretos Municipais nºs 20.505/2020, 20.506/2020, 20.514/2020 e 20.531/2020.

A nosso ver, o art. 330 teria uma aplicação menor, não apenas por exigir ordem específica de funcionário público a determinado sujeito, mas também por ter aplicação apenas subsidiária no caso de ordens que já cominem, por determinação legal ou judicial, suas próprias sanções na hipótese de descumprimento.

Não é o caso, no entanto, do artigo 268, que, mesmo sendo um delito de Juizado Especial e comportando, portanto, uma série de acordos, hoje se encontra suscetível de ser complementado por infindáveis normas administrativas, tendo em vista a ausência de delimitação doutrinária ou legal sobre o que pode ou não ser considerado “determinação do poder público” e quais órgãos estariam aptos a fazê-la. Podemos observar, em um primeiro momento, possíveis violações à legalidade – em termos de competência para criação de tipos e taxatividade da norma – e à igualdade de aplicação da lei penal – que passou a ter seu conteúdo definido por normas de vigência local.

Ainda, em que pese a divulgação midiática, a possibilidade de erro sobre o conteúdo e a vigência das regulações e, por consequência, da conduta penalmente proibida, é muito grande, sobretudo no caso de remissões em cadeia como esta. Se é difícil mesmo para os operadores do direito conhecer, por vezes, quais normativas podem complementar o tipo, compreender seu conteúdo e acompanhar suas constantes reformas – bem como saber quais ainda estão ou não em vigor –, o que se dirá para o destinatário cidadão comum. Muitas vezes, mesmo aplicativos que deveriam auxiliar e facilitar a divulgação dos decretos não têm o condão de acompanhar de forma satisfatória suas mudanças e períodos de vigência. Além disso, é constante a contradição entre regulações federais, estaduais e municipais, ou mesmo entre o discurso de membros de cada governo, o que torna o cenário ainda mais caótico.

Em que pese não caiba responsabilidade penal da pessoa jurídica nessa seara, o empresário gestor pode vir a ser enquadrado em caso de descumprimento de medidas como a quarentena.

Ainda, sabe-se que mesmo a imposição de multas em sede de acordos próprios do Juizado Especial pode vulnerar ainda mais pessoas que já se encontram em frágil situação econômica.

Em matéria de assessoriedade e dogmática penal, cabe perguntar se tais obstáculos intransponíveis não seriam um bom indicativo do mau uso do Direito Penal nessa seara. Em termos de política criminal, cabe apontar que, novamente, a via punitiva do Estado é chamada a outros fins diversos dos quais se propõe, ignorando-se perspectivas de *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade. 🇧🇷

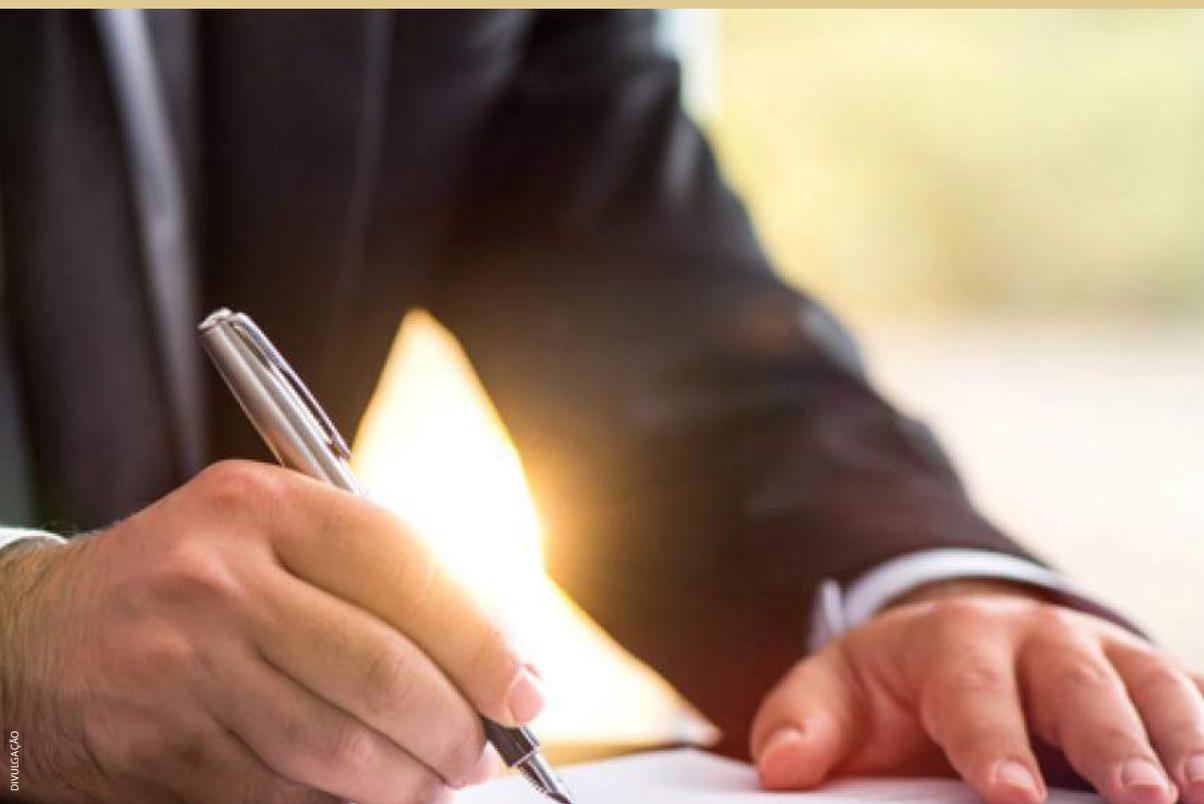
## NOTAS

- 1 Adotamos nesse texto a perspectiva de que o direito penal assessoria, e não é mero acessório, do direito administrativo, conforme conceituação proposta por Helena Lobo da Costa.
- 2 Sabe-se das dissidências existentes nessas classificações, sobretudo na ideia das relações econômicas como bem jurídico de diversos tipos penais.
- 3 FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. “A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro”. Florianópolis: EMAIS, 2020.



**CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO** é Professora adjunta de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Pós-doutora em Política Legislativa Penal pela Universidade de Málaga e doutora em Direito Penal pela USP.

# Advogado e contador – natureza singular do seu serviço. Vencida uma importante batalha



■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

**“Nada resulta mais desgastante e incômodo que lidar com um conceito indeterminado, daí o legislador, decerto exausto com a estéril discussão de décadas e com a carrada de injustiças que incontáveis ações civis públicas têm imposto à sociedade, determinar que é singular todo serviço de advogado e de contador notoriamente especializado. O que era subjetivo deixou de ser, com um só comando da lei.”**

**A**pós derrubado o veto total aposto pelo Presidente da República a dois projetos de lei, um originário da Câmara dos Deputados (PL nº 10.980/18) e outro do Senado Federal (PL nº 4.489/19), ambos os quais modificavam o Estatuto da OAB para enfatizar e de vez consagrar a natureza singular dos serviços de advogado e de contador, foi sancionada pelo Executivo a Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020 (DOU 18/8/20), com este teor integral:

Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2.020

Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu promulgo, nos termos do § 5º do art. 66 da Constituição Federal, a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º- A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Art. 2º O art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

“Art. 25. ....

§ 1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de agosto de 2020; 199º da Independência e 132º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Merece comentário, porque representa mais uma importante vitória de ambas as categorias profissionais, advogados e contadores, na genuína *guerra*

que travam exatamente com este propósito há quase três décadas no país contra as entidades e as autoridades detentoras da ação civil pública e da ação por improbidade administrativa.

Nesse contexto sobressai o Ministério Público como o maior autor daquelas ações como se sabe, porém não há como ignorar o importantíssimo papel que o Poder Judiciário, desempenha ao julgá-las, o que até este momento se deu sob o influxo da legislação existente antes desta Lei nº 14.039, de 2020, e que em razão dela, parece claro, não poderá permanecer o mesmo.

Trata-se de uma guerra profundamente desigual como se denota às claras, algo como a de um rato contra um leão. Com todo efeito, são duas profissões – sendo que os advogados, pela própria Constituição, art. 133, exercem uma função indispensável à administração da justiça – em luta por seus direitos contra o Estado. Uma contenda bastante indigesta, para dizer o mínimo.

O pano de fundo deste novo panorama é o conjunto de algumas leis, a saber:

- a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1983, a lei nacional de licitações e contratos administrativos;
- a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a lei da ação civil pública, e
- a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, lei da ação por improbidade administrativa.

Mas a partir deste momento integra a cena também esta Lei nº 14.039, de 2020, que modificou a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, assim como o Decreto-lei de 1946, disciplinador da carreira de contador.

Como profissionais do direito administrativo e constitucional nós nos batemos há ao menos duas décadas em prol da tese de que todo e qualquer serviço privativo de advogado tem natureza singular.

Mas não é só o do advogado. Todo profissional de nível superior que tem a profissão disciplinada e organizada por legislação federal específica<sup>1</sup>, ao prestar serviço privativo de sua profissão fá-lo com caráter de singularidade, pois que esse trabalho é sempre provido de natureza singular, inimitável na sua fatura, de feição peculiar e caráter apertadamente individual.

Sim, porque para prestar serviço comum ou indiferenciado não seria necessário nem lógico existirem cursos universitários que emprestam uma formação específica aos alunos após longos e duros anos de formação. Nem haveria exames de Ordem, como para os advogados.

Sobre a singularidade da prestação pode-se com muita frequência falar mesmo de natureza personalíssima do trabalho dos profissionais universitários, ou seja daquela característica unipessoal que constitui a marca autoral do realizador, o seu timbre próprio e indelével, a sua identidade inimitável e insuscetível de generalização.

Nesse sentido dentre outros estudos escrevemos, em conjunto com o excepcional publicista Mauro Roberto Gomes de Mattos, o artigo “Serviço singular”. Todo serviço privativo de advogado é singular. A jurisprudência atualizada para 2014<sup>2</sup>. É um trabalho longo e detalhado, que felizmente, alguns anos após publicado, tem agora a sua tese consagrada na lei nacional.

A mesma tese entretanto está muito longe de ser nossa. Para não retroceder exageradamente no tempo – porque seria lícito mencionar a Lei paulista nº 89, de 1972 – voltemos apenas até a edição do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que confessadamente na exposição de motivos se baseou naquela lei do Estado de São Paulo, originária da pena de Hely Lopes Meirelles.

O D-I nº 2.300/86 era a lei reunidora dos princípios e das *normas gerais* de licitações no país, e quanto a isso unificou as desencontradas e desconexas normas esparsas regionalmente sobre o tema das licitações e dos contratos administrativos, e nesse sentido, por mais odiados que fossem os decretos -leis, constituiu um marco inesquecível de nossa história legislativa. Rezava:

Art. 23. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 12, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização

Era o antecedente da regra atual, do art. 25 da lei de licitações, e já mencionava inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, vinculando essa hipótese à contratação de profissionais notoriamente especializados para serviços singulares.

Da maneira como exposto no elogiável inc. II, entretanto, deve ter ficado a impressão de que podem existir serviços, mesmo que prestáveis por notórios especialistas, que *não* tenham natureza singular<sup>3</sup>.

Se essa foi a leitura, então seguramente terá sido o pomo da discórdia e a origem de toda a confusão e o impasse interpretativo que imperou nas décadas seguintes no Brasil junto aos operadores da lei, e que se augura que a partir desta Lei nº 14.039/20 tenha seus dias contados.

Em 1.993 a lei atual das licitações – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – sucedeu o decreto-lei de 1.986, nele inspirada e por processo de aumentação e detalhamento em geral exagerados, prolixos, cansativos e prejudiciais, quando não simplesmente inexequíveis pelas mais variadas razões.

Em lugar do antigo art. 23 do D-L surgiu o art. 25 da l. 8.666, e aí dispôs de maneira quase idêntica à do D-I 2.300/86, porém a grande diferença foi a de ter definido *notória especialização*, no seu § 1º. O D-I não a havia definido.

E a definição foi exatamente aquela do parágrafo único do novo art. 3º-A do Estatuto da OAB, trazido pela Lei nº 14.039/20, copiada – como também quanto aos contadores foi a mesma, constante dos novos §§ 1º e 2ª do art. 25 do Decreto-lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, disciplinador da profissão de contador.

A ideia foi bastante boa para se tentar objetivar o essencial subjetivismo do conceito de notória especialização, conceito esse que é fortemente abstrato e depende de interpretação a todo tempo.

E foi bastante bem a definição até o seu final, quando tentando precisar um conceito subjetivo caiu num buraco pior:

(...) permita inferir que o seu trabalho é *essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*. (Itálico nosso)

Pelas barbas da baleia branca! Pelo óleo que escorre das barbas de Aarão!  
Pelas ametistas de Xangrilá!

Existirá na terra algum profeta de tamanha envergadura que consiga detectar qual é o profissional cujo trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto de algum contrato técnico com o poder público?

Se o trabalho for advocatício, somente no Estado de São Paulo existem mais de 430.000 advogados inscritos na Seção Paulista da Ordem. Terá condição algum ente público, então, de saber, ficando somente em São Paulo, qual deles é essencial e indiscutivelmente o mais adequado ao contrato público pretendido?

E no Brasil existem mais de 1.100.000 advogados inscritos. Algum deles será indiscutivelmente o mais adequado ao que quer que seja? E não falamos de contadores, que são em menor número mas aos quais pergunta também se aplica.

Isto é poesia pura, mas nunca direito. Na tentativa de ajudar, por não conhecer até onde pode ir a lei o legislador produziu um estrago na vida nacional que decerto nunca imaginou. É esse aliás o resultado de esperar quando a lei resolve definir *obra, serviço, compra* (lei de licitações, art. 6º) ou outras banalidades e platitudes que uma criança domina.

Imagine o gentil leitor se a lei de licitações, de 1993, não tivesse definido compra! Ninguém saberia o que é? Precisa uma lei dizer ao brasileiro o que é compra? Então até 21 de junho de 1993 ninguém sabia o que era compra, antes da lei de licitações? Onde começa o senso de ridículo do autor da lei de licitações?

Teria sido preferível, num quadro assim patético e que deve envergonhar o cidadão de bom senso, deixar o conceito de notória especialização – que todas as pessoas compreendem à suficiência e sem precisar de explicação – sem definição. No instinto e no senso comum as coisas ficariam melhor... como com aquela criança que, indagada pelo pai se entendeu sua explicação, respondeu que antes sabia, mas após a explicação deixou de saber.

