

# DIREITO DEMOCRACIA & CIDADANIA

Volume 01 - Número 01 - 2019



**Fundação Educacional de Penápolis – FUNEPE © 2019**  
Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Penápolis – FAFIPE  
Centro de Educação e Ciências Humanas - CECH

**Revista Direito, Democracia e Cidadania © 2019**

### **Editora-Chefe**

Profa. Me. Thábata Biazzuz Veronese

### **Conselho Editorial**

Prof. Me. Thiago Mazucato  
Prof. Me. Carlos César de Souza  
Prof. Me. Daniel Baggio Maciel  
Profa. Dra. Alessandra Guimarães Soares

## **A revista Direito, Democracia e Cidadania**

A Revista Direito, Democracia e Cidadania possui como escopo temático as áreas do Direito Público e Privado, especificamente do Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Direito Penal, bem como áreas afins, como a Ciência Política, a Sociologia Jurídica, a Antropologia Jurídica, a Psicologia Jurídica, a Administração Pública e as Relações Internacionais. Contará com artigos de colaboradores, docentes e estudantes do curso de Direito da FUNEPE, bem como de autores externos que também submeterem seus trabalhos. A revista pretende contribuir com o ensino, a pesquisa e a divulgação dos saberes jurídicos para uma reflexão e compreensão dos temas latentes na sociedade democrática contemporânea que se procura construir.

---

# Sumário

---

- Terceirização, dumping social e a dignidade da pessoa humana**  
*César Bessa & Marcell de Paula Bonfim* 1
- A análise dos efeitos práticos da sub-rogação do direito ao usufruto na indenização decorrente de desapropriação**  
*Danilo César Siviero Ripoli & Simone Cristina Ceron Ripoli* 24
- Panorama contemporâneo e âmbito de proteção dos direitos autorais no Brasil**  
*Marcos Freitas Pereira* 49
- Inteligência artificial e os direitos fundamentais da pessoa humana**  
*Rogério Luís Marques de Mello* 74
- A nova terceirização após a reforma trabalhista**  
*Thábita Biazzuz Veronese* 96

# TERCEIRIZAÇÃO, DUMPING SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA

César Bessa<sup>1</sup> & Marcell de Paula Bonfim<sup>2</sup>

## Resumo

O presente estudo visa apresentar os impactos decorrentes da prática do *dumping social* na terceirização, demonstrando a violação aos fundamentos da dignidade da pessoa humana. Nessa acepção, serão colocados em discussão os mais relevantes pontos a respeito do tema e sua relação junto ao Direito do Trabalho, que está diretamente ligado ao mercado de trabalho, que evidencia seu crescimento a cada dia nos meios de produção, diante da necessidade de aumento do número de trabalhadores e, por consequência almejando o lucro excessivo, o que ocasiona o comprometimento dos preceitos fundamentais e necessários para a garantia de um trabalho decente. Desta forma, apesar de não se tratar de um tema recente, mas que ainda não alcançou a concretização desejada, o artigo tem a pretensão, de levantar indagações sociais, de uma prática que com frequência faz opção por um ambiente de trabalho mais favorável ao empregador em desfavor ao valor social do trabalho.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Trabalho pela UFPR, na área de concentração de Direitos Humanos e Democracia e na linha de pesquisa em Cidadania e Inclusão Social; Mestre em Direito pela UEL, professor de Direito do Trabalho Adjunto da UEL.

<sup>2</sup> Especialista em Direito do Estado pela UEL e advogada.

## INTRODUÇÃO

De acordo com Siqueira e Piccirillo (2005) a evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana foi lenta e gradual para chegar ao que temos hoje, e esses direitos não são e nem foram identificados ou construídos de uma só vez, mas sim de acordo com as experiências sociais. Conforme o tempo se passou, a sociedade viu a necessidade da proteção de alguns direitos relacionados ao ser humano, entendendo que sem o amparo destes, nunca haveria uma sociedade construída com justiça que perdurasse ao longo do tempo. Assim, compreendeu-se, que o bem a ser protegido acima de qualquer outro seria um bem que fosse respeitado e tomado como norte para todos os outros direitos existentes, sendo este o bem da vida. Porém, a vida, sem a dignidade também não valeria muita coisa, desta forma a dignidade da pessoa humana ganhou relevo, fundada nas transformações do processo civilizatório em face da carência protetiva a estratos sociais mais vulneráveis:

De tal modo, temos que, a consideração aos direitos humanos, assim como à positivação dos direitos fundamentais, somente tornou-se possível por meio das contradições históricas, ou seja, foram sendo adquiridos, descobertos e declarados conforme as transformações da sociedade, sendo a luta pela limitação do poder político, um dos mais importantes fatores para o aval destes direitos (SIQUEIRA e PICCIRILLO, 2005).

Para Goldenstein e Dutra (2016) partindo da ideia de que o trabalho é um direito de todos, reconhecido constitucionalmente no direito brasileiro como um direito fundamental (art. 6º, CF/88)<sup>3</sup>, seria esperado que as condições fossem amparadas, não só possibilitando o exercício desse direito, mas

---

<sup>3</sup> Art. 6º, *caput*, CF/88: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

principalmente assegurando a dignidade humana a cada trabalhador em seu contrato laboral, por se tratar de um direito que deve ser protegido e elevado em razão de seu valor social e econômico para cada um e para a sociedade em geral, visto que, se mostra também necessário à sobrevivência, pois, presume-se que nenhum homem ou mulher tem a capacidade para proporcionar a si próprio ou sua família condições de uma vida digna sem o trabalho.

Conforme Souto Maior (2014) o reconhecimento dos Direitos Sociais constituindo os fundamentos do Estado, resulta, porém, da determinação das condições criadas pelo próprio sistema capitalista de produção. E se firma com um comprometimento do Estado e da Sociedade, que separa os âmbitos de atuação, em favor da criação de uma comunidade mais receptiva, com mínimas condições de vida digna para todos. Esses direitos de segunda dimensão<sup>4</sup> de certa forma, não apenas se apresentam como reguladores das relações sociais, mas também tem a intenção de promover o bem-estar social, aproveitando-se do caráter e da força coercitiva do Estado. A regulação para o Direito Social não se dá apenas na perspectiva dos resultados dos atos praticados, mas, principalmente, na realização destes.

Assim, a teoria do *dumping social* começa a tomar forma. A percepção de que o responsável pelo cometimento de um dano que exceda a esfera dos limites jurídicos impostos às relações privadas, atingindo a sociedade em que está inserido de forma negativa, deve ter a obrigação de reparar tal

---

<sup>4</sup>Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado. Os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano (NOVELINO, 2009, páginas 362/364).

conduta, como necessária condição a implementação de um Estado Social (SOUTO MAIOR, 2014).

É exatamente nesse paradoxo que a Terceirização, continuamente, vem sendo utilizada pelas empresas como uma forma de desrespeitar leis trabalhistas em benefício do tomador de serviços, por meio de empresa interposta, com a intenção de diminuir custos de produção dos produtos, a fim de torná-los mais competitivos para o mercado.

A terceirização, por assim dizer, regulado fenômeno da globalização, sendo que, na medida que a competição entre os produtores aumenta, as empresas se readaptam na continuidade de suas atividades por meio da diminuição do custo do trabalho. Entretanto, a terceirização de forma geral, é prejudicial ao trabalhador, pois por meio do seu precário salário se obtém dois lucros a dois empresários distintos: o Intermediário e o Tomador.

Por meio desta abordagem, a partir da existência de empresas terceirizadas na prática do “dumping social”, pela exploração e abuso do empregado em favor do lucro excessivo e duplicado em benefício do intermediário e do tomador de serviços, cujos reflexos atingem não somente para o ambiente laboral, mas a sociedade como um todo, especialmente pela violação à dignidade da pessoa humana e aos fundamentos constitucionais e cujo motivo este artigo busca trazer uma reflexão, a partir da análise do desequilíbrio promovido pela prática extrativa de dois lucros provenientes de um único trabalho humano.

## **OS DIREITOS SOCIAIS E A DIGNIDADE HUMANA**

A base de um estado de direito, são os Direitos Humanos. A caça pela eficácia do cumprimento das normas trabalhistas se mostra com uma maneira de incitar a aplicação dos Direitos Humanos ao empregado

proporcionando o alcance efetivo da equidade real e de uma garantia mínima de subsistência digna ao ser humano (JUNQUEIRA DE ANDRADE, 2016).

Entendeu-se como constituição de um crime contra a humanidade, o desrespeito às leis conexas aos direitos humanos, tendo em vista, especialmente, os horrores constatados na Segunda Guerra Mundial. A partir daí, passou a ser agregado às Constituições, como valor necessário, o Direito Social. Essa noção de valor, incentiva que o Direito Social, assim como os direitos humanos em geral, para que tenham força, independente de uma lei que preceitue expressamente e, se necessário, até indo contra à uma lei existente (SOUTO MAIOR, 2014).

Não obstante, para sustentar o direito de cada um individualmente, faz-se necessário a garantia do mínimo para que o trabalhador tenha uma vida considerada digna. Assim, sendo o trabalho o meio de subsistência do indivíduo, por assim dizer, um bem que o Estado tem o dever de proteger, garantindo-lhe condições favoráveis e meios de proteção. A isso também deve ser levado em conta a condição, enquanto lugar em que os trabalhadores se encontram em relação aos seus empregadores, pois são estes últimos que criam todas as cláusulas contratuais e impõem suas condições contratuais, enquanto os primeiros, apenas dão sua concordância, ou não (PEREIRA, 2013). E saliente-se que dizer “não” ao empregador significa o desemprego e a exclusão da produção.

Conforme Souto Maior, Mendes e Severo (2014) as táticas de enfraquecimento do empregado como as terceirizações, subcontratações, falta de registro, pejetização, entre outras, são a imposição de um enorme sacrifício a inúmeros cidadãos em relação aos seus direitos constitucionalmente consagrados. E isso tudo, faz com que o entendimento da necessidade de agir do Estado-Juiz em relação ao desrespeito aos direitos fundamentais dos empregados, seja resgatado pela recordação de que esses direitos tem uma

definição especial na esfera do nosso estado e de que é devido o cumprimento dá ordem constitucional.

Desta forma, se faz essencial, averiguar as medidas cabíveis para re-tomar a eficiência e a qualidade dessa ligação empregatícia, observando a importância de assegurar o bem-estar físico, social, mental e emocional dos trabalhadores, não só individualmente, mas também para a sociedade como um todo. Tudo isso, decorre do princípio que a tempos vem sendo ignorado pelos empregadores, sendo que, na realidade, tem o dever de nortear a maneira como as demais normas precisam ser elaboradas e aplicadas, impedindo assim, que qualquer uma delas lesione a dignidade humana (GOLDENSTEIN e DUTRA, 2016).

### **TERCERIZAÇÃO**

Conforme Souto Maior (2004), para o estabelecimento de um arquétipo jurídico ao feitio da descentralização do trabalho, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST), editou, primeiramente, a Súmula 256, que rejeitava a legalidade do trabalho terceirizado, salvo aquele que fosse permitido por lei; depois, revendo o enunciado, editou a Súmula 331, a qual passou a considerar válida a terceirização, com a condição de que esta, atinja apenas a atividade-meio da empresa, conservando, ainda, uma responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços.