Bastaria substituir o “essencial e indiscutivelmente o mais adequado” – porque nenhum serviço no planeta ninguém pode demonstrar que o seja, jamais e em tempo algum – por algo como tecnicamente adequado, ou tecnicamente apropriado, expressões muito mais realísticas e razoáveis, e ao alcance de qualquer aplicador da lei e dos conceitos jurídicos.

Quanto a essa parte da definição, portanto, o problema da subjetividade – com todos os seus perigos, conflitos e horrores – persiste. Do modo como está na lei, o conceito é ilíquido e iliquidável. Abstrato e impossível de concretizar. Virtualmente irrealizável.

Fica mais uma vez consignado este registro, ainda que a preocupação principal destas reflexões seja a questão da natureza singular dos serviços de advogado, e de contador.

E essa questão é antiga como se disse, já existindo em 1.986 graças ao inc. II do art. 23 do D-1 2.300/86.

Diante da inviabilidade de uma definição precisa do que seja a natureza singular de algum serviço – e considerada a enxurrada interminável de ações civis públicas, com nota de improbidade, fundadas numa combinação das Leis nºs 7.347/85 (ACP) e 8.429/92 (improbidade) –, deliberou finalmente o legislador federal definir o que seja aquilo.

Assim funciona o direito: se é impossível decifrar os conceitos abstratos, indeterminados e subjetivos da lei, chega um momento em que a necessidade obriga a que a lei decrete e imponha a definição, e que o conceito, de ideológico, filosófico ou social que fosse, se torne o fruto de uma determinação legal explícita, desejavelmente a mais objetiva que seja possível.

Tal foi o que ocorreu com a natureza singular dos serviços de advogado e de contador, por força da Lei nº 14.039/20, de modo que o quadro se tornou o seguinte:

– essa lei, repetindo exatamente a lei de licitações, definiu o que seja natureza singular de serviço de advogado e de contador (advogado: art. 3º- A, parágrafo único, do Estatuto da OAB; contador: § 2º do art. 25 do D-1 9.295/46:

– a mesma Lei nº 14.039/20 determinou que os serviços de advogado e de contador notoriamente especializados são técnicos e singulares, sejam quais serviços forem (advogado, art. 3º- A do Estatuto da OAB; contador: § 1º do art. 25 do D-1 9.295/46);

– para se aferir se o serviço é ou não é singular, portanto, o exame deve recair sobre a especialização do prestador advogado ou contador. Se se concluir que o prestador é notoriamente especializado, então a questão está *ipso facto* resolvida: o serviço é singular por força de lei, goste disso a autoridade ou não goste, doravante descabendo qualquer discussão sobre a singularidade.

O conceito legal subjetivo, dentro de uma lei positivista que ensina a licitar e a contratar, é a *desgraça do aplicador*. Tende a transformar um burocrata membro de uma comissão de licitação em juiz *ad hoc*, sem qualquer cerimônia. A subjetividade da lei transforma a vinculação do comportamento da autoridade ao comando legal em arbítrio sem limite à vista... e o estrago costuma ser muito grande.

Quem quer distorcer até ao máximo um conceito indeterminado para prejudicar alguém, para perseguir inimigo ou desafeto, para corromper e para acanalhar o escopo do texto legal, consegue-o sem grande esforço. Então, tentar resolver o problema da subjetividade legal e da indeterminação do conceito através de definições ainda mais indeterminadas e subjetivas... é apagar incêndio com gasolina. Melhor não o fazer.

Observa-se desse modo que, conforme sempre asseveraram diversos juristas e especialistas, a singularidade não está propriamente no serviço objeto do contrato, porém na pessoa do contratado, seja física, seja jurídica.

Nada resulta mais desgastante e incômodo que lidar com um conceito indeterminado, daí o legislador, decerto exausto com a estéril discussão de décadas e com a carrada de injustiças que incontáveis ações civis públicas têm

imposto à sociedade, determinar que é singular todo serviço de advogado e de contador notoriamente especializado. O que era subjetivo deixou de ser, com um só comando da lei.

Mas procede a medida, porque o especialista, para ter conseguido ser especialista, distinguiu-se no seu ramo de atividade; obteve patente proficiência no exercício da sua profissão pelos trabalhos que realizou; notabilizou-se pela qualidade particular e pessoal, ou até personalíssima, do seu serviço – tudo o que sempre pode facilmente demonstrar a quem quer que seja.

Esse foi o grande escopo e a grande realização da Lei federal nº 14.039, de 17 de agosto de 2020.

Bem-vinda seja, e antes tarde do que nunca.

A quem detiver a titularidade de ações civis públicas por gentileza não mais ocorra, portanto, indagar se o serviço objeto do contrato em questão é ou não singular: verifique-se apenas e tão somente se o prestador é ou não é especializado na matéria do objeto.

Se o prestador for especializado pelos meios que tiver para demonstrá-lo, então o serviço, por definição legal, é singular, e o assunto aí se encerra *sic et simpliciter*. Se o prestador não conseguir demonstrar sua especialização, então por mecanismo corolário e na direção oposta pode-se entender que o trabalho não tem natureza singular.

Não deixa tudo isso de intelectualmente ser um pouco grosseiro, mas é a norma legal expressa e absolutamente compreensível.

Neste mundo jurídico brasileiro, tremendamente convulsionado e que antes lembra a *Comédia dos erros de Shakespeare*, parece muito preferível uma ligeira grosseria legislativa, que todos entendem e sabem manejar, que um refinado conceito abstrato e subjetivo da lei para o qual cada cabeça profere um julgamento e de quê cada consciência tem um entendimento.

Nesse último caso a segurança jurídica, tão decantada como um dos principais valores tutelados pelo direito, passa além dos anéis de Saturno. ■

## NOTAS

- 1 Costumeira e estupidamente designada por profissão regulamentada, quando é muito mais do que isso. Trata-se da profissão disciplinada solidamente por leis federais e não simplesmente regulamentadas por decretos, circulares, instruções, portarias de ministros afastados de presidentes interinos – como aconteceu no anterior governo federal – ou bilhetinhos de Jânio. Quem confunde o disciplinamento legal de uma carreira com mera regulamentação precisa voltar à escola.
- 2 Publicado em *Boletim de Administração Pública Municipal*, Fiorilli, fev./14, assunto 249; *Revista Zênite* Informativo de Licitações e Contratos, abr./14, p. 319; *Boletim Governet* de Administração Pública e Gestão Municipal, abr./14, p. 482; *Revista Síntese* Licitações, Contratos e Convênios, jun-jul./14, p. 25.
- 3 Algo difícil de engolir e menos ainda de digerir, com um caroço de abacate ou o palito cravado num sanduíche. E quanto mal tem provocado...



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.



## O filme “Projeto Lázaro”: Criogenia e direito à imortalidade como manifestação de última vontade

■ POR ELOISY DE FREITAS RODRIGUES E TEREZA RODRIGUES VIEIRA

**“Não é porque a maioria das pessoas é inumada ou cremada, que a criogenização deva ser proibida. A lei nem autoriza e nem proíbe. Estamos diante de um vazio legislativo. A manifestação de vontade pode ser assegurada e cumprida com garantias, no entanto, a técnica mencionada, ainda, é uma incógnita.”**

O tema é inspirador e provoca diversas dúvidas e reflexões, tais como: Será possível suprir o caminho natural das células e conservá-las até a descoberta da cura? Caso o indivíduo “reviva” após o descongelamento do corpo, como se sentirá ao saber que todos os seus entes queridos e amigos já morreram? Terá alegria em viver? Qual o comportamento da sociedade diante desse tema? É egoísmo não aceitar a morte antes da chegada da velhice? A religião interfere ou não no posicionamento do indivíduo diante da aceitação da morte? O direito pode assegurar que a manifestação de última vontade concretize-se? Como o desejo do falecido deve prevalecer sobre o desejo dos familiares, caso estes discordem da criopreservação? Como o patrimônio da pessoa criopreservada seria protegido durante a criogenização? E, por quanto tempo? A incerteza sobre as relações jurídicas concernentes ao patrimônio não pode impedir que a sucessão seja aberta, uma vez que a ressurreição hoje, ainda, é uma mera e vaga esperança.

As manifestações de última vontade do indivíduo, em geral, relacionam-se com seus bens móveis e imóveis, não sendo levado em consideração o método utilizado para o sepultamento desse indivíduo, pois na grande parte das vezes não é mencionado no testamento/inventário.

De tempos em tempos esse tipo de notícia invade o noticiário, uma vez que a imortalidade e ressurreição são assuntos que deslumbram os seres humanos. Assim, é possível que o indivíduo queira ser congelado após a morte para aguardar a cura futura de uma doença gravíssima ou o desejo de ser imortal.

O precedente foi aberto em 1967 pelo americano James Bedford, professor emérito do curso de Psicologia da Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos. Ele faleceu aos 73 anos, padecente de um câncer de fígado. A partir daí, diversos notáveis também submeteram-se a esse processo de criopreservação de corpos, tais como, o jogador de beisebol Ted Williams (1918-2002), o pai da criogenia Robert Ettinger (1918-2011), o ator Dick Clair (1931-1988) e o programador de bitcoins Hal Finney (1956-2014). (BIERNATH, 2019)

A técnica da criogenia já é utilizada na preservação de embriões humanos e órgãos para transplantes. No mundo inteiro, não faltam pessoas dispostas a pagar milhares de dólares como investimento na sua imortalidade. Tem-se notícia que, só nos Estados Unidos, mais de trezentas pessoas já se submeteram ao congelamento em tanques de nitrogênio líquido, procedimento com alto custo monetário.

Importante faz-se o estudo da temática para se entender os limites e as formas de se respeitar a manifestação de última vontade do ser humano e, ainda, como garantir que seu anseio realize-se.

## SINOPSE DO FILME

O filme *Projeto Lázaro* (em referência à ressuscitação de Lázaro na Bíblia) de título original REALIVE, foi lançado em 2017 e teve a direção de Mateo Gil. Participaram como elenco principal: Tom Hughes como Marc Jarvis, Oona Chaplin (neta de Charles Chaplin) como Naomi, Charlotte Le Bon interpretando Elizabeth e Barry Ward como Dr. West.

A película, inicialmente, passa-se no ano de 2015, quando Marc Jarvis, um jovem e renomado engenheiro descobre ser detentor de um tumor na garganta. O médico lhe dá pouco mais de um ano de vida, se iniciado o tratamento imediatamente. Inconformado com seu estado, procura Naomi, seu amor da época da faculdade, com quem teve idas e voltas durante toda a vida e decidem ficar juntos até o fim.

Eis que no desenrolar da trama, em que Marc divide o sentimento de ter de se desfazer de suas coisas, contar a sua mãe, explicar aos seus clientes que não poderá mais atendê-los e aproveitar a vida com seus amigos, decide por não mais realizar as quimioterapias e contratar o serviço de criogenia, acreditando que um dia poderiam ressuscitá-lo e ele viveria novamente.

O tempo está voltando pra mim agora. Mais devagar do que nunca. Não imaginamos o que é preciso fazer para desmontar nossas vidas e preparar tudo

para quando morremos. Começamos pelo mais simples. Contar aos funcionários, fornecedores, clientes que alguém vai substituí-lo dali em diante. Que não precisam se preocupar, pois tudo vai continuar como era até então. Dar instruções sobre como finalizar projetos, vender as ações, deixar a empresa em boas mãos, decidir o que fazer com os projetos mais pessoais, com os sonhos. Contar às pessoas que amamos e decidir a quem não contar. Dar conta de toda preocupação que vai despertar. Contar para sua mãe. Explicar a ela que ela vai viver mais do que você. Escrever o testamento. Vender as propriedades. Tirar da casa seus objetos pessoais. Olhar para eles pela última vez. Quando se livrar de tudo o que você já foi, o que vai restar? O que você quer que reste? O que ainda está por vir? O melhor ainda estava por vir. O melhor sempre estava por vir. (GIL, 2016)

Em 2084, 69 anos depois, Marc foi ressuscitado, tornando-se o primeiro homem comum a conseguir tal feito na história. Ele foi escolhido justamente por ter sido tão cuidadoso com seu corpo e não ter realizado o tratamento, matando-se antes da doença propalar.

Muita coisa mudou, inclusive o corpo de Marc, que foi todo reconstruído, sendo que para sobreviver ele precisa estar sempre conectado à uma máquina que funciona como uma espécie de cordão umbilical que lhe dá vida.

Ele consegue recuperar sua memória e deixa tudo gravado numa espécie de HD que consegue captar seus pensamentos e pouco a pouco vai se questionando se essa era de fato a decisão que ele gostaria e/ou deveria ter tomado.

Em seus pensamentos questiona se a criogenia na época era o que lhe dava esperança, mas no fundo não acreditava que realmente aconteceria, não sendo capaz de aceitar tal condição, pois ficava preso às suas lembranças do passado e, por mais que agora tenha uma nova vida, nunca mais será como antes, pois sua saúde sempre será como a de um idoso e, além disso, todas as pessoas que ele amava já morreram.

## **CRIOGENIA E CRIÔNICA: UMA AMBULÂNCIA PARA O FUTURO?**

A criopreservação de gametas e embriões já é empregada com sucesso há décadas, contudo, a criopreservação de corpos inteiros com vias à reanimação anos depois da morte, ainda, é uma incógnita, porém, é muito desejada por aqueles que anseiam pela imortalidade ou portadores de doenças ainda incuráveis.

Os embriões, após a sua criopreservação, possuem cerca de 60% de chances de sobreviver ao descongelamento, dando origem a um bebê e, por isso, algumas pessoas acreditam que será possível a utilização da mesma técnica com seres humanos inteiros.

Esclareça-se, aqui, que criogenia é:

um ramo da Física-Química, que estuda tecnologias para a produção de temperaturas muito baixas (abaixo de  $-160^{\circ}\text{C}$ ), e o comportamento dos materiais nestas temperaturas. Está ligada à criobiologia, que é o estudo de baixas temperaturas em organismos vivos. Além das escalas de temperaturas

comuns, como Celsius, Fahrenheit e Kelvin, os criogenistas usam outras escalas de temperaturas, como a Rankine.(DICIONÁRIO INFORMAL, 2019)

O nitrogênio é o elemento mais utilizado para a criogenia, cuja técnica permite que o corpo humano seja congelado e, acreditando-se haver tecnologia suficiente no futuro, possa retornar à vida posteriormente. O nitrogênio líquido utilizado tem temperatura de -196°C, dessa forma, o corpo não apodrece, porém, o próprio método pode ocasionar danos às células conforme explica o físico americano Robert Ettinger, criador da técnica. (VERSIGNASSI, 2018)

O mencionado congelamento, ainda, não funciona com pessoas, pois o líquido que compõe as células vira gelo, aumentando de tamanho e trincando-as. Nos embriões congelados, por sua vez, tal efeito é evitado, pois neles são aplicadas substâncias químicas que impedem a formação de cristais de gelo, não danificando as paredes celulares. (VERSIGNASSI, 2018)

Nos dias atuais, tem-se notícia de duas empresas americanas e uma russa especializadas no assunto: a Alcor Life Extension Foundation (Arizona), a Cryonics Institute (Michigan), nos Estados Unidos, e a KrioRus, na Rússia, as quais possuem cerca de 350 corpos ou cabeças crioprervadas.

Explica a clínica Alcor que:

A criônica é um procedimento experimental que preserva um ser humano utilizando a melhor tecnologia disponível com o objetivo de salvar sua vida. Acreditamos que a tecnologia médica avançará mais nas próximas décadas do que nos últimos séculos, permitindo-lhe curar os danos nos níveis celular e molecular e restaurar a saúde física e mental total. (ALCOR, 2019)

Por sua vez, o Instituto Cryonics explana em seu site:

Imagine um mundo livre de doenças, morte e envelhecimento. No Instituto Cryonics, acreditamos que o dia está inevitavelmente chegando e a criônica é atualmente a nossa melhor chance de chegar lá. Nossa missão é estender a expectativa de vida humana, preservando o corpo usando tecnologias criogênicas existentes – com o objetivo de reviver pela ciência do futuro. Mas vai funcionar? A pesquisa é um poderoso argumento para a criônica. Conheça os fatos e decida por si mesmo. (CRYONICS, 2019)

Consoante Andy Zawacki, diretor do Cryonics, que possui 171 pacientes “em suspensão criogênica”, a parte mais difícil é saber quando a pessoa vai morrer. “O ideal é que, logo após sua morte, ela seja congelada o mais depressa possível. Dentro de minutos é o melhor”, realça. Parte das células do corpo, sem oxigenação, como as neurológicas, por exemplo, não perduram mais que cinco minutos. (BERNARDO, 2018)

A curiosidade leva-nos a indagar, como ocorre o procedimento. Desse modo:

1. Assim que uma pessoa morre, um funcionário da empresa de criogenia resfria o cadáver com gelo. Nessa fase, a temperatura do corpo fica pouco acima de 0° C. Não é muito frio, mas é o suficiente para evitar, por algum tempo, a proliferação das bactérias que iriam apodrecer o cadáver;

2. Nessa fase, o corpo também recebe uma injeção de substâncias anti-coagulantes, para manter os vasos sanguíneos desobstruídos. Depois, todo o sangue é bombeado para fora e no lugar entram substâncias químicas que protegerão as células na hora do congelamento, evitando a formação de parte dos cristais de gelo, que rompem a estrutura celular;

3. No local em que o corpo vai ser congelado, o cadáver passa por um resfriamento gradual, em uma câmara de gelo seco. Para evitar danos às células, a intenção é que todos os tecidos se congelem no mesmo ritmo. Todo o processo ocorre de maneira lenta e pode durar dois dias, quando a temperatura do corpo chega a  $-79^{\circ}\text{C}$ ;

4. Depois do resfriamento, o corpo é submergido lentamente em um tanque de nitrogênio líquido, até ser totalmente coberto. Quando essa fase termina, após uma semana, o cadáver está a  $-196^{\circ}\text{C}$ , impedido de apodrecer. Ele fica no tanque por toda a eternidade – ou até que alguém invente uma tecnologia para ressuscitá-lo. (VERSIGNASSI, 2018)

O fato é que a possibilidade é fascinante, mas as dificuldades do corpo voltar a funcionar, como décadas antes, após o descongelamento é, ainda, impossível. Ademais, o problema maior será o descongelamento do cérebro e sua preservação. Em sendo possível, ficarão as memórias preservadas? As conexões serão restabelecidas? Antes da morte, seria possível fazer um download das informações contidas na memória enviando-as para um computador, reprogramando para o processo inverso após o descongelamento?

Parece-nos que, nesse momento, ainda, trata-se de uma ficção.

## CRIOGENIZAÇÃO E O DIREITO

Segundo acreditam seus defensores, a criogenização seria uma via pela qual a atual comunidade dos mortais tornar-se-ia a sociedade postmortal, uma vez que as reivindicações criônicas renovam a busca da imortalidade e participam do fenômeno da rejeição da morte. O direito à criogenização seria, de certo modo, o precursor do direito à imortalidade. (BERNARD, 2016)

O direito brasileiro, ainda, não criou dispositivos legais acerca da criopreservação do corpo humano para fins de reanimação no futuro.

No filme, Marc pode contar com a ajuda de Naomi para seguir os requisitos necessários *post mortem* para que seu corpo fosse preparado para a criogenia, uma vez que não se pode esperar muito tempo, tendo em vista as chances da inutilização posterior.

De igual forma, sua prática no Brasil careceria dos mesmos cuidados. Não só a família deve estar preparada como também a clínica prestadora do serviço.

Não apenas a criogenia como também todo e qualquer outro destino diferente do tradicional (enterro), deve ser esclarecido como, por exemplo, a cremação, doação de órgãos, doação do próprio corpo para estudo e análises, etc. Esclareça-se, aqui, que, mesmo havendo disposição de próprio punho do falecido proferida em vida, na prática é a família quem decide.

Aconselham alguns que, por não existir lei específica deve-se utilizar do mesmo critério de interpretação que é feita a cremação, que já foge do

tradicional do país, onde para que ocorra, é necessário que haja manifestação de vontade. Veja-se o § 2º do art. 77, da Lei nº 6.015/73:

§ 2º A cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade de ser incinerado ou no interesse da saúde pública e se o atestado de óbito houver sido firmado por 2 (dois) médicos ou por 1 (um) médico legista e, no caso de morte violenta, depois de autorizada pela autoridade judiciária.

A liberdade de escolha fica a critério do indivíduo e/ou de sua família quando ele não deixa disposto exatamente sua vontade, dessa forma, deve ser feito a análise pelo magistrado para que se chegue, ou ainda, tente chegar o mais próximo da vontade real da pessoa e não apenas da vontade dos seus familiares.

O Código Civil brasileiro, por sua vez, em seu art. 12 dispõe:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Incumbe aos herdeiros as medidas necessárias para a proteção da personalidade do morto, devendo assim, ser respeitada a vontade do interessado, ou seja, ainda que os familiares tenham suas próprias vontades, não podem obrigar que o ente submeta-se a qualquer tipo de tratamento sem que essa seja a sua real vontade. Dessa forma, deve-se respeitar sua real vontade quanto à sua morte e ao seu corpo, devendo-se utilizar de uma nova interpretação dos artigos existentes, tendo em vista a lacuna na lei quanto ao assunto específico.

Na prática é possível encontrar todas as manifestações de última vontade nos testamentos e codicilos, o que facilita o andamento jurídico e a eficácia das disposições. Assim, entende-se que, de igual forma, deve-se proceder quando pretende-se utilizar-se da criogenia e/ou todo e qualquer método diferente do tradicional, não só deixando a manifestação de vontade, como também os fundos necessários para sua realização, tendo em vista o alto valor da técnica.

Nesse caso, especificamente, não basta somente a vontade do indivíduo, pois caso ele não tenha condições de arcar com os fundos necessários tal responsabilidade não pode recair para o Estado e nem, ainda, para seus herdeiros e sucessores, a não ser que voluntariamente queiram patrociná-la.

## Casos práticos

A Alta Corte de Londres autorizou a criogenização de uma adolescente (J.S.) de 14 anos, onze dias antes da sua morte, vitimada por um câncer raro. Por meio de uma carta endereçada ao Juiz, a garota solicitou uma chance

de viver mais tempo: “Eu sei que vou morrer, mas quero viver e viver mais. Acho que no futuro poderemos encontrar uma cura para o meu câncer e me despertar.” (BERNARD, 2016) Seus pais divorciados discordavam sobre esse assunto. Sua mãe era a favor do procedimento criônico, o pai, inicialmente, não, porém mudou de opinião por respeito à decisão da filha. Ele argumentou sua inquietação, caso ela retornasse um dia à vida: “ela poderia se encontrar sem família e em uma situação desesperadora, uma vez que só tem 14 anos”. (BERNARD, 2016)

Citado pela BBC, Simon Woods, especialista em ética médica da Universidade Newcastle, entende que a criogenização vai além da ficção científica: “O diagnóstico de morte significa que a morte é irreversível. As pessoas que morrem de um câncer já estão em um péssimo estado e não existe, absolutamente, nenhum índice científico segundo o qual uma pessoa poderia ser trazida novamente à vida”.

Barry Fuller, especialista em medicina de baixa temperatura na University College London, explica que “a técnica de preservação de células a temperaturas muito baixas é promissora, mas não pode ser aplicada a grandes estruturas como um rim humano”. (BERNARD, 2016)

Na França, duas decisões emanadas do Conseil d’État nos anos 2000 recusaram aos filhos, o direito de sepultar os pais em um aparelho de criopreservação situado no subsolo da propriedade deles. Uma decisão do Conseil d’État, de 6 de janeiro de 2006, lembrou que a inumação e a cremação são os únicos modos de sepulturas legais. (BERNARD, 2016)

No Brasil, recentemente, após muitas reviravoltas foi proferida decisão favorável para o método da criogenia. Nesse caso, precisou utilizar-se de analogia e interpretação das leis para que pudesse chegar a mais próxima vontade real do falecido, tendo em vista a omissão da vontade em testamento e a discordância dos familiares sobre o assunto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que seja de fato realizado qualquer método diferente do tradicional, entende-se necessária a manifestação de última vontade em testamento e, quando não possível, que seja registrado algum outro documento em cartório que comprove a veracidade da vontade, juntamente com a disponibilidade dos valores necessários para que o realizem. Excepcionalmente, em juízo, poderia ser admitida outra forma inequívoca da vontade.

No filme, para Mark, fica evidente que a criogenia não era o que ele imaginava, que o fato de retornar à vida anos depois era algo que lhe trazia conforto, mas que ele nunca esperava que realmente fosse acontecer e já que aconteceu, não fazia mais sentido, pois todos que ele amava já não estavam mais presentes.

No Brasil, ainda, não é comum a utilização da prática da criopreservação de corpos para revivamento no futuro e não existem leis específicas, devendo ser utilizado analogia, jurisprudência e interpretação para a resolução da lide.

Ainda que estejamos diante de um país laico, o Brasil é cristão e, por isso, a criogenia não vem com prioridade em determinação de leis específicas,

ou ainda, de estudos, uma vez que vai de encontro ao que se acredita e, por ser passível de resolução de maneira simples, desde que haja manifestação de vontade.

A nosso ver, não é porque a maioria das pessoas é inumada ou cremada, que a criogenização deva ser proibida. A lei nem autoriza e nem proíbe. Estamos diante de um vazio legislativo.

A manifestação de vontade pode ser assegurada e cumprida com garantias, no entanto, a técnica mencionada, ainda, é uma incógnita, uma vez que, para que ela seja possível é necessária tecnologia que, ainda, não existe e se/ quando existir faz-se necessário investidores para disponibilizá-las a todos, ficando a critério do indivíduo se realmente vale a pena a espera do incerto, do talvez, ou do nunca. Essa foi a realidade vivida por Mark, o protagonista. 

## REFERÊNCIAS

- ALCOR. Disponível em: <https://www.alcor.org/>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BERNARD, Philippe. La justice britannique donne le droit à une adolescente d'être cryogénisée. *Le Monde*. 18 nov. 2016
- BERNARDO, André. Criogenia já é utilizada na vida real: conheça como funciona a técnica. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/07/criogenia-ja-e-utilizada-na-vida-real-conheca-como-funciona-tecnica.html>. Acesso em: 31 Jul 2018.
- BIERNATH, André. Existem 350 corpos congelados para serem ressuscitados no futuro. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/blog/tunel-do-tempo/existem-350-corpos-congelados-para-serem-ressuscitados-no-futuro/> Acesso em: 14 out. 2019
- CAIRE, Anne-Blandine. La cryogénisation soulève aussi des questions juridiques. Disponível em: <http://www.slate.fr/story/160873/cryogenisation-droit-france-legislation-societe-postmortelle-protection-juridique-corps-patrimoine> Acesso em: 25 abr. 2018.
- CRYONICS. Disponível em: <https://www.cryonics.org/>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- Dicionário Informal*. Verbete Criogenia. 2019. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/criogenia/>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- GIL, Mateo. *Projeto Lázaro* / art. Hughes Tom ; dir. Gil Mateo. Arcadia Motion Pictures; Noodles Production; Scope Pictures; Television Española, 2016.
- SCHREIBER, A. O Caso da Criogenia: Direito ao Cadáver e Tutela Post Mortem da Autodeterminação Corporal. *GenJurídico*. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/04/16/o-caso-da-criogenia-direito-ao-cadaver-e-tutela-post-mortem-da-autodeterminacao-corporal/>. Acesso em: 23 set. 2019.
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Câmara Cível AP 0057606-61.2012.8.19.0001 CSS 20. Decisão. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000312018C79F1FFB9A6CE26E0FFCF5465E51CC4032B1658>. Acesso em: 08 nov. 2019.
- VERSIGNASSI, A. O que é criogenia humana? *Super Interessante*. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-e-criogenia-humana/>. Acesso em: 22 ago. 2019.



ARQUIVO PESSOAL

**ELOISY DE FREITAS RODRIGUES** é Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela UNIDOMBOSCO. Bacharel em Direito e Integrante voluntária egressa do PIC da UNIPAR, Universidade Paranaense.



ARQUIVO PESSOAL

**TEREZA RODRIGUES VIEIRA** é Pós-Doutorado pela Université de Montreal. Doutorado e Mestrado em Direito Civil pela PUC-SP. Especialização em Bioética pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP. Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito na Universidade Paranaense – UNIPAR, onde coordena o projeto “Bioética e cinema: dilemas morais que envolvem o direito e a saúde na cinematografia” e “Proteção dos direitos fundamentais das minorias, políticas de inclusão e a responsabilidade pelo dano existencial”. Financiados pela UNIPAR. Advogada em São Paulo.



# A importância do planejamento tributário a partir dos regimes de tributação

■ POR DANIEL CALDERON

**“O planejamento tributário é fundamental para obter o máximo de eficiência e lucro possível, além de garantir uma maior competição no mercado.”**

**É** impossível administrar uma empresa, ou mesmo atuar como um micro e pequeno empreendedor, sem conhecer o sistema de pagamento de impostos no país. Para isso, é necessário entender os regimes de tributação existentes no sistema tributário brasileiro. De uma forma resumida, há três regimes em nosso sistema: o Lucro Real, o Lucro Presumido e o Simples Nacional.