Assim, dentro do atual modelo jurídico brasileiro, de acordo com o enunciado 331 do TST, uma empresa interveniente pode ofertar mão-de-obra a uma outra empresa, para a execução de serviços no domínio da primeira, com a condição de que estes serviços sejam desvinculados à atividade-fim da empresa que contratou a prestadora e desde que não exista subordinação dos trabalhadores à empresa contratante. Ainda, no caso do inadimplemento das verbas trabalhistas desses empregados, por parte da empresa

contratada, a tomadora de serviços será responsabilizada na obrigação de adimplir tais verbas.

E, agora, nestes tempos sombrios, o legislativo, com o apoio do executivo, aprovou a lei 13.429/2017, com a “possibilidade da terceirização absoluta”.

### **Conceito**

Terceirizar para Alexandre Agra Belmonte (2008), significa intermediar o trabalho utilizado no desenvolvimento de uma atividade empresarial. O nome “terceirização” vem de um terceiro colocado entre o empregado e a empresa tomadora de serviços, contratado para prestar serviço relacionado à produção, o que forma uma relação trilateral.

Conforme Souto Maior (2004), essa modalidade está submetida a afastar o vínculo empregatício entre o trabalhador contratado por meio da empresa prestadora e a empresa tomadora. Assim, torna-se necessário impor limites que assegurem a livre iniciativa, mas que ao mesmo tempo valorize o trabalho e garanta a dignidade do trabalhador.

A terceirização pode ser classificada ainda como exceção à regra do vínculo empregatício, considerada relação jurídica triangular, integrada por aquele que possui poder de direção da empresa acumulando benefícios com a força de trabalho do operário, na qual entra uma terceira pessoa, de maneira que além do trabalhador e da empresa beneficiada, aparece a empresa prestadora (GOLDENSTEIN e DUTRA, 2016).

O que se diz ser uma técnica moderna do processo produtivo para Souto Maior (2015), a chamada terceirização, não é nada mais que a intermediação de mão-de-obra que já existia nos primeiros momentos da Revolução Industrial, que foi considerada na perspectiva regulatória corretiva como perversa, enunciando assim, pelo Tratado de Versalhes (1919) o princípio

basilar do direito do trabalho que diz que “o trabalho não deve ser considerado como simples mercadoria ou artigo de comércio”. Souto Maior (2015) diz também que, o próprio conceito de “subordinação jurídica” é uma edificação teórica tramada para passar por cima da obrigação advinda da formalização de contratos entre os prestadores e tomadores de serviço, de maneira a conferir, responsabilidades jurídicas ao capital que se aproveita da exploração final da força de trabalho.

Segundo Grijalbo (2016), a sociedade da terceirização é aquela que admite no lucro excessivo por meio do trabalho de outrem, com o aumento do risco de matar e mutilar o coisificado empregado na execução de suas atividades, até o limite de ser rejeitado como se fosse um elemento que já não serve mais, que se quebrou ou que teve sua capacidade esgotada de apresentar os resultados esperados quando contratado. Noutras palavras, a consagração da cultura extrativista, como se o ser humano fosse carvão para ser queimado, isto é, explorados até não resistir mais nada, a não ser as cinzas.

A terceirização é descrita como uma das maiores crueldades contra a ordem constitucional, assim, sendo um dos crimes máximos contra a sociedade, transportando esta, para um sentido totalmente oposto do qual se possibilita pensar em uma convivência boa para a população (SEVERO, 2015).

Com base nos dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), a maior taxa de rotatividade de empregados em atividades terceirizadas foi constatada em 2014, que também se caracterizam por salários inferiores e maior porcentagem de afastamento em decorrência de acidentes de trabalho. A frequência da rotatividade é expressivamente maior nas atividades terceirizadas. O tempo médio da duração dos contratos em 2014 era de 34,1 meses, já nas atividades de contratação direta esse período era de 70,3 meses. Se nota a diferença também em relação aos salários, que em dezembro de 2014

tinha média de R\$ 2.639,00 nas atividades diretamente contratadas, sendo que nas terceirizadas era de R\$ 2.021,00, sendo esta, cerca de 23,4% menor (REDE BRASIL ATUAL, 2017).

Com certeza ao longo de vinte e dois anos em que se formou a terceirização no panorama das relações de trabalho no Brasil, estimulada pelo enunciado 331 do TST, tem-se o aumento apressurado da escassez das condições de trabalho. E é pouco provável ir até a Justiça do Trabalho e não “dar de cara”, com as milhares de audiências que acontecem todos os dias, com reclamações nas quais os empregados terceirizados pleiteiam por direitos de verbas rescisórias que não foram pagas por empresas terceirizadas que desapareceram. Como a experiência demonstra, a terceirização marcha em rumo inverso ao projeto constitucional, sendo garantido na Carta de 88 o vínculo empregatício, que é a relação de emprego englobando o trabalho e o capital, da qual surgem todos os direitos que procuram dar efeito ao princípio da melhoria da condição social (SOUTO MAIOR, 2015).

Resumindo, se os múltiplos segmentos empresariais procuram segurança e garantia jurídica, então o único caminho é o respeito a Constituição Federal.

### **Terceirização lícita ou ilícita**

A ordem jus trabalhista destaca a diferença entre terceirização lícita e ilícita. Porém, de acordo com a conservação do padrão generalizado de contratação que se mantém na forma empregatícia clássica, chega-se à conclusão de que as situações em que ocorrem a terceirização lícita são quase inexistentes (DELGADO, 2015).

Para Laura Brenda:

Há inúmeros dados que demonstram que a terceirização gera, em verdade, um trabalhador de segunda classe, geralmente

componente das parcelas mais vulneráveis da população economicamente ativa, como mulheres, negros, jovens, migrantes e imigrantes (BRENDA, 2017, p.99).

O que acaba acontecendo com frequência é a aceitação de qualquer tipo de oferta por parte dos trabalhadores, mesmo que irregulares, tendo em vista a ausência de crescimento econômico e de novas propostas de bons empregos. O trabalhador acaba ficando vulnerável e exposto, no sentido da necessidade alimentar dele e de sua família SANTOS, 2015).

Isso se tornou pior com a alteração da lei 6.019/1974<sup>5</sup>, que foi modificada por meio da lei 13.429/2017<sup>6</sup>, onde além de modificações relacionadas ao trabalho temporário, também foram inseridas disposições a respeito da terceirização.

A nova legislação determinou que a contratação de empregados terceirizados por meio de empresa de trabalho temporário também passa a ser permitida para execução da *atividade-fim* da empresa tomadora dos serviços. (GOMES, 2017).

A ampliação resultante da lei 13.429/2017 vai de encontro com a proteção concedida ao empregado, no art. 1º da Constituição Federal, onde o valor social do trabalho é posto como um dos princípios da República. Em seu art. 6º, onde o trabalho é classificado como um dos direitos sociais. E ainda o artigo 170, *caput*, que dispõe sobre os fundamentos da ordem econômica (MAIA, 2017).

Nesse sentido, foi ajuizada a ADI 5695, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química (CNTQ) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados (Conaccovest), onde um dos principais argumentos foi que:

---

<sup>5</sup> Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências.

<sup>6</sup> Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

A prática da terceirização na atividade-fim esvazia a dimensão comunitária da empresa, pois a radicalização desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da empresa sem empregados, que terceiriza todas as suas atividades, eximindo-se, por absoluta liberalidade, de inúmeras responsabilidades sociais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias.

Portanto, em observância aos direitos e garantias previamente fixados na Constituição Federal, tem-se que a prática da terceirização absoluta advinda da lei 13.429/2017 colide frontalmente com os princípios e regras estabelecidos em benefício do trabalhador, sendo, nesse sentido, uma permissão inconstitucional.

### **DUMPING SOCIAL**

Em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, a relação de emprego deve ser balizada pelo princípio da boa-fé e, em face de um de seus sujeitos ser mais frágil, a este não pode ser afastada a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana como o núcleo das relações sociais e, por conseguinte, da relação de emprego.

É a partir desde enunciado e, se opondo a ele, que se constata o *dumping social* como um fenômeno que tem se firmado cada vez mais no atual modelo empresarial do lucro excessivo acima dos limites jurídicos da relação empregatícia. Noutras palavras, gradativamente esse modelo jurídico e social, contaminado pelas forças neoliberais, tenta normalizar o *dumping social* na forma de um eixo que sustente um sistema jurídico que legitime a inexistência de direitos humanos e sociais.

## Conceito

Sem direcionamento a outro idioma, a palavra *dumping*, advinda do verbo inglês *to dump*, traz a noção de jogar algo fora. Consiste na ideia de exportar o produto com preço inferior ao de venda no mercado interno do país que o exporta, com o objetivo de eliminar o concorrente, tornando-se assim, o dono do mercado. Atitude condenável, quando resulta em danos significativos à indústria do país importador (CASAGRANDE e ANTUNES, 2014). Ele poderá ocorrer quando duas condições forem simultâneas. Quando a indústria for imperfeitamente rival, de um jeito que as empresas fixem os preços em vez de obedecerem aos preços de mercado, e quando os mercados sejam segmentados, de um modo em que os moradores sejam impedidos de comprar os bens com a intenção de exportar (SILVA e BERNARDINELLI, 2015).

Conforme mencionado a palavra *dumping*, foi em primeira mão utilizada no Direito Comercial, para dar definição ao ato de vender ampla quantidade de produtos a um preço muito inferior do exercido pelo mercado. Já na área trabalhista a ideia é bem parecida. Os empregadores buscam extinguir a concorrência às custas dos direitos basilares dos trabalhadores. Assim, o *dumping social*, se caracteriza pelo comportamento de algumas empresas, que de forma consciente e repetida, transgridam os direitos dos empregados, com o intuito de alcançar vantagens financeiras e comerciais, por meio da concorrência desleal no mercado, em causa do pequeno custo da produção de bens e prestação de serviços (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2013).

Desta forma podemos expor o conceito de *Dumping Social* como uma ocorrência de gestão empresarial antijurídica, influenciada pela concorrência desleal e carência de boa-fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado

nacional ou internacional, provocando lesões e perdas não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, mas também às demais empresas do setor (SANTOS, 2015).