O Lucro Real consiste na tributação calculada sobre o lucro líquido em um determinado período. Caso haja prejuízo, vale lembrar que a empresa fica isenta do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Esse cálculo ainda conta com adições e exclusões permitidas por lei, o que torna fundamental que a empresa conte com uma contabilidade eficaz.

Há empresas para as quais é compulsório seguir este regime, tal como no setor financeiro, no caso de ganhos provenientes do exterior ou uma receita bruta anual superior a R\$ 78 milhões.

A possível isenção de IRPJ e CSLL se trata de uma vantagem deste regime tributário. Contudo, ainda é necessário que as empresas avaliem questões contábeis, econômicas e financeiras para verificar se realmente é o regime mais vantajoso para si.

O segundo regime de tributação é o Lucro Presumido. Neste regime, há uma base de cálculo fixada pela legislação, entre 1,6% a 32%, para a apuração do IRPJ

e da CSLL. O percentual depende da atividade exercida pela empresa. Trata-se de um regime simplificado, já que a Receita Federal presume o lucro sem relação com o resultado efetivo da empresa. No caso de uma empresa prestadora de serviço que faturou R\$ 100 mil em um mês, por exemplo, a presunção do lucro é de 32% e a base corresponderá a R\$ 32 mil. Vale acompanhar as discussões sobre uma possível Reforma Tributária no Congresso Nacional, que pode resultar em possíveis mudanças nas alíquotas.

Por fim, as micro e pequenas empresas contam com o regime tributário mais simplificado. O Simples Nacional foi criado no ano de 2006 com o intuito de facilitar o cálculo e o pagamento dos impostos. Cabe às empresas com faturamento de até R\$ 4,8 milhões ao ano e permite o recolhimento de tributos federais, estaduais e municipais em uma única guia e com alíquotas variáveis de acordo com o faturamento e os anexos previstos em lei específica.

Para aderir a esse regime, as empresas não devem apresentar pendência com a Receita Federal em nenhuma esfera. Caso seja a primeira adesão, deverá ser feita sempre no mês de Janeiro, de modo que a opção é renovada a cada ano de forma automática. Uma empresa nova tem até 30 dias da abertura do seu CNPJ para fazer a adesão.

Além do faturamento máximo, também há outros critérios. Algumas atividades econômicas não podem aderir ao Simples Nacional e alguns tipos de segmentos são proibidos, conforme a legislação específica sobre o tema.

Há cinco anexos que permitem às empresas em verificar se podem contar com esse regime. Cada anexo tem relação com atividades específicas, como o comércio, indústria e serviços. Além disso, é preciso verificar a receita dos últimos 12 meses, observar em qual faixa de alíquota o valor se encaixa, aplicar a alíquota e, deste resultado, deduzir o valor descrito no devido anexo. Desta forma, será obtido o imposto devido final.

O anexo 3, por exemplo, tem relação com as empresas que oferecem serviços como agências de viagens, odontologia, psicologia, academias e laboratórios. Antes de definir se a empresa se enquadra no anexo, é preciso levar em consideração o chamado “Fator R”. Ele consiste na relação de custo da folha de pagamento da empresa com o faturamento. Se o percentual ficar acima de 28%, a empresa estará apta a entrar no anexo 3. Caso contrário, deve buscar o anexo 5.

Já o anexo 5, por sua vez, tem relação com empresas nas áreas como a publicidade, jornalismo, tecnologia, engenharia e auditoria. Em muitos casos, apresenta uma carga tributária mais cara do que o lucro presumido.

De fato, há várias atividades em que a alíquota acaba por ser superior. O Simples Nacional é muito menos “simples” do que o previsto em sua proposta. Este é o nosso sistema tributário.

Por conta disto, o planejamento tributário é fundamental para obter o máximo de eficiência e lucro possível, além de garantir uma maior competição no mercado. Afinal, cada tributo pago de maneira eficaz garante a saúde e até a continuidade da empresa.

Uma escolha errada pode trazer consequência graves e perdas tributárias importantes e de difícil solução. A atenção aos regimes de tributação é crucial. 



ARQUIVO PESSOAL

**DANIEL CALDERON** é Contador, advogado, empresário da área contábil e tributária.

# A LGPD entrou em vigor: o que as empresas devem fazer agora?

■ POR GISELE TRUZZI

**“Sem criar cultura interna de proteção de dados não há como atingir conformidade legal, pois as empresas são feitas de pessoas.”**



**F**inalmente a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018) entrou em vigor. Mais exatamente dia 18/09/2020.

Depois de quase 10 anos de discussões entre Congresso Nacional e sociedade, sendo 2 (dois) anos de vacância (prazo determinado para a sociedade como um todo se adequar à lei), e em um ano com tantas idas e vindas, onde muitas pessoas estavam esperando até o último momento para ver se a lei iria vingar mesmo, obviamente que este dia chegou. Agora temos um marco regulatório em relação a privacidade e proteção de dados pessoais em nosso país.

A finalidade da LGPD é a proteção dos dados pessoais, objetivando assim salvaguardar as informações de pessoas físicas. A lei se aplica a toda operação de tratamento de dados pessoais realizada por empresas privadas, órgãos públicos ou até mesmo por pessoas físicas, seja em ambiente online ou offline, independentemente do país onde estes responsáveis pelo tratamento estejam localizados ou do local dos dados que serão alvo deste tratamento.

As disposições gerais da LGPD já estão valendo, ou seja, agora qualquer cidadão, titular dos dados pessoais, poderá questionar as empresas privadas ou órgãos públicos sobre como é feito o tratamento da sua informação pessoal. Esse questionamento poderá vir através de canais específicos de contato disponibilizados pela instituição, que deverá nomear um Encarregado: indivíduo ou setor responsável pelo atendimento das questões relacionadas a privacidade e proteção de dados pessoais dentro da organização. Será o Encarregado o canal de comunicação entre os agentes de tratamento de dados (controlador e operador), a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados), o titular dos dados pessoais (pessoa física) e eventualmente outras autoridades públicas que fizerem questionamentos. O Encarregado será o porta-voz da privacidade e da proteção de dados na instituição, devendo zelar pelo cumprimento da LGPD na organização e atendendo às solicitações dos titulares dos dados e autoridades.

Além disso, os titulares dos dados pessoais eventualmente poderão, a partir de agora, ingressarem com ações judiciais referentes a descumprimento da LGPD, caso não sejam atendidos em solicitações anteriores ou compreendam que houve alguma infração à nova lei ou até mesmo em relação à legislação anterior já vigente no país, no que se refere à tratamento de dados pessoais (por exemplo: Código de Defesa do Consumidor).

Porém, apesar do cidadão poder já questionar o tratamento de seus dados pessoais e até ingressar com ações judiciais relacionadas, as sanções (que incluem as multas) só terão vigência em 01/08/2021.

A ANPD foi criada, porém ainda não foi estruturada. Isso deverá ocorrer nos próximos meses. Enquanto isso, entende-se que o Ministério Público eventualmente poderá cumprir o papel de fiscal da lei, contudo, sem imposição de multas.

Portanto, nesse momento, há sete sugestões de ações emergenciais para o cumprimento da LGPD:

**1** **Definição do cargo de Encarregado na instituição, juntamente com o seu canal de contato específico**, que deverá ser divulgado publicamente no site da organização. Assim, os titulares dos dados pessoais, ao entrarem em contato com a instituição, já saberão para onde direcionarem seus questionamentos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

**2** **Revisão dos Termos de Uso e Política de Privacidade** de seus sites, aplicativos e portais, com a menção do Encarregado e contato respectivo nestes documentos, bem como verificação de outros detalhes importantes relacionados à privacidade.

- 3 Plano de ação:** é possível a elaboração de um plano de ação para implantação da LGPD, com descritivo das medidas emergenciais já adotadas, dos procedimentos em andamento e as atividades que ainda serão desenvolvidas, com cronograma específico para atendimento de cada etapa. Desta forma, a instituição já demonstra que está em processo de adequação à lei e consegue informar o prazo em que pretende finalizar a implantação, atendendo assim à eventuais questionamentos dos titulares dos dados, órgãos públicos e da ANPD.
- 4 Revisão da documentação jurídica:** é essencial que a instituição revise seus contratos, termos e aditivos, analisando-se um tipo de contrato por categoria (como “tipos de contratos”, podemos exemplificar os seguintes: colaborador CLT, colaborador PJ, cliente, fornecedor, prestador de serviços, estagiário, terceirizado, etc.) A revisão detalhada da documentação jurídica básica que vincula as principais relações jurídicas e comerciais da instituição é muito importante, pois, por mais que a empresa não tenha clientes pessoa física, ela possui colaboradores, e estes, como pessoas físicas que são, devem ter a proteção de seus dados pessoais de forma adequada, de acordo com a LGPD.
- 5 Revisão do consentimento:** verificar a forma e as condições impostas no processo de obtenção dos dados pessoais que serão objeto do tratamento, a fim de garantir de que a manifestação do indivíduo é feita de forma expressa, livre, inequívoca e específica para as finalidades necessárias. Caso isto não ocorra, o tratamento dos dados pessoais deverá ocorrer com fundamentação em outra base legal da LGPD.
- 6 Garantia dos direitos dos titulares:** a LGPD define expressamente alguns direitos dos titulares dos dados pessoais (art. 18 da Lei), tais como: acesso, retificação, exclusão, portabilidade, anonimização, revogação do consentimento, entre outros. A instituição deve garantir meios válidos para que no processo de tratamento dos dados pessoais, possa atender à tais direitos quando for questionada.
- 7 Conscientização:** é importante também que em algum momento a instituição se preocupe em conscientizar todos os seus colaboradores sobre a LGPD e o impacto de suas atividades no processo de tratamento de dados pessoais, a fim de que cada funcionário compreenda a importância de sua atividade ao lidar com informações sensíveis de terceiros. Sem criar cultura interna de proteção de dados não há como atingir conformidade legal, pois as empresas são feitas de pessoas. 



**GISELE TRUZZI** é Advogada especialista em Direito Digital.

# O reconhecimento pessoal e o seu valor probatório: A nova posição do Superior Tribunal de Justiça

■ RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

DIVULGAÇÃO

**“Acertadíssima (mesmo que tardia) esta decisão da Corte Superior brasileira, inaugurando, efetivamente, um precedente importantíssimo na questão do reconhecimento de pessoa para fins de uma condenação penal.”**

**A** 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recentemente o Habeas Corpus nº. 598.886, por unanimidade, concedeu a ordem, absolvendo o paciente que houvera sido condenado por um crime de roubo, com base em um reconhecimento pessoal feito a partir apenas da fotografia do acusado mostrada para as vítimas.<sup>1</sup>

Segundo o relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, “a não observância das formalidades legais para o reconhecimento – garantias mínimas para o suspeito da prática de um crime – leva à nulidade do ato, sendo urgente a adoção de uma nova compreensão dos tribunais sobre o ato de reconhecimento de pessoas, não podendo ser mais admitida a jurisprudência que considera as normas legais sobre o assunto – previstas no art. 226 do Código de Processo Penal – apenas uma ‘recomendação do legislador’, podendo ser flexibilizadas, acabando por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças.”

Exatamente por isso, Fenoll, explicando o fenômeno da “sensação de saber”, afirma “que a memória, em geral, pode ser pouco segura, pois, de fato, as pessoas percebem normalmente somente aquilo que realmente a ela interessa; por outro lado, existe nos indivíduos uma tendência a confiar bastante na própria memória e, conseqüentemente, a sobrevalorizar também a dos demais. Assim, a confiança que tenha um indivíduo em sua memória no momento de declarar, não tem absolutamente nada que ver com a exatidão de suas lembranças, fato que deveria fazer pensar os juizes e também os legisladores.”<sup>2</sup>

Durante o julgamento, ressaltou-se que “a inobservância do procedimento descrito na norma legal invalida o ato e impede que ele seja usado para fundamentar eventual condenação, mesmo que o reconhecimento seja confirmado em juízo, devendo o magistrado realizar o ato de reconhecimento formal, desde que observe o procedimento previsto em lei, podendo se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação com o ato viciado de reconhecimento.”

É de se aplaudir esta decisão, afinal, conforme afirma Ferrua, uma das condições para se qualificar uma decisão como “justa”, ao menos do ponto de vista do processo penal, é exatamente “a observância concreta das formas e regras processuais estabelecidas pela lei.”<sup>3</sup>

Mais especificamente em relação ao reconhecimento por fotografia, decidiu-se no julgamento do habeas corpus que, “além de dever seguir o mesmo procedimento do art. 226, tem de ser visto apenas como etapa antecedente do reconhecimento presencial, não servindo como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.” Para o relator, o reconhecimento por meio fotográfico “é ainda mais problemático quando realizado por simples exibição de fotos do suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, previamente selecionadas pela polícia. Mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e traços corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.”

Esta correta e oportuna preocupação do Ministro Schietti está em absoluta consonância com a doutrina, inclusive porque “nem sempre se apresentam várias fotografias às testemunhas. Ao contrário, às vezes, a polícia tem indícios que apontam para um possível autor de vários delitos semelhantes, praticados

na mesma localidade, e pedem às testemunhas e vítimas que venham à polícia, onde mostram uma única fotografia (por exemplo, tirada das câmaras de segurança). Em outras ocasiões, põem a fotografia do suspeito junto a outras formando uma ‘roda fotográfica’, e mostram-na à testemunha.”<sup>4</sup>

Para o Ministro Schietti, “deve ser exigido da polícia que realize sua função investigativa comprometida com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova, observando que “o reconhecimento equivocado de suspeitos tem sido uma das principais causas de erro judiciário, levando inocentes à prisão.” No seu voto, ele cita, inclusive, uma pesquisa realizada pela ONG Innocence Project Brasil, mostrando que “aproximadamente 75% das condenações de inocentes se devem a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento. Em 38% dos casos em que houve esse erro, várias testemunhas oculares identificaram incorretamente o mesmo suspeito inocente.”<sup>5</sup>

A propósito, Daniel Schacter, da Universidade Harvard, e Elizabeth Loftus, da Universidade da Califórnia, Irvine, líderes mundiais em pesquisas sobre memória, “alertam para o fato de que a memória humana não funciona como um vídeo gravado, o qual basta ser repetido para reproduzir acuradamente o evento anteriormente testemunhado. A memória humana é muito mais complexa, sujeita não só ao esquecimento, mas também a distorções.”<sup>6</sup>

Por fim, afirmou o relator que o Superior Tribunal de Justiça, “ao conferir nova e adequada interpretação do artigo 226 do CPP, sinaliza para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais.”<sup>7</sup>

Portanto, acertadíssima (mesmo que tardia) esta decisão da Corte Superior brasileira, inaugurando, efetivamente, um precedente importantíssimo na questão do reconhecimento de pessoa para fins de uma condenação penal.

Afinal, na lição sempre oportuna de Cordero “o reconhecedor, no momento culminante, trabalha sobre uma matéria alógica, em curto-circuito com as sensações: a sensação de já tê-lo visto (déjà vu) está entre as menos exploráveis; assim, reconhece uma face em relação a qual não recorda nada; e sofre fortes variáveis emocionais. Também as impressões visuais duram menos que a memória historicamente elaborada, pois recordamos os acontecimentos ainda que os rostos já tenham desaparecido; o mecanismo de recordação e as curvas do esquecimento diferem claramente nos dois casos. Por último, aquele chamado a reconhecer sente os fatores ambientais mais do que se os narrasse.”<sup>8</sup>

Sempre importante também lembrar da clássica obra de Altavilla, especialmente quando ele explica que, “mesmo independentemente de qualquer interesse particular, sempre que há contemporaneidade ou continuidade imediata entre dois acontecimentos, pode haver erros na nossa percepção.”<sup>9</sup>

Também Binder, lembrando Foucault, afirma que “a prática judicial, desenvolvida por meio das formas, constitui um determinado tipo de sujeito que, finalmente, é muito mais que um sujeito de conhecimento. As formas estão

a serviço da construção desse sujeito, e essa foi sua finalidade mais ocultada, mas, nada obstante, a mais forte e que mais perdurou.”<sup>10</sup> Efetivamente, Foucault entendia que “só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade.”<sup>11</sup>

Portanto, é preciso atentar-se para as formalidades legais, especialmente quando se trata da produção de um determinado meio de prova, sob pena de se correr o risco (inaceitável) de se condenar um inocente, ainda que à custa da absolvição de um culpado, afinal trata-se de um risco próprio da atividade processual, sempre sujeita a erros e acertos, pois, lembrando Goldschmidt, o processo representa uma situação jurídica “com expectativas de uma sentença favorável ou perspectivas de uma sentença desfavorável, mas que sempre se espera ter sido fundamentada nas leis.”<sup>12</sup>

Outrossim, nesta questão muito sensível – e pouco enfrentada pelos nossos magistrados – é importante fazer referência também à Teoria da Dissonância Cognitiva, formulada originariamente por Festinger, e que consiste, em apertada síntese, no fato de que “toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões.” Assim, “no caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições.”<sup>13</sup> Muitas vezes, é disso que se trata quando se realiza um reconhecimento de pessoa sem respeito ao procedimento legal, à margem da legalidade. Ora, num tal reconhecimento, por óbvio, “a hipótese fática que se pretende provar não resultará finalmente provada.”<sup>14</sup>

Na Itália, conforme Tonini, “o reconhecimento (meio de prova mediante o qual, a uma pessoa que apreendeu com os próprios sentidos um determinado fato, é requerido o seu reconhecimento individuando-o entre outros similares) está minuciosamente regulado pelo Código, pois uma modalidade irregular pode interferir na idoneidade do resultado probatório.”<sup>15</sup>

Em Portugal a preocupação também existe, como mostra Benjamim Rodrigues, ao lembrar que “ninguém ignora que cada vez é maior a tentação de usar, em abono de taxas de eficiência (policial ou judiciária), em matéria de perseguição criminal, métodos ocultos de investigação criminal, sejam eles já clássicos, e conhecidos, ou novos e parcialmente desconhecidos, usados de forma desleal e enganosa (‘às ocultas’), à margem dos grandes princípios estruturantes do processo penal típico de um verdadeiro Estado de Direito Democrático.”<sup>16</sup>

Em definitivo, e para concluir, é sempre preciso aprender com a literatura que “o carácter secreto do crime contribui para o que dele, ou à roda dele, se observe, seja imperfeitamente observado, e o seu carácter interessante tende a produzir testemunhos de natureza involuntariamente conjetural, e os elementos emotivos, que sugere, a evocar testemunhos de carácter preconceitual.”<sup>17</sup> 

## NOTAS

- 1 O paciente foi condenado em primeira e segunda instâncias apenas com base em reconhecimento fotográfico feito durante o inquérito policial. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que seria perfeitamente possível o reconhecimento por foto no inquérito, mesmo quando o suspeito não foi preso em flagrante. O habeas corpus foi impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina, e a ONG Innocence Project Brasil, que atuou no caso como *amicus curiae*, alertou para as injustiças que podem decorrer do reconhecimento de suspeitos sem a observância das regras legais.
- 2 FENOLL, Jordi Nieva. *La Valoración de la Prueba*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo: Marcial Pons, 2010, p. 217.
- 3 FERRUA, Paolo. *La Prova nel Processo Penale*, Volume I, Struttura e Procedimento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 16.
- 4 DIGES, Margarita, MARTÍNEZ, Maria Carmen Garcia, ESTRAMPES, Manuel Miranda, FENOLL, Jordi Nieva, MARTÍNEZ, Jorge Obach, PÉREZ-MATA, Nieves. *Identificaciones Fotográficas y en Rueda de Reconocimiento – Un Análisis desde el Derecho Procesal Penal y la Psicología del Testimonio*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 63.
- 5 Veja-se, a propósito, a matéria de Guilherme Rosa, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1705294-como-um-monte-de-gente-inocente-e-preso-por-memorias-falsas-no-brasil.shtml>. Acesso em 16 de março de 2016.
- 6 LOFTUS, Elizabeth F. e SCHACTER, Daniel L. *Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute?*. In: *Nature Neuroscience*, Vol. 16, no. 02, 2013, pag. 119 (apud, PINHEIRO, Rogério Neiva e BURATTO, Luciano G. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-10/avancos-neurociencia-podem-contribuir-direito-processual>. Acesso em 10 de junho de 2015.
- 7 Veja o inteiro teor do voto aqui: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2020.
- 8 CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, Tomo II. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editorial Temis, 2000, p. 111.
- 9 ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Giudiziaria – Il Processo Psicologico e la Verità Giudiziale*, Volume I. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1955, p. 18.
- 10 BINDER, Alberto M. *El Incumplimiento de las Formas Procesales – Elementos para una Crítica a la Teoría Unitária de las Nulidades en el Proceso Penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2000, p. 42-43.
- 11 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 27.
- 12 GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso, Volume II – Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 77-78.
- 13 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.
- 14 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo: Marcial Pons, 2007, p. 86.
- 15 TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 182.
- 16 RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal*, Tomo II. Coimbra: Rei dos Livros, 2010, p. 38.
- 17 PESSOA, Fernando. *Novelas Policiárias – Uma Antologia*. Porto: Porto Editora, 2006, p. 39 e 40.



**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

**“Não se deve ignorar o lado sombrio da pandemia. Ela impactou e continuará afetando severamente os pobres e os negros. A covid-19 abriu uma ferida no tecido social que não deve ser subestimada. O processo de cicatrização será demorado e poderá continuar promovendo profundas mudanças na sociedade e nas relações de poder.”**

## De frente pro crime

■ POR MICHAEL FRANÇA

**A** agenda racial ganhou destaque após ser divulgado o efeito desproporcional da pandemia sobre a população negra. Nos Estados Unidos, a profunda cobertura da mídia sobre as disparidades raciais nas mortes aumentou a temperatura do debate.

Nesse contexto, a morte agônica de George Floyd foi o catalisador que levou à explosão do que pode ter sido, segundo o jornal *The New York Times*, a maior manifestação da história americana e, por sua vez, teve considerável repercussão nas eleições.

No Brasil, talvez de maneira relativamente mais tímida, a mídia também tratou do assunto. Sabe-se que aqui, em muitos meios de comunicação de massa, é comum dar pouca atenção aos desafios raciais e sociais. De certa forma, ignorar as mortes dos pobres, negros e indígenas passou a representar algo do cotidiano brasileiro.

Contudo, não foi possível se abster da ascensão do movimento antirracista. Assim, criaram-se ingredientes suficientes para impulsionar o debate racial local. Atualmente, esta pauta não só esquentou, como também existe a possibilidade de se tornar uma das agendas mais quentes do debate público nos próximos anos.

No que diz respeito especificamente à letalidade durante a pandemia, existem diversas hipóteses que ajudam a explicar o elevado número de mortes entre os negros. Entre essas, a vulnerabilidade social e as diferenças nas condições de saúde costumam aparecer no centro da discussão.

Todavia, o viés racial cristalizado em uma possível discriminação durante o atendimento nos estabelecimentos de saúde também tem ganhado progressivamente o seu espaço.

A fisionomia pode afetar, de maneira inconsciente ou não, a forma com que os indivíduos são percebidos e tratados. Em um cenário de sobrecarga do

serviço de saúde, é razoável conjecturar a possibilidade de haver atendimento diferenciado para aqueles indivíduos que, por possuírem pele mais clara, tendem a serem percebidos socialmente como dotados de maior valor intrínseco.

Entretanto, parece que não foi isso que ocorreu no Brasil. Ao menos, considerando o caso do SUS. Em uma pesquisa que realizei recentemente, juntamente com os pesquisadores Sergio Firpo, Luis Meloni, e Raphael Bruce, não encontramos evidências de desigualdade racial no acesso à UTI no Sistema Único de Saúde (*Racial Inequality in Health Care During a Pandemic*, 2020).

Adicionalmente, considerando a metodologia proposta, verificamos que existe uma desigualdade no acesso à UTI no sistema privado. A hipótese levantada no trabalho é que os brancos, devido ao fato de possuírem melhores condições no mercado de trabalho, também têm acesso a melhores planos de saúde.

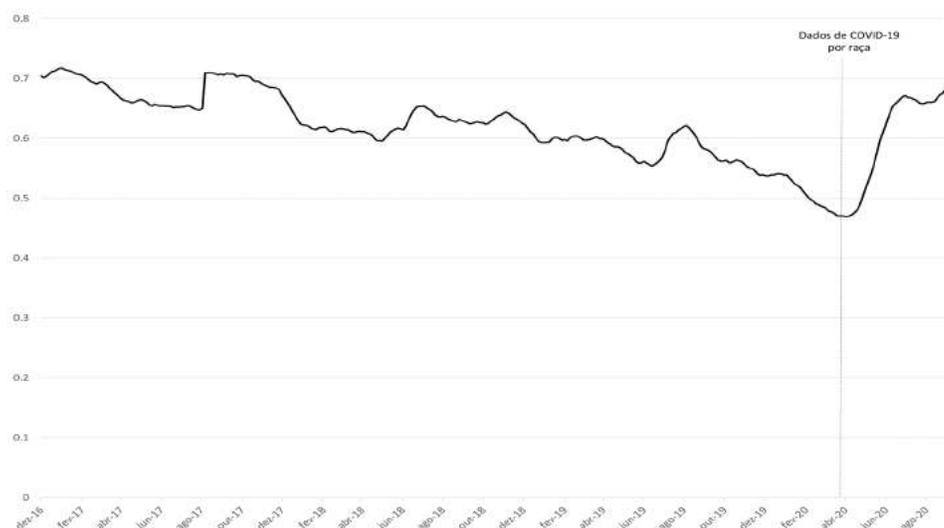
No entanto, não é possível afirmar que houve ausência de discriminação tanto no sistema público quanto no privado. Isso ocorre porque verificamos o efeito médio em nível nacional e, portanto, determinados hospitais poderiam apresentar práticas discriminatórias.

Apesar disso, a evidência sugerindo que não existiu, ao menos de forma generalizada, discriminação no SUS, é uma excelente notícia e traz esperança em relação ao futuro. Além disso, representa uma mensagem interessante para aqueles que advogam contra o SUS. Embora, para muitos destes, é possível que discriminação não seja uma questão.

Entretanto, não se deve ignorar o lado sombrio da pandemia. Ela impactou e continuará afetando severamente os pobres e os negros. A covid-19 abriu uma ferida no tecido social que não deve ser subestimada. O processo de cicatrização será demorado e poderá continuar promovendo profundas mudanças na sociedade e nas relações de poder.

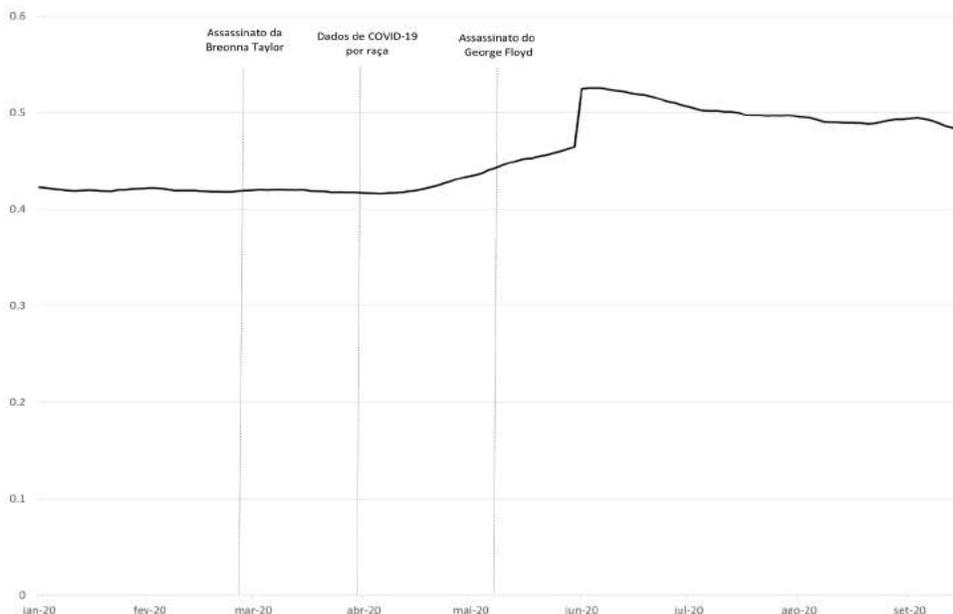
“O título, além de ser tão sensacionalista quanto o Datena e o Sikêra Jr, também representa uma homenagem à música *De frente pro crime*, de Aldir Blanc e João Bosco. A letra parece ser um bom retrato da sociedade brasileira.”