Nesta mesma linha de pensamento, o julgado abaixo conceitua de maneira clara o contexto do *dumping social* no contemporâneo cenário social:

EMENTA: 1. DUMPING SOCIAL. PRÁTICAS LESIVAS AOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA BUSCA DO PLENO EMPREGO. DANO DE NATUREZA COLETIVA CAUSADO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR DEVIDA. A figura do dumping social caracteriza-se pela prática da concorrência desleal, podendo causar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial à coletividade como um todo. No campo laboral o dumping social caracteriza-se pela ocorrência de transgressão deliberada, consciente e reiterada dos direitos sociais dos trabalhadores, provocando danos não só aos interesses individuais, como também aos interesses metaindividuais, isto é, aqueles pertencentes a toda a sociedade, pois tais práticas visam favorecer as empresas que delas lançam mão, em acintoso desrespeito à ordem jurídica trabalhista, afrontando os princípios da livre concorrência e da busca do pleno emprego, em detrimento das empresas cumpridoras da lei. Essa conduta, além de sujeitar o empregador à condenação de natureza individual decorrente de reclamação, por meio da qual o trabalhador lesado pleiteia o pagamento de todos os direitos trabalhistas desrespeitados, pode acarretar, também, uma sanção de natureza coletiva pelo dano causado à sociedade, com o objetivo de coibir a continuidade ou a reincidência de tal prática lesiva a todos os trabalhadores indistintamente considerados, pois é certo que tal lesão é de natureza difusa. Sentença mantida no particular. (TRT-18 - RO: 00016291220115180191 GO 0001629-12.2011.5.18.0191, Relator: ELVECIO MOURA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 03/09/2012, 3ª TURMA).

De acordo com Enoque Ribeiro dos Santos (2015), podemos dizer que o *dumping social* se mostra como um dano social, difuso e coletivo, porque afeta trabalhadores já aliciados e inseridos na exploração por empresas que o praticam e ao mesmo tempo os futuros trabalhadores que poderão vir

a ser contratados e ingressarem neste tipo de empreendimento, em situações de crise social ou de desemprego.

Os direitos sociais, portanto, não podem ser reduzidos a uma questão de custo. Não é próprio desse modelo de sociedade enxergar meramente saídas imediatistas de diminuição de custo de produção, pois isso significa quebrar o projeto de uma sociedade que estabelece um mínimo civilizatório e pôr outro projeto em seu lugar, um projeto extrativista do trabalho humano, ou seja, a desumanização do trabalho humano. É o caos da própria razão. Afinal, há muito se sabe: a soma da satisfação dos interesses particulares não é capaz de criar um projeto de sociedade (SOUTO MAIOR, MENDES e SEVERO, 2014).

Os motivos de ordem econômica não devem se sobrepor aos princípios jurídicos relativos aos direitos sociais, já que estes se assinalam como vitais para o valor do trabalho, a promoção do bem comum e a ascensão da condição humana. Assim, se as adequações jurídicas e econômicas não forem bastantes para garantir uma existência digna a todos, não se pode cogitar como recurso, o declínio do patamar civilizatório e o rebaixamento da dignidade de cada trabalhador (JUNQUEIRA DE ANDRADE, 2016).

### **O *dumping* social e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental da Constituição da República, em um nível de cláusula pétrea e que tem a vida como essência. Em suma, este princípio prevê tanto uma proteção individual em conexão ao Estado e aos outros indivíduos quanto uma responsabilidade fundamental de igualdade para com os próprios semelhantes, ou seja, os indivíduos devem respeitar a dignidade do outro, assim como o respeito a própria Constituição (MORAES, 2002).

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) relaciona *trabalho decente*, a partir da promoção de oportunidades para que ambos os sexos, considerando-o um trabalho produtivo e de qualidade em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade humana, sendo essas condições fundamentais para “a volta por cima” na pobreza, a diminuição das desigualdades sociais, o asseguramento da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

O *trabalho decente* é o ponto de partida para os quatro objetivos estratégicos da OIT, os quais são:

- i. O respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil);
- ii. A promoção do emprego produtivo e de qualidade;
- iii. A ampliação da proteção social;
- iv. E o fortalecimento do diálogo social;

Assim, o destaque à promoção de um trabalho considerado decente e que garanta a efetividade da dignidade da pessoa humana ao empregado, deve ser o objetivo máximo das políticas protecionistas, cujo referencial da lesão de direito não é apenas o sujeito que sofre o dano em um determinado contexto, mas, também, de forma simbólica a sociedade como um todo. Deste modo, toda a sociedade tem o dever de se atentar às inúmeras formas de exploração do trabalho humano como o principal desencadeador do desequilíbrio ao meio ambiente de trabalho (SILVA e BERNARDINELI, 2015).

Não obstante, como destaca Silva e Bernardineli (2015), a garantia “da livre iniciativa”, parte essencial na ordem econômica integrante da

Constituição Federal (art. 1, IV, CF/88<sup>7</sup> e Art. 170, *caput*<sup>8</sup>), não pode eliminar os direitos trabalhistas, eis que estes também são resguardados nos mesmos dispositivos constitucionais supra mencionados, como garantia fundamental do “valor social do trabalho”.

Para Filgueiras (2014), o aumento da superioridade empresarial sobre o empregado acaba diminuindo as chances de equilíbrio da relação de trabalho e o controle por meio da terceirização tende a ultrapassar as possibilidades de extração consideradas permissivas no atual quadro jurídico constitucional brasileiro.

Por outro lado, a incansável sede pelo lucro, cada vez mais desloca os investimentos empresariais em países que cedem mão-de-obra barata e supressão de mais direitos sociais, sempre em função do argumento do aprimoramento para a concorrência no mercado. Mas, o que se evidencia neste caso é o mascaramento do retrocesso dos direitos trabalhistas em favor do mito do mercado, ou seja, o mercado se apresenta como um imaginário de poderes ocultos, por assim dizer, de poderes imaginados, por isso, o seu grande poder.

Nesse sentido, para evidenciar a banalização da lei em favor do mercado, Vitor de Araújo Filgueiras (2014), expõe que:

Dos 10 maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos no Brasil em cada um dos últimos quatro anos (2010 a 2013), em 90% dos flagrantes os trabalhadores vitimados eram terceirizados, conforme dados obtidos a partir do total de ações do Departamento de Erradicação do Trabalho Escravo (Detrae) do Ministério do Trabalho e Emprego.

---

<sup>7</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

<sup>8</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

Conforme Filgueiras (2014), a adoção da terceirização pelas companhias ressalta a aptidão da máxima extração do trabalho e diminui a expectativa de atuação de quem poderia determinar limites a este processo. E é exatamente nessa escassez que aproxima a relação entre o trabalho análogo ao de escravo e a terceirização.

Desta maneira, toda a sociedade se mostra uma vítima dos efeitos negativos causados pelo *dumping social*, instituto que afronta não só os direitos obtidos ao longo da história, mas a própria história do desenvolvimento civilizatório, que no curso dos tempos revelou um programa de superação da tirania e da barbárie.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fundamento da democracia é pautado no ser humano em relação a outrem e é daí que se abstrai a sua finalidade, sendo a dignidade da pessoa humana o centro referencial deste regime político.

O regime democrático, conforme Cármen Lúcia Antunes da Rocha (1999), deve buscar como finalidade a concretização de políticas públicas ideal para a conveniência de todos que fazem parte da “família humana”, respeitando sua individualidade, mas também em favor da coletividade.

A dignidade da pessoa humana vai além de ser apenas um princípio fundamental da democracia, mas, também, um valor considerado o fundador das políticas organizacionais sociais, que revelam a razão existencial do Estado.

Neste mesmo sentido tratando da dignidade da pessoa humana na esfera trabalhista, conforme já citado anteriormente, o trabalho é tratado

como um direito fundamental pela Constituição Federal (art. 6º, caput)<sup>9</sup>. E este direito não tem vida sem que todos os outros direitos sociais, fiquem completamente afetados em sua existência e, ainda, em sua eficácia (ROCHA, 1999).

Desta forma, o valor social do trabalho estabelecido pela Carta Magna de 1988 tem como fundamento do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e IV)<sup>10</sup>, formando-se assim a indispensabilidade da atuação do Poder Público para assegurar o cumprimento destes princípios fundamentais.

A condição do homem trabalhador e o trabalho afirmam o dever do extermínio definitivo do papel do escravo, passando o homem a ser visto como o sujeito que produz e não como um ser reificado que se torna imprescrutável após o seu uso.

O *dumping social* obviamente incentiva o descumprimento dos direitos sociais, desviando a importância central do objeto do trabalho na sociedade, causando a rarefação da função social do contrato de trabalho, cuja finalidade é à dignificação do ser humano. Desta forma, a catástrofe social, tanto do *dumping social* como da *terceirização irrestrita*, precisa ser enfrentada por meio da efetivação dos direitos sociais e da conscientização social. Pois, não é justo que, em nome do lucro exacerbante e da redução do custo trabalho a qualquer preço se construa um pretexto legítimo para prejudicar

---

<sup>9</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>10</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

o combalido trabalhador, para deixá-lo à margem, à míngua de uma vida integrada a um lugar que aprendemos a chamar de sociedade.

Sob essa perspectiva, o que se deve esperar do Estado é a não banalização de conceitos relacionados aos direitos fundamentais e aos direitos sociais, dado que às oportunidades políticas podem induzir o engenho de leis que agradem interesses ilegítimos. Nesse passo, emprestando a chamada à consciência de Souto Maior (2014), repetimos que as leis que fixam os direitos sociais são protegidas pelas cláusulas pétreas, para garantir a segurança da ação cáustica do legislador reformista.

Assim, é necessário que se tenha em foco a urgência de se garantir a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente, da dignidade da pessoa humana, cujo percurso é insólito, o percurso constitucional dos direitos sociais. Todavia, em face das práticas abusivas nas formas de contratação e exploração do trabalho, se faz necessário a luta da sociedade em geral, já que tais questões não atingem o indivíduo por si só; noutras palavras, tais malefícios atingem o *bem comum* fundado no art. 5º da LINDB<sup>11</sup> e, por assim dizer, nada é mais “bem” e nada é mais “comum” que a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, [Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 26 de agosto de 2017.

BRENDA, Laura. **Terceirização**: Um disfarce que precariza, adocece e mata. Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. /Coordenadores Jorge Luiz Souto Maior, Valdete Souto Severo. – 1.ed.-São Paulo: Expressão Popular, 2017.

---

<sup>11</sup> Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

CASAGRANDE, Lilian Patrícia; ANTUNES, Tereza Cristina Meurer. **O Dumping Social e a Proteção aos Direitos Sociais dos Trabalhadores**. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50527/38307>> Acesso em 20 out. 2017.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização: moendo e matando trabalhadores** – Grijalbo Fernandes Coutinho – Precarização e terceirização: Faces da mesma realidade/Maeilane Oliveira Teixeira, Helio Rodrigues, Elaine d’Avila Coelho (orgs.). – São Paulo: Sindicato dos Químicos – SP 2016.

DANTAS, Geraldo da Silva. **Fundamentos da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13215](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13215)>. Acesso em: 07 maio. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho/Mauricio Godinho Delgado**. – 14. Ed. – São Paulo: LTr, 2015.

DUARTE, Camila Rufato. **Dumping social e flexibilização dos direitos trabalhistas: a dignidade da pessoa humana como balizadora dos institutos**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dumping-social-e-flexibiliza%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-trabalhistas-dignidade-da-pessoa-humana-como>> Acesso em 18 out. de 2018.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/>> Acesso em 10 de ago. de 2018.

GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim; DUTRA, Lincoln Zub. **Impactos do dumping social na ordem econômica e ao valor social do trabalho. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

GOMES, Denis Marcelo Camargo. **A lei 13.429/17 - A possibilidade de terceirização da atividade-fim é fato?** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260248,61044-A+lei+1342917+A+possibilidade+de+terceirizacao+da+atividadefim+e+fato>> Acesso em 22 de agosto de 2018.

JUNQUEIRA DE ANDRADE, Renata Prince. **A dignidade humana nas relações de trabalho** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16496](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16496)> Acesso em 24 de maio de 2018.

MADEIRO, Carlos. **Terceirizados trabalham 3h a mais e ganham 25% menos, aponta estudo da CUT** <<https://economia.uol.com.br/empregos-e>

carreiras/noticias/redacao/2015/04/09/terceirizados-trabalham-3h-a-mais-e-ganham-25-menos-aponta-estudo-da-cut.htm> Acesso em: 30 maio. 2018.

MAIA, Leonardo da Matta. **A Inconstitucionalidade da terceirização de atividade-fim decorrente da lei nº 13.429/2017.** Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18860/1/2017\\_LeonardodaMatta-Maia.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18860/1/2017_LeonardodaMatta-Maia.pdf)> Acesso em 22 de agosto de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364.

**ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.** Trabalho decente. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>> Acesso em 16 maio. 2018.

PEREIRA, Luciana Francisco. **A dignidade do trabalho e os direitos sociais constitucionais trabalhistas frente à mão-de-obra escrava.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5069](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5069)> Acesso em 24 maio. 2018.

PRADO, Amanda Lopes do. SILVA, Gabrieli Lima da. DUTRA, Lincoln Zub. **Dumping social em face à dignidade da pessoa humana e ao valor ao trabalho.** Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/viewFile/915/891>> Acesso em 12 ago. de 2018.

**REDE BRASIL ATUAL.** 2017. Dieese: terceirização reduz salários e reforça desigualdade. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2017/03/dieese-terceirizacao-reduz-salario-e-aumenta-rotatividade-e-desigualdade>> Acesso em: 15 dez. 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** 1999. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29/30>> Acesso em: 21 ago. de 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Dumping Social nas Relações de trabalho, formas de combate. **Revista eletrônica – Tribunal Regional Do Trabalho da 23ª Região** – Disponível em: <[www4.trt23.jus.br/revista/content/o-dumping-social-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-trabalho-formas-de-combate](http://www4.trt23.jus.br/revista/content/o-dumping-social-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-trabalho-formas-de-combate)> Acesso em 18 de out. 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)> Acesso em: 19 de maio de 2018.

SILVA, Leda Maria Messias da; BERNARDINELLI, Muriana Carrilho. **Dumping social, terceirização e os direitos de personalidade nas relações de emprego.** Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1789/1701>> Acesso em: 18 de out. 2017.

SILVA, Leda Maria Messias da; NOVAES, Milaine Akahoshi. **Dumping Social e Dignidade do Trabalhador no Meio Ambiente de Trabalho: propostas para a Redução da Precarização - Dumping Social. Revista eletrônica – Tribunal Regional Do trabalho da 9ª Região - V4. – n.43 – Agosto de 2015.** Disponível em: <[https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/26597/mod\\_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28AGO%202015%20-%20n%C2%BA%2043%20-%20Dumping%20Social%29.pdf](https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/26597/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28AGO%202015%20-%20n%C2%BA%2043%20-%20Dumping%20Social%29.pdf)> Acesso em 18 de out. 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A terceirização sob uma perspectiva humanista. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v.70, p.119 - 129, 2004.**

\_\_\_\_\_. 2015. **PL 4.330/04: maldade explícita e ilusão.** Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/06/pl-4-33094-maldade-explícita-e-ilusao/>> Acesso em 14 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Dumping Social nas relações de trabalho/** Jorge Luiz Souto Maior, Ranúlio Mendes, Valdete Souto Severo. 2ª ed. – São Paulo: LTr, 2014.

\_\_\_\_\_. 2015. **[Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento](http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-de-sabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/)**. Disponível em <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-de-sabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>> Acesso em: 25 maio. 2018.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** STF recebe nova ADI contra Lei da Terceirização. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341920&caixaBusca=N>> Acesso em 22 de agosto de 2018

**Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região TRT-18 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA:** RO 00016291220115180191 GO 0001629-12.2011.5.18.0191. Disponível em: <<https://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/208237372/recurso-ordinario-trabalhista-ro-16291220115180191-go-0001629-1220115180191/inteiro-teor-208237382?ref=serp>> Acesso em: 30 abr. 2018.

**TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.** Dumping social - indenização deve ser requerida pelo ofendido. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido)> Acesso em: 26 out. de 2017.

# A ANÁLISE DOS EFEITOS PRÁTICOS DA SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO AO USUFRUTO NA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO

Danilo César Siviero Ripoli<sup>1</sup> & Simone Cristina Ceron Ripoli<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo procurou analisar, a partir de um levantamento bibliográfico, os efeitos práticos da sub-rogação do direito ao usufruto na indenização decorrente de desapropriação. O assunto é de grande importância no campo científico, principalmente para auxiliar advogados, juízes, membros do Ministério Público e outros profissionais do Direito quanto à sub-rogação tratada no art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 e art. 1.409 do Código Civil, considerando que embora o texto legislativo seja claro em determinar que em caso de desapropriação de bem gravado de usufruto, este direito se sub-rogará no preço da justa indenização a ser paga pelo desapropriante, no entanto, não especificou como se dará tal sub-rogação no campo prático. Foram discutidas as seguintes possibilidades para implementação de tal sub-rogação: a) uma parte da indenização paga pela desapropriação deve ser concedida ao usufrutuário; b) o valor da indenização deve ser repassado ao usufrutuário, que terá direito aos frutos provenientes da indenização e c) com o valor da indenização deve ser adquirido um bem semelhante ao desapropriado na qual será gravado com as cláusulas de usufruto em favor do

---

<sup>1</sup> Prof. Me. Danilo César Siviero Ripoli. Procurador do Município de Sabino-SP. Professor do Unisalesiano Lins. [danilo@unisalesiano.edu.br](mailto:danilo@unisalesiano.edu.br)

<sup>2</sup> Simone Cristina Ceron Ripoli. Graduada em Direito e Administração. Advogada. [sicceron@hotmail.com](mailto:sicceron@hotmail.com)

usufrutuário. Para tanto, no artigo foram tratados de forma preliminar, alguns conceitos básicos sobre os dois institutos em questão, ou seja, usufruto e desapropriação, cujas compreensões serão necessárias para o entendimento da questão realmente posta em discussão.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo teve o propósito de realizar o levantamento bibliográfico sobre a existência de uma celeuma quanto aos efeitos práticos da sub-rogação do direito ao usufruto prevista nos art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 e art. 1.409 do Código Civil, ou seja, quanto ao direito do usufrutuário cujo bem foi desapropriado.

O usufruto trata-se de expediente jurídico recorrente no cotidiano brasileiro, principalmente nas relações familiares, com função muitas das vezes de assegurar a subsistência do usufrutuário, onde se concede o uso e gozo de um bem. Quem nunca soube de certa situação de que os pais, já na velhice, doaram imóvel aos filhos e reservaram o usufruto vitalício para a sua residência e/ou sobrevivência?

Por outro lado, a desapropriação de bens pela Administração Pública e pelas empresas que detém concessões públicas também é ação muito utilizada em nosso país, para que possam atingir o interesse público.

Ocorre que em muitos casos, o bem desapropriado está gravado com o usufruto. Neste ponto, a legislação vigente é clara que o direito ao usufruto não se extingue com a desapropriação, mas se sub-roga no preço da indenização a ser paga.

Inicialmente foram destacados os atributos do direito de propriedade, o usufruto como um dos direitos reais de gozo, ocasião em que foi dado o conceito de tal instituto civilista e a sua previsão legislativa dentro do Código Civil.

Em seguida, o trabalho trata do que pode ser objeto de usufruto e suas espécies. Nesta seara foram tratados os direitos e deveres do usufrutuário, bem como a extinção do usufruto.

No campo da desapropriação, o artigo traz o seu conceito, a previsão constitucional e os pressupostos constitucionais para que transferência

do bem ocorra. Relativamente à desapropriação, o artigo tratou da indenização a ser paga pela realização da desapropriação, ressaltando suas características, conforme previsão expressa no texto constitucional.

Para finalizar os estudos, foi realizado um levantamento bibliográfico sobre os aspectos práticos de tal sub-rogação, já que não existe um posicionamento unívoco como a mesma se dará, o que poder causar certo prejuízo ao usufrutuário que tem no usufruto, muito das vezes, garantia de subsistência.

## **O USUFRUTO**

### **Conceito**

O art. 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2002) enuncia que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. O proprietário pode dispor da coisa, tendo apenas que se sujeitar as limitações de interesse da coletividade.

Poderá haver situações em que o proprietário não concentra todos os atributos da propriedade previstos no dispositivo legal acima. É o caso dos direitos reais de gozo e fruição, que segundo os ensinamentos de Tartuce (2017), “como o próprio nome indica, transmitem-se a outrem os atributos de gozar ou fruir a coisa, com maior ou menor amplitude”.

Os direitos reais de gozo ou fruição estão enumerados no art. 1.225 do Código Civil (BRASIL, 2002): a) a superfície (inciso II); b) as servidões (inciso III); c) o usufruto (inciso IV); d) o uso (inciso V); e) a habitação (inciso VI); f) a concessão de uso especial para fins de moradia (inciso XI) e g) a concessão de direito real de uso (inciso XII).

No presente artigo, interessa estudar o usufruto, que segundo lições de Fábio Ulhoa Coelho (2013) “é o direito real que transfere à titularidade de uma pessoa (usufrutuário) o direito de possuir, usar e fruir coisa de propriedade de outra (proprietário ou nu-proprietário)”.

A propósito, na divisão de atributos da coisa entre usufrutuário e nu-proprietário, ensina a doutrina de forma didática:

Como primeira parte, há o usufrutuário que, como o próprio nome já diz, tem os atributos de usar (ou utilizar) e fruir (ou gozar) a coisa – GU. Repise-se que esses são os atributos diretos, que formam o domínio útil. Diante do fracionamento dos atributos da propriedade, o usufrutuário mantém a posse direta sobre o bem, tendo o contato corpóreo imediato.

A outra parte é o nu-proprietário, que tem os atributos de reivindicar (ou buscar) e dispor (ou alienar) a coisa – RD. É assim chamado justamente por estar despido dos atributos diretos, relativos ao domínio útil, que estão com o usufrutuário. Tem a posse indireta ou imediata da coisa, diante do exercício do direito real (TARTUCE, 2017).

Dessa forma, alguns poderes sobre a propriedade pertinentes ao proprietário são transferidos para o usufrutuário. Do proprietário é retirado o direito de perceber os frutos e utilidades, porém não perde seu direito de proprietário (DINIZ, 2010).

Assim, na sua relação com o bem, o usufrutuário poderá transformá-lo e retirar os frutos que ele produzir, suas utilidades, mas nunca terá o direito de propriedade. Nas palavras de Gonçalves (2017), “o usufruto é o direito real de retirar da coisa alheia durante um certo período de tempo, mais ou menos longo, as utilidades e proveitos que ela encerra, sem alterar-lhe a substância ou mudar-lhe o destino”.