### Percepção de piora nas relações raciais americanas



Fonte: Civiqs

## Percentual de apoio ao movimento *Black Lives Matter*



Fonte: Cívics

## Prevalência da infecção pela Covid-19

Pretos	19,7%
Pardos	14,0%
Branços	7,9 %
Distritos mais pobres	16,0%
Distritos mais ricos	6,5%

Nota: Inquérito domiciliar para monitorar a soroprevalência da infecção pelo vírus SARS-CoV-2 em adultos no município de São Paulo (dezesseis semanas após o primeiro caso).

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da SOROEPÍ.

## Taxa de letalidade da covid-19 no Brasil

	Hospitalizados	Óbitos	Taxa de letalidade
Branca	70.775	23.478	33.17%
Preta	10.737	4.337	40.39%
Parda	72.764	30.109	41.38%
Preta ou parda	83.501	34.446	41.25%
Amarela	2.334	924	39.59%
Indígena	715	327	45.73%
Sem informação	76.638	26.560	34.66%

Nota: A taxa de letalidade representa a razão entre o total de óbitos e o total de pacientes hospitalizados por grupo racial.

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da SIVEP-Gripe (cinco meses depois do primeiro caso).



**MICHAEL FRANÇA** é Doutor em Teoria Econômica pela Universidade de São Paulo, foi visiting scholar na Universidade Columbia e é pesquisador do Insper.

# Liberalismo e Democracia

■ POR NEI CALDERON

**“Um Estado não deve ser *mínimo* ou *máximo*, na verdade deve ser forte do ponto de vista econômico e eficiente na condução dos interesses sociais e na prestação dos serviços públicos característicos, e não seja intervencionista, ao contrário, deva garantir o livre exercício razoável das liberdades.”**

**D**ariamente nos deparamos com notícias veiculadas nos mais diversos periódicos e assistimos nos telejornais, políticos, analistas, economistas, jornalistas e especialistas de toda espécie falarem sobre liberalismo e democracia, confundindo os termos, ora apresentando-os como gênero e espécie, ora colocando-os como sinônimos.

Como observa Franco Manni, o mau uso na aplicação dos termos e a falta de discernimento a respeito de seus significados levam a uma utilização confusa, que resulta na falsa percepção de que se trata de meros sinônimos “com o que a confusão se torna a norma, a norma se torna incompreensível e a incompreensão se difunde por contágio – e eis que temos então um lugar – comum” (in BOBBIO, 2017, p. 10).

Talvez o principal problema relacionado à falta de compreensão do tema esteja relacionado às origens do pensamento liberal, que de certa forma coincidem com o surgimento do Estado moderno e com os direitos humanos de primeira geração, atrelados ao valor “liberdade”.

Inegavelmente os valores ligados ao conceito de “liberdade”, são indispensáveis ao exercício democrático e que em grande medida foram indevidamente apropriados como argumentos de um discurso que se presta à distorção e à confusão, e ao longo dos anos vêm sendo utilizados de forma recorrente pelos



liberais, para atribuir-lhes identidade aos valores democráticos, o que não se verifica na prática, a depender do ponto de vista utilizado, se formal ou material.

Este estudo tem por objetivo analisar o liberalismo e a democracia a partir da perspectiva esposada por Norberto Bobbio e verificar a existência de compatibilidade ou divergência entre os termos, tomando-se como ponto de partida, a obra *liberalismo e democracia* do pensador italiano.

Portanto, este estudo será dividido em seções distintas, a saber: O surgimento do pensamento liberal; liberalismo e democracia no pensamento de Norberto Bobbio; liberalismo; democracia; liberalismo e democracia pontos de convergência e divergência; e, considerações finais.

## O SURGIMENTO DO PENSAMENTO LIBERAL

A construção da democracia como a conhecemos hoje, de certa forma se inicia no mesmo período e pelas mesmas razões, como um contraponto ao Estado absolutista que precisava ser limitado e transformado em um Estado em que o governante estivesse sujeito às leis.

A emergência do pensamento liberal está ligada ao surgimento de uma nova classe social: a burguesia, que acaba se colocando em contraposição às classes privilegiadas do *ancien régime*, como a nobreza e o clero. É no seio da classe burguesa que começaram a serem gestados os movimentos insurgentes em face do Estado absolutista.

Os primeiros eventos marcantes, permeados pelo conflito de pensamento entre o absolutismo e o liberalismo, sem dúvida alguma, foram as Revoluções Inglesas.

A respeito desses acontecimentos históricos, Francisco C. Weffort observa que,

O século XVII foi marcado pelo antagonismo entre a *Coroa* e o *Parlamento*, controlados, respectivamente, pela dinastia Stuart, defensora do *absolutismo*, e a burguesia ascendente, partidária do *liberalismo*. [...] Finalmente, a crise político-religiosa foi agravada pela rivalidade econômica entre os beneficiários dos privilégios e monopólios mercantilistas concedidos pelo Estado e os setores que advogavam a liberdade de comércio (2006, p. 81).



Foi no contexto das Revoluções Inglesas do século XVII, que o pensamento liberal ganhou força através das obras de John Locke e Thomas Hobbes, sendo o primeiro conhecido como pai do liberalismo, a respeito de quem Norberto Bobbio escreveu um livro intitulado *Locke e o direito natural* e a cujos pensamentos recorre em vários momentos para dar sustentação a algumas de suas teses, sobretudo, quando trata do *liberalismo*.

Segundo Weffort (2006) John Locke nasceu em 1632, na cidade inglesa de Bristol, em uma família burguesa, filho de um comerciante puritano, que combateu na guerra civil nas tropas do exército do Parlamento.

O seu pertencimento a essa classe social, certamente teve uma influência marcante na sua interpretação acerca da realidade, na sua produção intelectual e também em relação à sua expectativa de como seria um mundo ideal. John Locke, evidentemente, enxergava o mundo a partir da perspectiva burguesa.

A despeito da existência de inúmeros significados que lhe foram dados pelo senso comum, pejorativos ou não, conceituar a burguesia não é uma tarefa fácil e Norberto Bobbio, cômico da complexidade que a questão encerra, reconhece que o termo não possui definição unívoca,

podendo se dar do conceito pelo menos duas definições (se não mais) alternativas. Num primeiro sentido, que perdeu muito de sua validade quando referido à atual sociedade, entende-se por Burguesia a camada social intermediária, entre a aristocracia e a nobreza, detentoras hereditárias do poder e da riqueza econômica, e o proletariado, composto de assalariados ou mais genericamente de trabalhadores manuais (as gramscianas 'classes subalternas'). Num sentido mais fecundo e mais atual, à luz dos acontecimentos históricos contemporâneos, da Revolução Industrial, da revolução política de 1789 e da revolução social ainda em curso, pode-se dar uma segunda definição que mais corresponde à atual realidade. A Burguesia, pois, seria a classe que detém, no conjunto, os meios de produção e que, portanto, é portadora do poder econômico e político [...] (1998, p. 120).

No primeiro sentido a burguesia se apresenta como classe intermediária entre nobreza/aristocracia e proletariado e talvez represente os movimentos iniciais daquela transformação social no momento de transição do velho para o novo regime; no segundo, de cunho marxista, a burguesia se apresenta como uma classe detentora de poder e recursos econômicos, com viés empreendedor.

Independentemente da aceção que se escolha, é possível entender que se trata de uma nova classe social, e como tal, no contexto de seu surgimento, buscava ocupar o espaço na conjuntura política e econômica em conformidade com suas potencialidades.

Com o advento da Revolução Industrial, a disputa pelo controle do poder se acentua na medida em que os detentores dos bens de produção promovem a transição da fabricação artesanal, para os processos manufatureiros, produzindo profunda modificação do quadro social.

O entendimento acerca da transformação do paradigma social é de fundamental importância para se compreender como se deu a construção do pensamento liberal, sendo necessário fazer aqui uma pequena digressão.

O Estado moderno, como nós o conhecemos hoje, não existia na Europa, no período precedente à concepção e desenvolvimento do pensamento liberal, e as relações sociais existentes entre os vários estamentos, aconteciam no contexto de um sistema econômico, político e social, estruturado especialmente sobre a propriedade da terra, cedida pelo senhor suserano, ao vassalo em troca da prestação de serviços mútuos, que caracteriza o feudalismo.

Como ensinam Carlos Eduardo Schipanski e Luizangela Padilha Pontarolo,

O sistema feudal existiu na Europa Medieval entre os séculos IX e XII, período no qual predominou no interior da sociedade uma forma de organização política descentralizada, assentada na modalidade de economia rural, fechada e de subsistência, produzida pela força do trabalho servil (2009, p. 41).

As relações travadas na conjuntura do feudalismo denotam o desequilíbrio brutal entre suserano e vassalo, sendo aquele conhecido por senhor feudal, dono da terra, e este último, parte hipossuficiente na relação, conhecido como servo.

A crise da sociedade feudal baseada na relação de suserania, ou seja, sujeição absoluta do vassalo ao suserano acaba por abrir espaço para o surgimento do Estado Moderno, com forte concentração de poder nas mãos do monarca, que por sua vez acaba por culminar no *absolutismo*.

A construção deste pensamento em grande medida se deve ao pensador francês Jean Bodin, responsável pela elaboração de um conceito de soberania. Para ele a “soberania é ‘absoluta’ por não sofrer limitações por parte das leis, visto que essas limitações somente seriam eficazes se houvesse uma autoridade superior que as fizesse respeitar [...]” (BOBBIO ET al., 1998, p. 1181).

Nesse período, a Europa passa por significativas transformações em razão das grandes navegações, exploração de novas rotas comerciais e permite a ascensão social de comerciantes prósperos, que mais tarde em parte se transformariam em industriais, e acabariam em razão do acúmulo de riquezas, entrando em rota de colisão com classes em geral improdutivas, como clero e nobreza.

É possível inferir que uma classe emergente – a burguesia – que não possuía propriedades por “direito divino”, como a nobreza assim justificava suas posses e reclamava direitos sobre as posses de outrem, diante da perspectiva de ascensão social pela transformação da força de trabalho em riqueza, passasse a valorizar sobremaneira o valor “liberdade”, na defesa de seus próprios interesses.

A liberdade pretendida possuía uma característica marcante: a de não intervenção do Estado no exercício das liberdades individuais crescentes e é possível interpretar que a intelectualidade burguesa tenha gestado e desenvolvido o pensamento liberal, estribado na não intervenção do Estado e no mais amplo exercício da liberdade individual, como um meio de garantir o não retrocesso de suas conquistas enquanto classe social.

## LIBERALISMO E DEMOCRACIA NO PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO

Gabriel Vitullo e Davide Scavo, em uma análise crítica, observam que no tocante às “relações entre o liberalismo e a democracia, há na obra de Norberto Bobbio uma tendência a assumir ambos os conceitos como estreita e auspiciosamente interligados” (2014, p. 96).

Os autores apontam em seu estudo as “ambiguidades de Bobbio frente ao fenômeno democrático e de seus temores frente a qualquer possibilidade de um envolvimento mais ativo das grandes massas populares na vida pública” (2014, p. 89).

De fato, uma observação mais detida nos escritos do pensador italiano, nos permite entrever uma construção artificial de um conceito a respeito do que seria a democracia, desprezando seu conteúdo substancial, a sua essência ética, emprestando-lhe um caráter meramente instrumental, para dar sustentação a uma possível compatibilidade e certa interdependência entre os termos *liberalismo* e *democracia*.

Embora se possa criticar a preferência por um conceito formal a respeito do que seja democracia, para que se possa entrelaçar os termos de forma consequente, não se pode negar que Norberto Bobbio não tivesse consciência da dificuldade que a temática encerra e de forma honesta tenha advertido que:

A existência atual de regimes denominados liberal-democráticos ou de democracia liberal leva a crer que liberalismo e democracia sejam interdependentes. No entanto, o problema das relações entre eles é extremamente complexo, e de modo algum linear (2017, p. 39).

Assim, para que se possa ter uma melhor compreensão acerca da relação entre *liberalismo* e *democracia* no pensamento de Norberto Bobbio, subdividiremos os temas apenas por uma questão de organização expositiva.

### LIBERALISMO

Tem sido muito comum no cotidiano, ouvirmos jornalistas, analistas econômicos, cientistas políticos e políticos em geral, pronunciarem as palavras *democracia*, *liberalismo*, *liberal*, *liberal – democrático*, sem menor distinção a respeito dos conteúdos que preenchem e emprestam sentido a tais vocábulos.

A elaboração de um conceito capaz de sintetizar ou delimitar o que possa ser considerado como *liberalismo*, revela-se uma tarefa difícil devido à multiplicidade de pontos de vista a partir dos quais o termo possa ser observado: histórico, político, filosófico, econômico et Cetera.

Ao longo dos anos, sobretudo quanto aos dois primeiros aspectos mencionados, o fenômeno se manifestou em diferentes regiões, dentro de contextos culturais diversos, com suas tradições locais, em diferentes estruturas de poder, sob o influxo de forças que atuavam de maneiras específicas em cada cenário e acabaram produzindo resultados díspares quando comparados entre si.

Entretanto, para nortear a discussão dentro dos limites estreitos deste estudo, faremos uso de uma definição do que possa ser entendido como *liberalismo*, dada pelo pensador italiano, quando ele faz o cotejo entre *liberalismo* e *democracia*, afirmando que na acepção mais comum dos dois termos, por “liberalismo entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos social [...]” (BOBBIO, 2017, p. 39).

Embora sintética, a definição apresentada nos oferece um robusto substrato do *liberalismo*, apontando dois pilares da doutrina liberal: a defesa da limitação do Estado e a proposição do Estado limitado.

Na primeira hipótese, o sentido que se empresta à locução diz respeito aos limites dos *poderes* do Estado, ou seja, a construção de um arcabouço jurídico capaz de restringir sua capacidade intervencionista, de modo a salvaguardar em prol do indivíduo, os direitos fundamentais à liberdade, propriedade, direito à livre associação, entre outros.

Na segunda hipótese, o que se busca é a diminuição do *tamanho* do Estado, que está ligado às suas *funções*, ou seja, a partir da perspectiva da doutrina liberal, o Estado deve possuir um tamanho *mínimo*, que lhe permita apenas garantir o indispensável à coexistência em sociedade.

Esse é o entendimento que se pode extrair a partir da afirmação de Bobbio no sentido de que

o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é *Estado de direito*; a noção corrente para representar o segundo é *Estado mínimo* (2017, p. 46).

No que tange à defesa intransigente da limitação aos *poderes* estatais, a sustentação dessa bandeira tem origem na luta contra o Estado *absoluto*, na busca pelo Estado de *direito*, assim entendido como aquele no qual os representantes se sujeitam às leis, não só em seu sentido formal, mas, principalmente, em seu conteúdo material, ou seja, “do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e que, são, portanto, em princípio, ‘invioláveis’” (BOBBIO, 2017, p. 47).

O desenvolvimento e aplicação do pensamento liberal não podem prescindir de uma defesa intransigente do Estado de *direito*. A sujeição do Estado ao império das leis é de fundamental importância como mecanismo de limitação do poder daquele em face do indivíduo.

A garantia das liberdades individuais é um tema caro ao pensamento liberal, sobretudo se considerarmos a liberdade em seu aspecto negativo, ou seja, “entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja” (BOBBIO, 2017, p. 48).

O controle do poder estatal em relação aos indivíduos de determinada sociedade no pensamento liberal é de fundamental importância para que

eles alcancem a máxima expressão no exercício de suas liberdades e atinjam os melhores resultados, principalmente, no que diz respeito a questão relacionada com a propriedade, cuja legitimidade encontra sustentação na doutrina jusnaturalista.

Neste ponto, interessante observar o pensamento de John Locke, considerado o “pai individualismo liberal”, o qual entendia que “a propriedade já existe no estado de natureza e, sendo uma instituição anterior à sociedade, é um direito natural do indivíduo que não pode ser violado pelo Estado” (WEFFORT, 2006, p. 85).

Vale a pena acrescentar que para John Locke,

O homem era naturalmente livre e proprietário de sua pessoa e de seu trabalho. Como a terra fora dada por Deus em comum a todos os homens, ao incorporar seu trabalho à matéria bruta que se encontrava em seu estado natural o homem tornava-a sua propriedade privada, estabelecendo sobre ela um direito próprio do qual estavam excluídos todos os outros homens. O trabalho era, pois, na concepção de Locke, o fundamento originário da propriedade (WEFFORT, 2006, p. 85).

Ao estabelecer o trabalho como critério distintivo para justificar o direito à propriedade, que no *ancien régime*, os monarcas defendiam a posição de que tudo lhes pertencia por “direito divino”, Locke criou argumentos para dar sustentação ao que mais tarde ficaria conhecido em sua obra como *direito à resistência*, reforçando a individualidade em face do Estado.

Ao colocar de certa forma o trabalho como fundamento da legitimação da propriedade, de certa maneira busca enfraquecer a argumentação das classes improdutivas que se beneficiavam do produto da terra, apenas e tão somente pelo fato de serem “proprietários”.

Neste ponto, o pensamento de Locke, acerca da propriedade no estado natural e do trabalho como seu fundamento, é importante para a compreensão das razões pelas quais o *liberalismo* defende de forma intransigente a existência de um Estado *mínimo*.

Locke entendia que “a propriedade já existe no estado de natureza e, sendo uma instituição anterior à sociedade, é um direito natural do indivíduo que não pode ser violado pelo Estado” (WEFFORT, 2006, p. 85).

Sua posição se contrapõe à de Thomas Hobbes neste particular, pois, este entende que “a propriedade inexistente no estado de natureza e foi instituída pelo Estado – Leviatã após a formação da sociedade civil. Assim como a criou, o Estado pode também suprimir a propriedade dos súditos” (WEFFORT, 2006, p. 85).

Ao conceber o fundamento da propriedade como fruto do trabalho, e, portanto, resultado do esforço individual, com base no jusnaturalismo, Locke de certo modo cria argumentos para a não intervenção estatal, que mais tarde resultará na defesa do Estado *mínimo*.

Norberto Bobbio reconhece que o pressuposto filosófico entre o Estado Liberal, percebido como Estado *mínimo*, como contraponto ao Estado *absoluto*,

é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): a doutrina segundo a qual o homem, todos os homens indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e, portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros (BOBBIO, 2017, p. 42).

Retomando a questão da defesa intransigente de um Estado *mínimo* por parte do *liberalismo*, a questão deve ser vista a partir da perspectiva de controle de poder, porquanto maior o Estado, menor a capacidade dos indivíduos em controlá-lo.

Ao discorrer sobre controle de poder, Bobbio ensina que

No pensamento liberal, teoria do controle de poder e teoria da limitação das tarefas do Estado procedem no mesmo passo: pode-se até mesmo dizer que a segunda é *conditio sine qua non*<sup>1</sup> da primeira, no sentido de que o controle dos abusos do poder é tanto mais fácil quanto mais restrito é o âmbito em que o Estado pode estender a própria intervenção, ou mais breve e simplesmente no sentido de que o Estado mínimo é mais controlável que o Estado máximo (2017, p. 49).

A liberdade predominante no pensamento liberal, é a liberdade em face do Estado, do indivíduo em relação ao detentor do poder, porque “o processo de formação do Estado liberal pode ser identificado com o progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo, diante dos poderes públicos” (BOBBIO, 2017, p. 49).

Se olharmos pelo retrovisor da história, o que veremos no despertar do pensamento liberal é a prosperidade em favor de uma classe emergente – a burguesia – que passava a ter acesso à propriedade e liberdade em sentido mais amplo, e conseqüentemente, temerosa por um retrocesso ao *status quo ante*, onde a propriedade, liberdade, vida e outros valores fundamentais se mostravam precários, quando confrontados com o “poder divino”, praticamente absoluto do soberano, mostra-se uma consequência natural que no seio dessa classe acabasse sendo produzida uma doutrina voltada para a não intervenção estatal em seus limites mais abrangentes.

O Estado *mínimo* passa a ser elemento necessário e fundamental à lógica liberal, tanto que aquele em grande medida passa a ser considerado um estorvo à sociedade.

“Do ponto de vista do indivíduo, de que se põe o liberalismo, o Estado é concebido como um mal necessário, e enquanto mal necessário [...] deve se intrometer o mínimo possível na esfera de ação dos indivíduos” (BOBBIO, 2017, p. 49).

## DEMOCRACIA

Se procurarmos no léxico o significado etimológico de democracia, encontraremos referência ao grego *demos* que significa *povo* e *kratos* que significa *poder*. Da junção das duas palavras surge uma nova: *demokratia*, com o significado de *governo do povo*.

J. J. Gomes Canotilho ensina que

é conhecida a formulação de Lincoln quanto à 'essência' da democracia: 'governo do povo, pelo povo e para o povo'. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático (1998, p. 281).

Norberto Bobbio, afirma que

O pensamento político grego nos transmitiu uma célebre tipologia das formas de governo, das quais uma é a democracia, definida como governo dos muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres [...], em suma, segundo a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de um [a Monarquia] ou de poucos [a Oligarquia]. Seja o que for que se diga, a verdade é que, não obstante o transcorrer dos séculos e todas as discussões que se travaram em torno da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não se alterou, ainda que tenha se alterado, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa (2017, p. 56).

Em interessante entrevista<sup>2</sup> Norberto Bobbio (1985), instado a apresentar um conceito sobre o que vem a ser democracia, manifesta concordância no sentido de que há várias perspectivas a partir das quais o termo possa ser observado e exterioriza sua posição no sentido de que a compreensão acerca do que vem a ser "democracia", deve ser vista a partir de uma perspectiva limitada, atribuindo-se um conceito que contenha características mínimas sobre as quais possa haver um consenso.

Tal definição, no entanto, deve ser simplesmente preliminar, inacabada, distante da dogmática, e deve ser compreendida como um método para a tomada de decisões coletivas. Por conseguinte, o entendimento acerca do que vem a ser "grupo democrático", deve ter em vista a presença de alguns requisitos, sem os quais, não há falar-se em democracia.

O filósofo italiano entende que pelo menos dois pontos são fundamentais à existência da democracia. O primeiro consiste na participação de todos na tomada de decisões, quer seja direta ou indiretamente; segundo, a decisão deve levada a termo após uma discussão livre e de acordo com o que foi decidido pela maioria.

A democracia deve estar estribada nesses dois pilares, que se constituiriam em um “sentido mínimo”, porém, suficiente para distinguir, ainda que de forma negativa, onde a democracia estaria ou não presente.

Observa o pensador, que a prática da democracia deveria estar presente em qualquer tipo de associação. O raciocínio consiste no fato de que as associações sejam lá de que espécie e tamanho forem, elas normalmente possuem um conjunto de regras que norteiam as decisões e definem os mecanismos para tornar essas mesmas decisões válidas.

Embora as decisões não sejam necessariamente tomadas por todos, podendo ser tomada por alguns, ou mesmo, por um só indivíduo, o que as torna democráticas é o fato de que elas sejam adotadas em conformidade com as regras previamente estabelecidas, sem desvios.

Norberto Bobbio, no entanto, reconhece que a identificação das condições acima referidas nem sempre são fáceis de ser percebidas nos seios das mais diversas associações espalhadas pelas sociedades ditas democráticas.

Neste ponto, considera essa questão como sendo uma das promessas não cumpridas da democracia, o fato de que a democracia política não tenha se aprofundado de modo a se estender à sociedade como um todo e se transformar em uma democracia social.

Em princípio, assevera que uma sociedade democrática, deveria exercer a democracia da forma mais intensa possível, e ter essas regras democráticas sendo aplicadas nos mais diversos centros de poder, não apenas nos órgãos de Estado.

Reconhece que a entronização desses valores democráticos e a autodeterminação que os tenha como ponto de partida, seria o limite ideal da democracia. Seria uma democracia efetiva, aquela exercida pelos integrantes de determinada sociedade, a partir da interiorização dos valores democráticos.

Por outro, reconhece a dificuldade do exercício dessa democracia em sua plenitude e enxerga em várias sociedades em que tais regras foram instituídas, a não observância dos valores efetivos.

Um dos coletivos apontados pelo pensador italiano, em que pode ser constatado o descumprimento do ideal é o partido político. Trata-se de associações que possuem regras previamente estabelecidas que deveriam ser de observância obrigatória a todos os indivíduos afiliados, entretanto, um olhar mais agudo nos leva à conclusão de que as decisões poucas vezes são tomadas no interesse geral, sendo a democracia escassa e limitada. No mesmo patamar, poder-se-ia dizer que se encontram os sindicatos.

Bobbio defende que a democracia é uma forma de governo baseada na representatividade, mas reconhece a dificuldade de se fazer distinção entre as duas formas de representatividade: a pessoal e coletiva, que se manifesta por ocasião do exercício da cidadania, consubstanciada no sufrágio universal.

Compreende que por um lado o indivíduo vota em determinado candidato para que este represente seus interesses pessoais, e por outro, que atenda aos interesses da complexa coletividade, e que essa ambiguidade representatividade de interesses e representatividade política se mostra cada vez mais difícil de ser distinguida.

É possível a constatação desse dilema atualmente quando um parlamentar, sendo eleito por um determinado contingente, para representar os interesses de certa categoria, uma vez investido no cargo, diante de regras estatutárias de sua agremiação partidária, de observação obrigatória, instado a votar determinada matéria, muitas vezes, vê-se compelido a atuar contrariamente aos interesses de seus eleitores, sob pena de expulsão, na hipótese de contrariar as orientações de sua liderança.

Bobbio entende que os partidos políticos carregam em seu bojo uma plêiade de interesses, e nesse sentido deve ser compreendida a expressão “agremiação política”, na medida em que o objetivo deve ser a agregação de interesses, mas mostra preocupação no sentido de que diante do pluripartidarismo, haja uma deterioração da representatividade política no âmbito partidário, que por sua vez poderá se transformar apenas num grupo de interesses, e, por conseguinte, o parlamentar poderá se transformar de representante político, em representante de interesses através de um partido político.

Do lado reverso, também reconhece a possibilidade de que um representante de interesses, um sindicalista, por exemplo, a quem incumbe a defesa dos direitos e anseios de determinada classe trabalhadora, possa se converter em um representante político, quando eventualmente se afaste da proteção aos interesses daquela categoria, a pretexto de atender outros, ainda que estes possam ser mais nobres.

Ao agir de forma desvinculada dos propósitos que lhe foram atribuídos em face da representatividade que lhe foi confiada por meio eletivo, transfigura-se, deixando de ser um representante de interesses, para se tornar um representante político.

## **DEMOCRACIA E LIBERALISMO CONEXÃO E DIVERGÊNCIA**

Democracia e liberalismo ao longo dos anos nem sempre tiveram um bom relacionamento, e em vários momentos a tensão entre ambos se apresentava como contraposições, sobretudo quando a definição a respeito de democracia não possuía um caráter formal ou procedimental.

A contraposição se acentuava na medida em que a democracia era entendida sob o aspecto de conteúdo, ou seja, dotada de substância, vista a partir de uma perspectiva material, entendida como uma sociedade igualitária, ou mais igualitária do que as que a havia precedido.

O contraste entre liberalismo e democracia fica mais evidente à medida que esta passa a ser vista como uma sociedade igualitária com máxima intensidade.

De outra forma, quando aceitamos o conceito instrumental de democracia, como hoje ela pode ser entendida, não há desarmonia entre os conceitos de liberalismo e democracia, ao contrário, pode-se entrever uma relação de continuidade, sendo a democracia, nada mais que a perpetuação dos valores do liberalismo, ou seja, sua consequência natural.

É o que pode se extrair do trecho quando diz que

[...] a democracia moderna não só não é incompatível com o liberalismo como pode ser considerada, sob muitos aspectos, ao menos até certo ponto, uma continuação natural. Com uma condição: que se tome o termo ‘democracia’ em seu significado-institucional e não no ético, ou seja, em seu significado mais procedimental que substancial” (2017, p.60).

Esse entendimento advém do fato de que o liberalismo afirmou alguns direitos fundamentais, como a liberdade, os direitos civis, o direito à liberdade de expressão, direito à livre associação, direito à crença religiosa, que são indispensáveis ao exercício da democracia nos dias de hoje.

Com a evolução da democracia se afirmou outro direito fundamental, o direito político, ou seja, direito de participar das decisões coletivas e no início, havia Estados Liberais que não eram democráticos, devido ao fato de que somente alguns participavam das decisões coletivas.

A explicação talvez tenha como fundamento o fato de que os modernos liberais exprimissem “profunda desconfiança para com toda forma de governo popular, tendo sustentado e defendido o sufrágio restrito durante todo o século XIX e também posteriormente” (BOBBIO, 2017, p.61).

O poder de participação ficava adstrito aos mais abastados, pois o direito a voto possuía sérias restrições, e apenas uma pequeníssima parcela dos cidadãos podia exercer o escrutínio. Paulatinamente, o exercício da cidadania foi se ampliando e atualmente nos Estados democráticos, chegou-se ao sufrágio universal.