Por derradeiro, vale destacar que embora haja semelhanças entre o usufruto e a locação, ambos não se confundem já que o usufruto é direito real e a locação, contrato. Ademais, acrescenta-se que:

o primeiro gera efeitos *erga omnes*, o segundo efeito *inter partes*, em regra. O usufruto é extinto com a morte do usufrutuário, o que não ocorre na locação, em regra, no caso de falecimento do locatário. Por fim, o usufruto pode ser gratuito ou oneroso; a locação é sempre onerosa (TARTUCE, 2017).

## O objeto do usufruto

O usufruto como sendo o direito da pessoa fruir das utilidades e dos frutos de uma coisa, tem como objeto bens móveis ou imóveis, fungível ou infungível.

Dispõe o artigo 1.390 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “o usufruto pode recair em um ou mais bens móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe no todo ou em parte, os frutos e utilidades”.

Neste particular, leciona Gonçalves (2017):

O usufruto tem, assim, um campo de incidência bastante amplo, recaindo sobre bens móveis ou imóveis individualmente considerados, sejam corpóreos ou incorpóreos, seja um patrimônio todo inteiro ou parte dele, abrangendo-lhe no todo ou em parte os frutos e utilidades.

(...).

Desse modo, se se trata de imóvel agrícola, o usufruto abrange, além da sede, lavoura, animais, pertencas etc.; se se cuida de imóvel residencial, o usufrutuário tem direito a desfrutar amplamente de todas as suas utilidades, como quintal, jardim, piscina, churrasqueira etc. Alcança, enfim, o que lhe é integrante e o que, por disposição da lei e vontade do proprietário, é acessório.

Segundo ensina Fábio Ulhoa Coelho (2013) os títulos de crédito, ou qualquer outro direito que tenham a natureza de bens móveis também podem ser usufruídos, ficando o usufrutuário com os rendimentos e o principal com a devida correção com o proprietário.

Quanto ao usufruto de imóveis, enuncia o art. 1.391 do Código Civil (BRASIL, 2002) que este dependerá de registro no Cartório de Registro de Imóveis quando não resultar de usucapião.

### **Espécies de usufruto**

As espécies de usufruto são classificadas quanto à origem ou modo de constituição; quanto à duração; quanto ao objeto e quanto à extensão.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017), o usufruto quanto à origem poderá ser legal quando for instituído por lei, ou convencional quando resultar de um negócio jurídico. No caso do convencional, o usufruto pode ser constituído de formal bilateral e *inter vivos*, a exemplo do contrato, geralmente em forma de doação, como também unilateral e *causa mortis*, a exemplo do usufruto instituído através de testamento.

Quanto a sua duração pode ser temporário, isto é, com prazo de duração certo, extinguindo-se o direito quando se consuma o termo ou vitalício que terá sua vigência até a morte do usufrutuário (GONÇALVES, 2017). Geralmente, o direito é vitalício.

Com relação ao objeto divide-se em próprio que recai sobre coisa infungível e o impróprio que recaem sobre bens consumíveis ou fungíveis, devendo o usufrutuário restituir ao proprietário, coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade (LISBOA, 2013).

Quanto a sua extensão pode ser universal e particular, pleno e restrito:

Universal é o usufruto que recai sobre uma universalidade de bens, como a herança, o patrimônio, o fundo de comércio, ou parte alíquota desses valores; particular é o que incide sobre determinado objeto, como uma casa, uma fazenda etc.

Pleno é o usufruto que compreende todos os frutos e utilidades que a coisa produz, sem exclusão de nenhum; restrito é o que

restringe o gozo da coisa a alguma de suas utilidades (GONÇALVES, 2017).

## **Direitos do usufrutuário**

O usufrutuário detém direitos e deveres que em regra estão expressos no ato que instituiu o usufruto.

Dispõe o artigo 1.394 do Código Civil (BRASIL, 2002) que o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos. Constituem o mínimo dos direitos assegurados ao usufrutuário, nada impedindo que no ato constitutivo do usufruto, os direitos sejam ampliados (GONÇALVES, 2017).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2010) ensina que “o usufrutuário tem por um determinado período o direito de perceber a utilidade e frutos do bem alheio, bem como o uso e gozo da coisa, ficando o proprietário somente com a nua propriedade”.

Considerando que sua o usufrutuário detém a posse direta do bem, pode ser valer dos interditos possessórios (manutenção e reintegração) e interdito proibitório, seja para defendê-la ou recuperá-la (NADER, 2016).

O uso e gozo da coisa devem ser entendidos como toda espécie de fruição. No entanto, afirma Caio Mário da Silva Pereira (2017) que “deve ser fundamentalmente perquirida no título, que será respeitado, no que contiver de abrangente ou de restritivo”.

No que concerne ao direito de administração do bem, o usufrutuário não tem o direito de exercer atos jurídicos ligados à disposição do objeto (SILVA, 2017). Pode o usufrutuário quanto ao bem, arrendá-lo, habitá-lo, emprestá-lo e cultivá-lo (GONÇALVES, 2017).

O usufrutuário poderá gozar da coisa, colher ou perceber os frutos naturais ou civis, a partir do início do usufruto.

Segundo o artigo 1.396 do Código Civil, salvo direito adquirido por outrem, os frutos naturais pendentes ao tempo do início do usufruto poderá ser colhido pelo usufrutuário sem precisar pagar ao proprietário. No término do usufruto, os frutos pendentes serão do proprietário (ULHOA, 2013).

Frutos naturais “são os que desenvolvem e se renovam periodicamente, em virtude da força orgânica da própria natureza, como as frutas das árvores, os vegetais, as crias dos animais etc” (GONÇALVES, 2017). Como exemplos de frutos civis, podem ser dados os aluguéis e os juros, pois são rendimentos produzidos pelo bem, em virtude de sua utilização por pessoa que não seja o proprietário (GONÇALVES, 2017).

### **Dos deveres do usufrutuário**

Os deveres do usufrutuário são regulados pelos artigos 1.400 a 1.409 do Código Civil (BRASIL, 2002) e podem ser anteriores, simultâneas e posteriores ao usufruto.

O art. 1.400 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe como obrigações anteriores ao usufruto, inventariar os bens que receber, discriminando o estado em que o bem se encontram, bem como dar caução de lhes velar pela conservação e entregá-los findo o usufruto.

O inventário permite ao final do usufruto que seja verificado se o que foi recebido está sendo restituído. A caução não é obrigatória, somente se o proprietário exigir e tem como finalidade garantir a restituição do objeto do usufruto, bem como, eventuais perdas e danos em decorrência do gozo abusivo pelo usufrutuário (GONÇALVES, 2017).

As obrigações simultâneas são aquelas que deverão ser observadas durante o usufruto: conservar a coisa, fazer reparações ordinárias e pagar certas contribuições.

Segundo disposto no art. 1.402 do Código Civil (BRASIL, 2002), o usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto.

Maria Helena Diniz (2010) acrescenta aos deveres, gozar da coisa frutuária, com moderação; conservar a destinação que lhe deu o proprietário; definir a coisa usufruída; evitar o perecimento de servidões ativas e obstar que se criem servidões passivas e abster-se de tudo que possa danificar o bem frutuário.

Como obrigações posteriores, ou seja, aquelas em consequência da extinção do usufruto citam-se restituir o bem usufruído, no estado em que consta no inventário feito como obrigação anterior e pagar os juros dos débitos que onerem o patrimônio ou parte dele (DINIZ, 2010).

### **Extinção do usufruto**

Sendo o usufruto um direito real sobre a coisa alheia por determinado tempo, o Código Civil (BRASIL, 2002) elenca no seu artigo 1.410 os modos de extinção de tal direito.

A primeira forma de extinção se dá pela renúncia ou morte do usufrutuário. Se o usufrutuário venha a falecer antes do vencimento do prazo do usufruto, esse não passa para os herdeiros, extingue-se (VENOSA, 2013). Se forem mais de um usufrutuário, o usufruto extingue-se somente em relação ao que faleceu observado o disposto na parte final do art. 1.411 do Código Civil (BRASIL, 2002). Vale lembrar que não há sucessão em usufruto (GONÇALVES, 2017).

Se o usufrutuário for pessoa jurídica, o prazo de duração é de até trinta anos (art. 1.410, III do Código Civil). Se a pessoa jurídica for extinta antes do término do prazo fixado, o usufruto também se extingue.

O artigo 1.410, II da legislação civilista (BRASIL, 2002), estabelece que a duração do usufruto possa ser determinada no seu ato constitutivo, passado esse período o usufruto se extinguirá.

Outra forma de extinção é pela cessação do motivo de que se origina (art. 1.410, IV do Código Civil), que pode ser “pio, moral, artístico, científico etc” (GONÇALVES, 2017).

Quando a coisa não sendo fungível for destruída, haverá a extinção do usufruto, conforme preceitua o inciso V do art. 1.410 do Código Civil (BRASIL, 2002), pois se não tem mais a coisa, também não haverá usufruto. Se a destruição for parcial e o bem perder suas utilidades, não sendo útil ao que se destina, o usufruto também será extinto (DINIZ, 2010).

Extingue-se o usufruto também quando as qualidades de usufrutuário e proprietário estão na mesma pessoa, como por exemplo, o usufrutuário adquire a coisa (GONÇALVES, 2017).

O inciso VII do art. 1.410 do Código Civil (BRASIL, 2002) enuncia que ocorre a extinção do usufruto por culpa do usufrutuário, que não cumpre o seu dever de cuidar do bem.

O usufruto também se extingue quando o usufrutuário não utiliza ou não frui a coisa, ou pelo abandono (art. 1.410, VIII).

A desapropriação não é modo de extinção do usufruto, já que o direito do usufrutuário se sub-roga no preço (art. 1.409). Tal questão será tratada em momento próprio.

## A DESAPROPRIAÇÃO

### Conceito e noções gerais

Entre as garantias trazidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) está o direito de propriedade (art. 5º, XXII), dando ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Entretanto, esta garantia vem sofrendo limitações ao longo do tempo, sendo cada vez maior a necessidade de restringir a liberdade individual em detrimento da coletividade.

Uma das formas de limitação dessa liberdade é a retirada da propriedade através da desapropriação. A própria Constituição Federal (art. 5º, XXIV) outorgou ao Estado o direito de intervir na propriedade, desapropriando-a, desde que motivada na necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos no próprio texto constitucional.

Para o doutrinador José Carlos de Moraes Salles (2002), “desapropriar é privar alguém de sua propriedade”. Segundo Nakamura (2013), o conceito de desapropriação revela como sendo “o procedimento pelo qual o Poder Público ou legitimado pela lei retira um bem da propriedade de alguém mediante o pagamento de justa e prévia indenização, desde que presentes a necessidade pública, utilidade pública ou interesse social”.

O Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941) que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, revela que todos os bens podem ser desapropriados, ou seja, coisas móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas, públicas ou privadas, incluindo o espaço aéreo e o subsolo. Neste ponto, Harada (2005) ensina que podem ser desapropriados, desde que necessários para atingir uma finalidade de interesse público, “os bens móveis e imóveis, os direitos autorais (aspecto patrimonial), os privilégios de invenção, os

semoventes, as ações de sociedades anônimas, os arquivos e documentos de valor artístico ou histórico”.

Os bens passíveis de desapropriação segundo artigo 2º do Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941), são aqueles que visam a atender a utilidade pública, não podendo esquecer os que atendam a necessidade pública e o interesse social.

A desapropriação é um ato motivado pela necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social em que o Estado obriga o proprietário do bem a transferi-lo mediante pagamento de indenização (CRETELLA JÚNIOR, 1998).

Para a execução de obras e serviços públicos, muita das vezes o Poder Público se vê obrigado a adquirir bens privados ou mesmo público de entidade de grau inferior, utilizando, desta maneira, da desapropriação, como instrumento capaz de realizar a transferência compulsória da propriedade para o Poder Público.

A competência para declarar a necessidade pública, utilidade pública ou interesse social é da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e territórios, conforme artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41 (BRASIL, 1941).

Contudo a regra do artigo acima é excepcionada pelo fato de também poder declarar os pressupostos da desapropriação a ANEEL – Agencia Nacional de Energia Elétrica e o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

Conforme artigo 10 da Lei nº. 9.074/95 (BRASIL, 1995), a ANEEL – Agencia Nacional de Energia Elétrica, pode declarar utilidade pública, necessidade pública e interesse social para desapropriação de áreas necessárias a instalação de concessionários e permissionários de energia elétrica. No mesmo sentido, ao DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes o artigo 82, IX da Lei nº. 10.233/2001 (BRASIL, 2001) deu a

competência para declarar a utilidade pública de bens e propriedades a serem desapropriados para implantação do Sistema Federal de Viação.

Por outro lado, a competência para executar os atos que transformarão a propriedade privada em um bem público, de acordo o artigo 3º do Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941) será dos entes federativos, dos concessionários de serviço público, dos estabelecimentos de caráter público e dos entes da administração indireta que possuem interesse na transferência da propriedade do bem. A propósito, exemplifica Harada (2005) que no âmbito do Governo do Estado de São Paulo podem executar a desapropriação, entre outras, as entidades do Metrô, Sabesp, CDHU etc.

A desapropriação é um modo originário de aquisição de propriedade, não guardando qualquer vínculo com o título anterior. Não há sucessões de proprietários e não se filia à legitimidade de títulos anteriores, não se considera vícios anteriores da propriedade porque não existe titular anterior (NAKAMURA, 2013).

### **Pressupostos constitucionais da desapropriação**

São pressupostos constitucionais da desapropriação, previstos no artigo 5º, XXIV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a necessidade pública, utilidade pública e o interesse social, sendo legítima a sua realização somente quando presentes tais pressupostos.

Esses pressupostos foram diferenciados com maestria por José Carlos de Moraes Salles, que dedicou uma obra à respeito do tema da desapropriação (2000):

a necessidade pública surge quando a Administração pública se depara com situações de emergência, que para serem sanadas exigem a transferência da propriedade de terceiros para seu

domínio tendo seu uso imediato. A utilidade pública ocorre quando a transferência do bem é conveniente e vantajosa ao interesse da coletividade. O interesse social é motivado pela destinação da propriedade para soluções sociais.

Os casos de necessidade pública para fins de desapropriação estão previstos no Decreto-lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941), a exemplo da segurança nacional, defesa do Estado e socorro público (art. 5º, a, b e c), não obstante estarem indicados no texto legal como sendo casos de utilidade pública.

No que se refere ao pressuposto da utilidade pública “existe quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui imperativo irremovível” (SALLES, 2000).

A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social (art. 1º da Lei nº. 4.132/62). Ensina Alexandre Mazza (2014) que “são fundadas no interesse social as desapropriações para política urbana (art. 184, § 4º, III, da CF) e para reforma agrária (art. 184 da CF), sendo que a indenização não é paga em dinheiro, mas em títulos públicos”.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) confere a cada um dos entes da Federação a incumbência de definir a função social da propriedade urbana, sendo que tudo dependerá dos problemas e necessidades de cada ente, que variam de um para o outro (HARADA, 2005).

Cumpra a função social a propriedade rural que tiver aproveitamento racional e adequado, preservar o meio ambiente, realizar o uso adequado dos recursos naturais, observar as leis do trabalho, explorar de forma a favorecer o bem-estar dos proprietários e trabalhadores (CF, art. 186, I a IV).

Para melhor entender a função social da propriedade necessário se faz transcrever os ensinamentos de Nakamura (2013):

além da colocação do bem para a produção de riquezas para seus proprietários, exige-se, ainda, que seu uso tenha como objetivo a justiça social, isto é, uma sociedade mais justa e igualitária, sendo a propriedade uma oportunidade de ampliação das oportunidades de todos, realizando o desenvolvimento nacional e redução das desigualdades.

### **A indenização a ser paga em decorrência da desapropriação**

O texto constitucional (art. 5º, XXIV) garantiu que a desapropriação se dará mediante o pagamento prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição Federal. As únicas formas de desapropriação sem qualquer tipo de indenização é aquela de terras onde se localizam as culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo (art. 243 da Constituição Federal).

Com a desapropriação, é necessário que o patrimônio do proprietário seja recomposto com a garantia que corresponda ao que lhe foi retirado. Nem mais e nem menos, para que a desapropriação não seja instrumento de enriquecimento e nem de empobrecimento tanto do proprietário ou de quem está promovendo a desapropriação (SALLES, 2000).

Para Di Pietro (2011), “a indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e privado”.

Como já dito, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) confere ao Estado o direito de desapropriar, estabelecendo como condição para a desapropriação o pagamento da indenização prévia e justa.

Estabelecer que o pagamento seja justo e prévio tem como finalidade garantir ao indivíduo o seu direito de propriedade contra todos do poder público (NAKAMURA, 2013).

A indenização prévia “significa que deve ser ultimada antes da consumação da transferência do bem” (CARVALHO FILHO, 2017). Segundo o

Procurador do Estado Nakamura (2013), “a previedade é em relação à transcrição do título e em relação ao mandado de imissão, provisória ou definitiva, que o juiz não deve expedir antes de efetivado o pagamento ou depositada a quantia” e “resulta da necessidade de repor o patrimônio do expropriado antes da perda definitiva da propriedade, como forma de evitar que o cidadão fique por algum lapso temporal privado da propriedade e da indenização” (NAKAMURA, 2013).

O conceito de indenização justa foi bem delineado por Hely Lopes Meirelles (2002):

A indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento da indenização; (...). A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária.

Efetuada o pagamento da indenização, será expedido em favor do expropriante o mandado de imissão de posse.

Por final, vale lembrar que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) admite duas modalidades de desapropriações onde o pagamento não será prévio e em dinheiro. A primeira modalidade, trata-se da desapropriação urbanística sancionatória que mediante lei específica pode exigir do proprietário de solo em área incluída no Plano Diretor promova seu adequado aproveitamento, sob pena de desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos (art. 182, §4º, III). A segunda está na desapropriação sanção, nos casos de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, com pagamento mediante

títulos da dívida agrária, podendo ser resgatados em até vinte anos, e somente a partir do segundo ano de sua emissão (art. 184).

## **A DESAPROPRIAÇÃO DE BEM ONERADO POR USUFRUTO**

O objeto do presente artigo é estudar a solução a ser dada ao direito do usufrutuário em caso de desapropriação de bem onerado por usufruto. Verifica-se que na doutrina e na jurisprudência, não há um consenso à respeito.

Primeiro ponto que deve ser considerado, que a desapropriação de bem em tal situação, ou seja, onerado pelo usufruto, não é causa de extinção de usufruto. Por força do art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941) e art. 1.409 do Código Civil (BRASIL, 2002) fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização a ser paga, se ele for desapropriado. Portanto, o direito de usufruto fica sub-rogado na indenização a ser paga, liberando o bem desapropriado de tal ônus.

Como já dito, não há um consenso na doutrina e jurisprudência, de como ficará a situação do usufrutuário, ou como dito por Salles (2002), “como se darão, na prática, os efeitos dessa sub-rogação”. Antecipando as soluções existentes, verificam-se os seguintes posicionamentos: a) uma parte da indenização paga pela desapropriação deve ser concedida ao usufrutuário; b) o valor da indenização deve ser repassado ao usufrutuário, que terá direito aos frutos provenientes da indenização e c) com o valor da indenização deve ser adquirido um bem semelhante ao desapropriado na qual será gravado com as cláusulas de usufruto em favor do usufrutuário original.

Analisando a doutrina, é primordial trazer à baila os ensinamentos de Salles (2002) que praticamente resume os entendimentos doutrinários existentes:

Ora, se o direito de usufruto persiste, como deverá ser exercitado, na prática?

Seabra Fagundes entende que o nu-proprietário e o usufrutuário exercem, ambos, os seus direitos sobre a indenização: o primeiro é o dono da quantia e o segundo percebe os rendimentos.

Caio Mário da Silva Pereira, citando a lição de Planiol, Ripert e Boulanger, defende entendimento semelhante, acrescentando, apenas, que o usufrutuário há de prestar caução ao nu-proprietário. São suas as palavras: “Ocorrendo a desapropriação da coisa usufruída, entendem alguns que o preço deve ser entregue ao usufrutuário para que frua os rendimentos pelo tempo do seu direito, sujeito todavia a dar ao nu-proprietário caução que lhe garanta a restituição”.

Sem embargo da solução proposta por aqueles eminentes juristas, que reconhecemos viável, parece-nos que melhor seria atendida a situação do usufrutuário e do nu-proprietário se a lei houvesse previsto o emprego da indenização, decorrente da expropriação, na aquisição de outro bem, semelhante ao expropriado e do mesmo valor, para o qual seriam transferidos os direitos de usufrutos afetados pela desapropriação. De *lege ferenda*, parece-nos que essa será a solução mais consentânea com os interesses em jogo em tais situações.

Todavia, apesar do silêncio da lei, não vemos impedimento a uma composição amigável entre nu-proprietário e usufrutuário, objetivando a aquisição de novo bem, sobre o qual incidirão os direitos do usufruto atingindo pela desapropriação.

Reconhecemos, entretanto, a insuficiência dessa solução para a generalidade dos casos, uma vez que situações ocorrem em que a expropriação é parcial, não permitindo a aplicação do critério acima preconizado. Nessas hipóteses, mais adequada será a solução sugerida por Seabra Fagundes e Caio Mário da Silva Pereira.

Cretella Júnior (1998) em brilhante obra sobre o Decreto-Lei nº. 3.365/41 não trouxe soluções práticas à par da sub-rogação do direito do usufrutuário na indenização, pois “em caso de desapropriação, o nu-proprietário e o usufrutuário exercem um direito sobre a indenização global, porque assim dispõe o Código Civil de 1916-1917 (art. 738), em consonância com o que preceitua a Lei das Desapropriações”.