Pode-se compreender que essa extensão de direitos seria consequência da extensão de direitos reclamados pelo liberalismo. Sendo assim, se compreendermos a democracia sob o aspecto formal, torna-se possível entendê-la não como um contraste ao liberalismo, e sim, como sua consequência como foi dito anteriormente. Neste ponto há convergência entre *liberalismo* e *democracia*.

Se por um lado, a democracia sob o ponto de vista formal pode ser entendida como consequência do liberalismo, o mesmo, não se pode dizer se olharmos à luz do conteúdo material.

Inicialmente, a afirmação da democracia substancial foi feita pelos democratas, mais precisamente os democratas radicais, tanto que, nos primórdios, democracia era entendida como uma sociedade mais igualitária, menos desigual, todavia, é força reconhecer que a questão do conteúdo material é um tema caro, da maior relevância ao socialismo.

Pode-se definir o socialismo como a corrente de pensamento e de ideias que tentou preencher a moldura que é a democracia, com alguns conteúdos como a igualdade material, não apenas em seu aspecto jurídico ou meramente formal, mas, a igualdade de fato, social e economicamente falando.

Bobbio entendia a existência de tendência da maioria por uma corrente de pensamento denominada igualitarismo, que grosso modo poderia ser compreendida como uma maior igualdade de todos em muitas coisas e que seria uma das características das sociedades contemporâneas.

Nesse sentido, o igualitarismo seria uma das maneiras pelas quais seria possível aprofundar o desenvolvimento, intensificar o conteúdo material, emprestando maior substância aos regimes democráticos.

O igualitarismo traria consigo um dos critérios pelos quais os bens devem ser distribuídos e também o mérito, priorizando a questão distributiva, figurando a questão meritória como complemento desejado, ressaltando a existência de situações em que a distribuição não poderia ter outro fundamento senão o do mérito, como seria, por exemplo, a aplicação de notas em provas universitárias.

Por outro lado, Bobbio reconhece que diante dos desvalidos, daqueles excluídos do tecido social, que vivem à margem da sociedade, o critério aplicado jamais poderia ser do mérito, mas, deveria, sim, ser o critério da necessidade.

A sociedade democrática não poderia levar em conta se um indivíduo hipossuficiente teria mais ou menos mérito que outro, para o fim de suprimento de suas carências. Neste caso, a distinção deve ser feita a partir da constatação de quem mais precisa do auxílio pretendido.

Os dois valores fundamentais postos em relevo, a serem utilizados como critério de distributividade seriam a necessidade e o mérito, nessa ordem de importância.

Neste sentido (material) há uma contradição entre os termos *liberalismo* e *democracia*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos afirmar que o pensamento liberal contribuiu sobremaneira para o fortalecimento da democracia moderna, na medida em que os pensadores liberais buscaram fortalecer os direitos fundamentais, em particular aqueles ligados ao conceito de liberdade, cuja supressão seria inimaginável em um Estado democrático.

Embora seja passível de críticas o entendimento de Norberto Bobbio quanto à afirmação de que a depender do ponto de vista a *democracia* pode ser vista como sendo a continuidade do *liberalismo*, tal proposição é perfeitamente defensável, se aquela for entendida do ponto de vista formal, como as “regras do jogo”, ou seja, um conjunto de preceitos que permite a alternância de poder sem ruptura do tecido social.

Por outro lado, se procurarmos confrontar o *liberalismo* e a *democracia*, a partir de um viés material, ou seja, como meio de concretização da distribuição da justiça e exercício efetivo do ideal de igualdade, neste sentido, não haveria compatibilidade entre os termos, ao contrário, o resultado seria a constatação de uma divergência inconciliável.

Na entrevista mencionada, Norberto Bobbio reconhece que a tarefa da distribuição efetiva de justiça, na persecução do ideal de igualdade, seria tarefa dos adeptos da doutrina socialista, ainda que isso servisse apenas de argumento retórico.

A crítica que se pode fazer ao pensamento liberal é que não considera o indivíduo como parte integrante de uma malha social e que tenha em relação a esta uma responsabilidade.

É bem verdade que as experiências vividas em regimes que adotaram pensamentos diversos, fracassaram, sobretudo quanto à indispensabilidade da necessária competitividade como motor de prosperidade.

Os Estados que assumiram um caráter paternalista, acabaram por produzir sociedades apáticas, produzindo um espírito desanimador, que as levaram a situações caóticas, como por exemplo, a extinta URSS.

A competição é salutar na medida em que proporciona o estímulo necessário ao desenvolvimento de novos pensamentos e avanços tecnológicos, que elevam determinada sociedade ao crescimento e prosperidade.

Se nós pensarmos no exemplo da questão da produção alimentar em que não haja perspectiva de lucro, o produtor, que reside na própria terra do plantio, com o passar dos anos, ainda que tivesse estímulos ideológicos, fatalmente entraria numa espiral produtiva descendente, pois, explícita ou implicitamente acabaria sendo contaminado pelo conformismo, uma vez que sua parcela seria a mesma, ou seja, o alimento que lhe caberia como cota-parte seria idêntico, independentemente do montante produzido. Então, qual seria a razão para produzir mais? Por que empreender maior esforço se não receberia nada mais por isso?

Por outro lado, é força reconhecer que o exercício das liberdades individuais deve ser balizado, não em termos de tolhimento do seu exercício, sobretudo no que diz respeito ao espírito empreendedor, entretanto, a amplitude desse exercício deve respeitar alguns limites racionais, afinal, não há direitos absolutos.

A liberdade do acúmulo de riquezas poderia ser exercida de forma ilimitada de modo que um grupo restrito de pessoas possa ter para si, todos os recursos materiais existentes, e o restante dos indivíduos existente não possuir um patrimônio minimamente suficiente para prover suas necessidades elementares de sobrevivência?

Se tomarmos o pensamento liberal em seu sentido literal, em que não seja possível limitar as liberdades individuais, ao menos hipoteticamente, poderemos atingir esse resultado caótico, desigual e desumano.

Aliás, esse cenário seria o ponto de inflexão com capacidade revolucionária, que levaria ao conflito e poria fim ao sistema capitalista, na visão marxista.

Por outro lado, a questão relacionada à defesa intransigente do Estado *mínimo*, no momento em que o mundo vive a pandemia provocada pelo coronavírus (COVID-19), pode ser questionada.

Diante de um evento dessa magnitude seria defensável a existência de um Estado *mínimo*? Este Estado, sendo *mínimo* em todos os aspectos teria capacidade para garantir a manutenção do resultado conquistado pelos liberais no exercício de suas liberdades individuais, principalmente quanto ao empreendedorismo?

Seria justo aos empresários que durante anos a fio, envidaram seus esforços para construir seus patrimônios, ou até mesmo gerações sucessivas de empresários que edificaram conglomerados de empresas geradoras de emprego e riquezas, neste momento ficassem à mercê da própria sorte?

Afigura-se razoável que uma sociedade seja norteadada por um pensamento empreendedor, defensor das liberdades individuais, inclusive as de natureza

econômica, entretanto, também se mostra equilibrado compreender que tais liberdades não podem ser descontroladas, porquanto resultariam em um resultado completamente injusto.

De outro lado, pode-se concluir que um Estado não deve ser *mínimo* ou *máximo*, na verdade deve ser forte do ponto de vista econômico e eficiente na condução dos interesses sociais e na prestação dos serviços públicos característicos, e não seja intervencionista, ao contrário, deva garantir o livre exercício razoável das liberdades. 

## NOTAS

- 1 Em latim: condição necessária, indispensável, sem a qual torna-se impossível a concretização de determinado resultado, consecução de certo efeito (tradução livre).
- 2 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JEbMVHFAAEg&t=1455s>. Acesso em 29.04.20, às 21:30 horas.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A teoria das formas de governo*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.
- \_\_\_\_\_; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CRONIN, Jeremy; CRESPINY, Anthony de. *Ideologias políticas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- \_\_\_\_\_; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- PONTAROLO, Luizangela Padilha; SCHIPANSKI, Carlos Eduardo. *História medieval: releitura de uma época*. Guarapuava: Editora Unicentro, 2009. Disponível em: <http://repositorio.unicentro.br:8080/jspui/bitstream/123456789/915/5/Hist%C3%B3ria%20Medieval%20Releitura%20de%20uma%20%C3%89poca.pdf>. Acesso em: 01.05.20, às 14:15 horas.
- SCAVO, Davide; VITULIO, Gabriel. *O liberalismo e a definição bobbiana de democracia: elementos para uma análise crítica*. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 13, pp.89-105. Brasília: jan-abr/2014.
- SCHIPANSKI, Carlos Eduardo; PONTAROLO, Luizangela Padilha. *História medieval: releitura de uma época*. Guarapuava: Editora Unicentro, 2009. Disponível em: <http://repositorio.unicentro.br:8080/jspui/bitstream/123456789/915/5/Hist%C3%B3ria%20Medieval%20Releitura%20de%20uma%20%C3%89poca.pdf>. Acesso em: 01.05.20, às 14:15 horas.
- MILL, Stuart. *Princípios de economia política*. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1996
- VITULIO, Gabriel; SCAVO, Davide. *O liberalismo e a definição bobbiana de democracia: elementos para uma análise crítica*. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 13, p. 89-105. Brasília: jan-abr/2014.
- WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. v. 1, 14. ed., São Paulo: Ática, 2006.



ARQUIVO PESSOAL

**NEI CALDERON** é doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA/PR. Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP; Especialista em Gestão de Serviços Jurídicos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP). Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR). Militante nas áreas de direito bancário, recuperação de crédito e recuperação de empresas.



*Betty Milan*

LAILSON SANTOS

## Legalização do aborto e criminalização do estupro

**N**a trilha dos países onde o aborto já foi legalizado – 63 países –, o presidente da Argentina acaba de enviar ao Congresso uma proposta de legalização. No Brasil, o aborto só é permitido em casos de estupro, risco de morte materna ou de anencefalia. A legislação precisa ser mudada urgentemente porque é a saúde das mulheres

que está em jogo. Claro que é preciso privilegiar a contracepção, mas ela pode falhar e, como as mulheres que não desejam ter filhos fazem o aborto em casa, correndo o risco de ficar estéreis e até mesmo de morrer, a única saída é a legalização.

Até quando as brasileiras vão ter que se valer de uma sonda para abortar e até quando o estupro vai ser autorizado por juizes que podem considerá-lo culposo, ou seja, praticado sem intenção?

Para que o estupro culposo existisse, seria necessário que o estuprador não tivesse condições de reprimir as suas pulsões. O que caracteriza o ser humano é precisamente a capacidade de reprimá-las. Salvo quando se trata de doença mental. Neste caso, o criminoso tem que ser encaminhado para o exame psiquiátrico e o seu destino pode ser o manicômio judiciário.

O estupro é repetidamente considerado culposo, no Brasil, por juizes que imputam a culpa à mulher, alegando que vítima nenhuma é estuprada se não tiver uma participação no ato de violência. A participação é deduzida da conduta moral, que passa a ser investigada. Ora, ninguém tem o direito de violar o corpo de quem quer que seja. Pouco importa que o corpo seja de uma carola ou de uma prostituta. Noutras palavras, não pode haver investigação sobre a moralidade da vítima .

A feminista francesa, originária da Tunísia, Gisele Halimi, foi também uma grande advogada. Graças a ela o estupro deixou de ser considerado delito para ser considerado um crime. Halimi sugeriu que a impossibilidade de investigar a moralidade figure como lei no Código Penal. Quando um juiz alega que uma mulher foi estuprada por ser imprudente, ele está afirmando que o homem não passa de um animal incontrolável. Ora, o que caracteriza a sexualidade humana é justamente o fato de que ela pode ser controlada. Daí a sua riqueza e variedade. Ao contrário da sexualidade animal que, por só visar a reprodução, é invariavelmente a mesma.

Noutras palavras, o estupro é sempre doloso. Pouco importa a conduta da vítima. Porém, de uma mulher violada, a justiça espera que ela prove a resistência ao agressor, o não consentimento. Por incrível que pareça, de acusadora ela se torna acusada, fica submetida ao sarcasmo dos policiais, dos advogados e dos juizes.

Não estou querendo dizer que as mulheres devam abrir mão da prudência. Embora nenhum decote exagerado ou nenhuma saia curta justifiquem a violência sexual, enquanto a cultura do abuso existir, é preciso estarem atentas. No momento, elas ainda são punidas pela liberdade em relação ao próprio corpo e o estuprador é despenalizado quando, além de ser uma ferida física, o estupro é uma grave ferida moral. 

# CINEMA, SAÚDE E DIREITO

Reflexões Bioéticas e Críticas Sociais

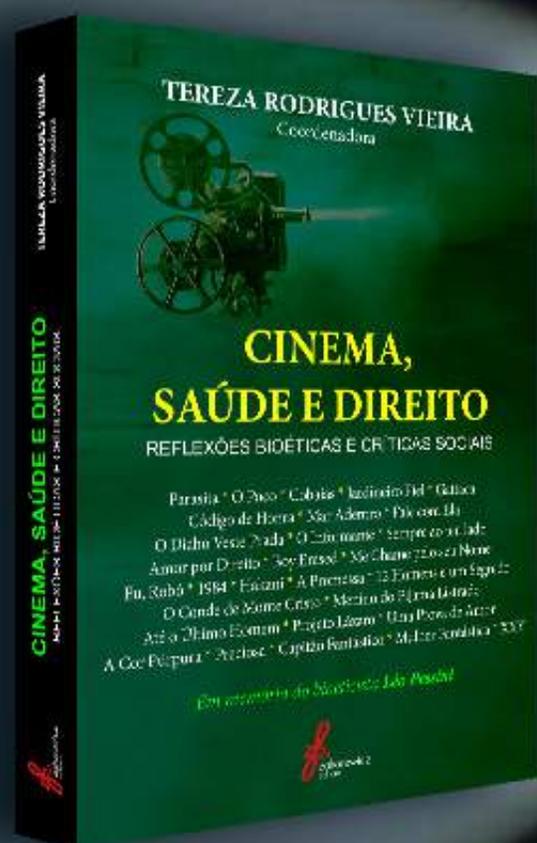
Telefone:

(61) 3263-1362

R\$ **65**,00

(frete incluso)

zkeditora.com



zakarewicz  
editora

"Cinema, saúde e direito: dilemas bioéticos e críticas sociais, não é recomendado apenas àqueles que amam a sétima arte, mas – principalmente – a quem se dedica à bioética, que é o campo no qual se busca tecer pontes entre pessoas e moralidades para permitir o diálogo e a compreensão mútua."

Dora Porto