O administrativista Carvalho Filho (2017) leciona que a melhor solução é a divisão da indenização entre nu-proprietário e usufrutuário:

No que se refere ao usufruto, direito também real sobre a coisa alheia, previsto no art. 1.390 do Código Civil, há discrepância quanto à solução a ser adotada, por não ter a lei contemplado disciplina a respeito. Tendo em vista que o usufruto não se extingue pela desapropriação, mas apenas altera o objeto de incidência, passando do bem desapropriado para o valor da indenização, alguns autores advogam o entendimento de que proprietário e usufrutuário exercem conjuntamente seus direitos: aquele é o dono do montante indenizatório, ao passo que este percebe os rendimentos oriundos do referido montante. Outros sustentam que a lei deveria ter previsto que, com a indenização, fosse adquirido outro bem, semelhante ao expropriado, transferindo-se para ele os direitos de usufruto afetados pela desapropriação. A melhor solução, todavia, parece ser aquela oriunda de ajuste, se possível, entre o proprietário e o usufrutuário, em que o primeiro destinasse ao segundo parte da indenização como compensação pela desapropriação do bem sobre o qual incidia o direito real.

No campo jurisprudencial, foi verificado que grande parte do entendimento caminha no sentido da divisão da indenização a ser paga, conforme se vislumbra, a exemplo da primeira ementa colacionada. No entanto, nos termos da segunda ementa, encontra-se solução diversa, onde o relator entendeu que o usufrutuário teria direito aos frutos da vantagem econômica:

DESAPROPRIAÇÃO. Indenização deve ser justa (Art. 5º, XXIV, da CF). Valor apurado pelo perito adequado e justo. Não restou configurado evento capaz de gerar danos morais passíveis de indenização. Repartição adequada do valor indenizatório entre os proprietários e a usufrutuária vitalícia. Extinção do usufruto que não ocorre com a desapropriação. Recebimento de parte da indenização que configura esgotamento do direito real, eis que sub-rogado no quantum indenizatório. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 0001962-34.2011.8.26.0047; Relator (a): Isabel Cogan; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Assis - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/05/2015; Data de Registro: 06/05/2015)

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. Usufrutuário que possui direito aos frutos decorrentes de eventual indenização do bem expropriado. Sistema jurídico anterior e atual que acolhe esse direito à subrogação (art. 738, do Código Civil de 1916; art. 1.409, do Código Civil de 2002; e art. 31, do Decreto-Lei nº 3.365/41). Legitimidade ativa do usufrutuário que se mostra hígida no caso, cumprindo, então, afastar a extinção da ação sem resolução do mérito e, em razão da causa não se encontrar madura (art. 515, par. 3º, do CPC), determinar o regresso dos autos à origem para o seu respectivo prosseguimento Prescrição vintenária não constatada - Anulação da r. sentença Recurso do usufrutuário-expropriante provido para este fim. (TJSP; Apelação 0019670-16.2009.8.26.0032; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/12/2013; Data de Registro: 19/12/2013)

A propósito, destaca Salles (2002) o seguinte acórdão:

RT. 684/84. Sub-rogação na indenização. Pedido de levantamento dos juros e correção monetária. Deferimento. Impossibilidade. Decisão reformada para determinar o levantamento tão-só dos juros. Rel. Des. Franciulli Netto.

No entanto, nas pesquisas realizadas no âmbito das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais, foram encontradas situações que o julgado é claro que haverá sub-rogação do direito ao usufruto na indenização, no entanto, as decisões não entraram no aspecto prático que é o objeto deste artigo, ou seja, como se dará tal sub-rogação.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo teve o propósito de levantar a existência de uma celeuma quanto aos efeitos práticos da sub-rogação do direito ao usufruto

prevista nos art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 e art. 1.409 do Código Civil, ou seja, quanto ao direito do usufrutuário cujo bem foi desapropriado.

O assunto se mostra de grande utilidade, pois o instituto do usufruto é de larga utilização no cotidiano nacional, principalmente nas relações familiares, com função de muitas das vezes de assegurar a subsistência do usufrutuário.

Não menos importante, é o instituto da desapropriação, pois o agente público se vê obrigado a utilizar da desapropriação para fins de atendimento dos fins da Administração Pública. No mesmo sentido, acontece com as empresas detentoras de concessões públicas.

No entanto, pode calhar de que o bem desapropriado esteja gravado com o ônus do usufruto e neste sentido, procurou-se tratar das alternativas existentes no campo doutrinário e jurisprudencial, para assegurar o direito do usufrutuário.

Embora os artigos acima sejam claros que a desapropriação não extingue o usufruto e tal direito fica sub-rogado no preço da indenização justa a ser paga pelo desapossamento do bem, os efeitos práticos de tal sub-rogação não são bem claros.

A doutrina diverge sobre tais efeitos. A jurisprudência, por seu turno, é quase pacífica que o usufrutuário tem direito à indenização. No entanto, os julgados não se mostram uniformes como tal indenização será repartida ou se será entregue integralmente ao usufrutuário para perceber os frutos a que tem direito.

Verificou-se a possibilidade também, do usufrutuário ter direito aos juros produzidos pela indenização. Como também, vislumbrou-se possível da indenização ser entregue ao usufrutuário, mediante a concessão de caução ao nu-proprietário. Nesta última solução, haveria garantia do usufrutuário utilizar dos rendimentos e devolver ao final o valor da indenização, sob pena de perder o valor caucionado.

No entanto, acreditamos que a melhor solução, inclusive dada pela doutrina, é que a lei tivesse a previsão de que o valor da indenização seja utilizado na compra de outro bem semelhante ao desapropriado, sendo transferido a este, o usufruto que existia no bem objeto de desapropriação. É claro que tal solução não se aplica quando a desapropriação for parcial. A justificativa para tanto, está que muita das vezes a divisão da indenização com o usufrutuário, ou mesmo a concessão dos frutos de tal capital, não poderão atingir a finalidade que o usufruto originário se propunha, lembrando-se que frequentemente o instituto tem nítido caráter de garantia de subsistência ao usufrutuário.

Como tal solução não está prevista lei, talvez a melhor solução ao magistrado seja tentar uma conciliação que atende aos interesses tanto do usufrutuário como do proprietário, inclusive quanto a compra de outro bem semelhante, gravado com o usufruto.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. . Portal da Legislação, Brasília, set. 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm) >. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. . Portal da Legislação, Brasília, jul. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm) >. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração

de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. . Portal da Legislação, Brasília, jun. 2001. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0019670-16.2009.8.26.0032, São Paulo, SP, 18 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0001962-34.2011.8.26.0047. São Paulo, SP, 06 mai. 2015

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book. ISBN 978-85-97-00998-9. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009996/cfi/6/10!/4/26/2@0:0>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à lei da desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. *Vade mecum saraiva*. 21 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5. E-Book. ISBN 978-85-472-1328-2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547213039/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

HARADA, Kiyoshi. Desapropriação: doutrina e prática. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4. E-Book. ISBN 978-05-02-20123-1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502201231/cfi/4!/4/4@0.00:8.44>>. Acesso em 30 jul. 2018.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NADER, Paulo. Curso de direito civil. 7. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 4. E-Book. ISBN 978-85.309-6869-4. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968700/cfi/6/10!/4/18@0:21.8>>. Acesso em 30 jul. 2018.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. A justa e prévia indenização na desapropriação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. E-Book. ISBN 978-85-309-7458-9. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974596/cfi/6/10!/4/12/2@0:0>>. Acesso em 30 jul. 2018.

SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. 9. ed. rev., atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 4. E-Book. ISBN 978-85-309-7404-6. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974053/cfi/6/10!/4/26/2@0:3.86>>. Acesso em 30 jul. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5.

# PANORAMA CONTEMPORÂNEO E ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

*Marcos Freitas Pereira<sup>1</sup>*

## **Resumo**

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar uma das questões de grande interesse e atenção na atualidade. Trata-se da proteção conferida aos autores de obras intelectuais no Brasil, relacionando o cenário de proteção autoral na contemporaneidade à luz das disposições contidas na Constituição Federal de 1988 e na Lei 9.610/98. Serão abordadas as proteções conferidas em lei para diversas modalidades de utilização das obras intelectualmente protegidas, no tocante aos direitos patrimoniais de autor, bem como também integra o objeto desta pesquisa uma breve elucidação em relação aos direitos morais de autor.

---

<sup>1</sup> Marcos Freitas Pereira é Advogado, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito na área de Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito pelo Centro Universitário Toledo – Unitoledo. Professor de Direito da Fundação Educacional de Penápolis – FUNEPE e do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza.

## CENÁRIO INTRODUTÓRIO SOBRE OS DIREITOS AUTORAIS

Quando verificamos alguma notícia ou estudo sobre a temática envolvendo os direitos autorais no Brasil, é inegável a imediata associação com a Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 – Lei de Direitos Autorais – e com as disposições da Constituição Federal de 1988, ao trazer esta última a proteção para os direitos autorais em seu artigo 5º, inciso XXVII, nos termos transcritos a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

(BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* – grifos nossos)

Trazendo a atual Constituição uma evolução em relação a previsão contida na Constituição Federal de 1891, por incluir também expressa proteção para a utilização ou publicação das obras e não somente a simples reprodução, a efetividade da proteção autoral ganhou mais força em nosso ordenamento jurídico. A concretização desta proteção torna-se possível ainda em função das regulamentações da referida Lei 9.610/1998 – em vigor atualmente – em substituição a regulamentação anterior, Lei 5.988 de 14 de dezembro de 1973.

É bem verdade, entretanto, que em um passado distante as manifestações do intelecto humano não mereciam nenhuma proteção, sendo a invenção da tipografia e da imprensa marcos extremamente significativos para o

surgimento das primeiras linhas dos sistemas de proteção ao direito dos autores, uma vez que as obras passaram a estar disponíveis de maneira mais ampla (PARANAGUÁ, BRANCO, 2009, p.15). A doutrinadora Eliane Abrão, para explicar sobre a real necessidade de proteção dos Direitos Autorais, alinhando-a com a evolução dos novos mecanismos e novas tecnologias, esclarece:

O surgimento da máquina de escrever, da máquina de imprimir com tipos móveis, em 1450, a uma dezena de vezes maior que o registro manual, foi o ponto de virada no surgimento desse direito em virtude da infinita capacidade de reprodução de um mesmo texto, pela máquina, dispensando novas interferências dos autores (ABRÃO, 2002, p 27).

Consagrar a proteção dos direitos autorais é uma das formas de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como princípio estruturante de todo o sistema de direitos refletidos na Constituição Federal. É inegável a importância de tutelar o direito daquele que cria suas obras, como manifestação do espírito humano e numa transcrição dos elementos próprios e intrínsecos da sua personalidade.

Por maiores que ainda possam ser as inovações pelas quais nossa civilização estará sujeita nas próximas décadas, a legislação protetiva dos direitos autorais felizmente é uma realidade presente em nosso ordenamento jurídico e, em uma leitura detalhada do atual diploma legal – Lei 9.610/1998 – percebe-se nitidamente a divisão existente entre dois direitos relacionados ao autor: de um lado os “direitos patrimoniais de autor” e de outro os “direitos morais de autor”.

É preciso distinguir, portanto, duas classes de interesses nos direitos autorais: os *morais* e os *patrimoniais*. Os primeiros é que, em nossa opinião, são os efetivos direitos da personalidade, enquanto os últimos nada mais são do que manifestações econômicas de um direito de personalidade (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018).

## Âmbito de proteção dos direitos autorais

Entretanto, antes de ingressarmos no campo dos direitos dos autores, é preciso discorrer sobre o objeto de proteção da norma jurídica. Dessa maneira, ao ser mencionado que as obras literárias, artísticas ou científicas, estão protegidas pela legislação autoral, obviamente, estamos trabalhando com o campo de proteção dos direitos autorais ou campo de incidência das normas autorais. Para tanto, é fundamental estabelecer quais obras a legislação especificamente detalhou no seu âmbito de proteção. Esta referência é encontrada no artigo 7º da Lei 9.610/98, transcrito a seguir:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
  - II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
  - III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
  - IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
  - V - as composições musicais, tenham ou não letra;
  - VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
  - VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
  - VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
  - IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
  - X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
  - XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
  - XII - os programas de computador;
  - XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.
- (BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998)

A legislação autoral especificou somente que referidas obras devem ser expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte; ou seja, “fica bem claro que a lei protege a manifestação concreta da criação literária, científica ou artística – a sua expressão formal, porém sem limites de formas ou meio de fixação, existentes ou que venham a existir no futuro” (CABRAL, 1999, p. 49). Nada falou a legislação sobre o requisito da originalidade dessas obras. A doutrina é que, por sua vez, esclarece no sentido de que para estar dentro do campo de proteção autoral a obra deve, além dos requisitos do artigo 7º, ser considerada original, ou seja, não deve ser réplica ou reproduções de outras obras e, além disso, deve estar dentro do prazo de proteção expresso na legislação autoral (ABRÃO, 2002, p. 95).

A criatividade é, pois, elemento ínsito nessa qualificação: a obra deve resultar de esforço intelectual, ou seja, de atividade criadora do autor, com a qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não-existente [...]. Cumpre, a par disso, haver originalidade na obra, ou seja, deve ser integrada de componentes individualizadores, de tal sorte a não se confundir com outra preexistente. Há que ser, intrínseca e extrinsecamente, diferente de outras materializadas. Deve revestir-se de traços ou de caracteres próprios, distintos de outros componentes da realidade (BITTAR, 2005, p. 23).

Assim, verifica-se que muito embora a legislação não explicitamente a expressão “originalidade” como requisito da obra a ser protegida, doutrinariamente, encontramos esta exigência. Nada mais razoável tendo em vista que por ser considerada a obra autoral como criação do espírito humano – manifestação do intelecto – só poderíamos falar em manifestação que fosse configurada por traços originais.

Traçando um paralelo com a legislação de outros países, encontramos que o requisito da originalidade da obra, para que possa haver a

proteção autoral, também é encontrado no ordenamento norte-americano – Estados Unidos – ao tratar desse tema, no caso, para eles, o *copyright*.

(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in **original works of authorship** fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of machine or device. Works of authorship include the following categories:

- (1) literary works;
- (2) musical works, including any accompanying words;
- (3) dramatic works, including any accompanying music;
- (4) pantomimes and choreographic works;
- (5) pictorial, graphic, and sculptural works;
- (6) motion pictures and other audiovisual works;
- (7) sound recordings; and
- (8) architectural works.

(USA. Copyright Law of the United States; § 102, a – grifos nossos)

Nesse contexto, a dúvida que habitualmente tende a surgir é justamente em relação as obras derivadas, ou seja, aquelas oriundas de uma obra originária em função de edição, transformação, adaptação, entre outros meios – com autorização do autor. A pergunta seria em relação à proteção dessas obras; se à luz dos direitos autorais, tendo em vista os conceitos de originalidade essenciais para configurar a proteção autoral, mereceriam as obras derivadas alguma proteção autoral uma vez que elas decorrem de obras originárias e poderia lhes faltar eventual originalidade.

A resposta encontrada para esses casos de obras derivadas, considerando que há inclusive a expressa previsão no texto da lei autoral em relação essas obras, é trazida pela doutrina da seguinte forma:

[...] apresenta a originalidade caráter relativo, não se exigindo, pois, novidade absoluta, eis que inexorável é, de um outro modo, o aproveitamento, até inconsciente, do acervo cultural comum. Basta a existência, pois, de contornos próprios, quanto à expressão e à composição, para que a forma literária, artística ou científica ingresse no circuito protetor do Direito de Autor (BITTAR, 2005, p. 23).

Com isso, tratando-se de obras derivadas, o que se verifica é que a diferenciação e a originalidade da criação estão justamente no padrão estético por meio do qual se visualiza a obra, assim, temos que “no regime dessas obras, prospera o princípio de autonomia estética, de sorte que cada autor conserva o direito sobre a respectiva produção, podendo utilizá-la separadamente (art. 15, parágrafo 2º)” (BITTAR, 2005, p. 27).

Nesse contexto, portanto, a originalidade da obra está relacionada diretamente a “novidade” que esta apresenta no meio em que se insere; ou seja, a obra deve ser nova para ser original. Dessa maneira, temos na doutrina:

Há que verificar se é ainda característica da obra a novidade. Nesta expressão confundem-se dois aspectos distintos. A novidade pode ser:

- subjativa
- objetiva.

Para melhor distinção, poderíamos designar a novidade objetiva “caráter distintivo” e a subjativa “originalidade”. Mas omitiremos este último termo para evitar confusão com a utilização que dele é feita a propósito da obra literária; e o primeiro, para não confundir com a caracterização do título, em que este requisito surge necessariamente (ASCENSÃO, 1997, p. 62).

Superados os contornos relacionados a originalidade da obra, encontramos ainda na doutrina, sobre a finalidade da proteção – ao definir as obras intelectualmente protegíveis – a explicação que o legislador estaria buscando “alargar a margem de possibilidade de utilização de diferentes suportes para a fixação da obra [...] até a possibilidade de contemplar novas formas de suporte que venham a ser constituídas” (OLIVEIRA, WILLINGTON, 2005, p. 16).

O legislador, por esses meios, ao contemplar formas de suporte que possam existir no futuro, está vislumbrando novos horizontes, em paridade com as evoluções tecnológicas dos dias atuais, tendo a consciência de que novas formas de suporte podem surgir no futuro e seria ineficaz se a tutela

trazida pela legislação contemplasse somente os suportes existentes à época da publicação da lei.

Curiosamente, algumas pessoas acreditam que para a obra ser protegida pela legislação autoral ela deva estar, obrigatoriamente, registrada em algum órgão ou entidade; entretanto, este pensamento traduz apenas resquícios de uma realidade passada. Atualmente, a proteção conferida à obra independe de registro e tal disposição é clara no artigo 18 da Lei 9.610/98. É facultado ao autor registrar ou não a sua obra, mas não obrigatório; assim, temos que o “registro é meramente declarativo e não constitutivo de direito, nos termos claros da lei 9.610” (CABRAL, 1999, p. 74).

Alguns autores justificam a “não exigência” do registro para a proteção autoral das obras tendo em vista que estas nada mais são do que a extensão da personalidade de seu autor e/ou criador. Nesse sentido, encontramos na doutrina em relação a obra intelectual:

[...] é uma extensão independentemente do registro. Até que provem o contrário, ele é o autor, porque ninguém viu Jorge Amado sentar e escrever *Gabriela Cravo e Canela*. Se ele diz que é o autor, até que provem o contrário, ele é o autor, independentemente do registro (GANDELMAN, 1997, p. 67)

### **Direitos Patrimoniais de Autor**

Em relação aos direitos patrimoniais de autor, podemos afirmar que estão dispostos nos artigos 28 e seguintes da Lei 9.610/98 e trazem uma reafirmação da ideia contida no inciso XXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, ao ser garantido ao autor o “direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Em relação a exclusividade destes direitos a doutrina melhor esclarece da seguinte forma:

São direitos exclusivos, porque dependem de prévia e expressa aprovação do autor e só dele, ou de quem o represente, para que possam ser reproduzidos, exibidos, expostos publicamente, transmitidos por meio mecânicos, eletrônicos ou digitais, armazenados, etc.

Os direitos patrimoniais geram receita ao autor que são, do ponto de vista financeiro, chamados simplesmente rendimentos (*royalties*). De acordo com a lei autoral em vigor no Brasil, incluindo as internacionais, os direitos patrimoniais que detém o autor sobre suas obras em função do tipo de obra criada, abrangem todas as formas de comunicação ao público e encontram-se elencadas no art. 29 e outros da Lei 9.610/98. Os direitos patrimoniais de autor representam um valor agregado à obra, e a eles fazem jus todos os criadores da obra intelectual na comercialização dela (ABRÃO, 2002, p. 80).

Em uma indagação sobre o que seriam os direitos patrimoniais, de forma mais clara e objetiva, é possível conceituá-los da seguinte forma: “são direitos de fruição e de disponibilização, exclusivos do autor ou titular da obra criada e fixada em suporte mecânico, que, para os efeitos legais, passa a ser considerada bem móvel” (ABRÃO, 2002, p. 80). Ou então, em uma análise conjunta dos dois direitos, verifica-se que:

O setor pessoal e o setor patrimonial esgotam o conteúdo de afetação do direito de autor. Mas isso não quer dizer que não surjam ainda faculdades meramente complementares, que não representam vantagens subjetivas autônomas. [...] Mas o direito do autor representa então um direito de participação financeira e não mais um exclusivo de exploração econômica. Essa situação já se verifica nos casos em que se concedem utilizações livres, mas simultaneamente se impõe o pagamento duma remuneração ao autor. [...] Noutros casos, porém, vai-se mais longe. Concede-se um novo direito, além dos constantes da exploração econômica, mas que desde o início se limita a uma participação financeira. (ASCENSÃO, 1997, p. 157).

Em consonância com este cenário, é possível afirmar que os direitos patrimoniais de autor necessariamente estão relacionados a um benefício pecuniário que deve ser revertido ao titular de direitos patrimoniais de autor incidentes sobre determinada obra. Note-se que aqui não é mencionado que os direitos patrimoniais necessariamente serão do autor da obra, tendo em

vista que este poderá ter comercializado, cedido ou licenciado, referidos direitos. Fala-se em “titular” dos direitos patrimoniais do autor. Esta situação não ocorre quando se fala em direitos morais de autor, os quais, pela sua natureza, como se verá adiante, são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis e, dessa forma, pertencem sempre ao autor.

De acordo com Eliane Abrão (2002, p. 129) “o fato gerador dos direitos patrimoniais de autor é a publicação da obra, momento em que o resultado da criação (coisa incorpórea) fixado num suporte corpóreo, está apto a ser exibido ou exposto ao público, ou a ele disponibilizado por meio de exemplares”.

Os direitos patrimoniais de autor, por sua vez, apresentam uma série de características, muitas delas encontram-se dispersas na Lei 9.610/98. Por meio da análise dessas características, é plenamente possível entender a diferença existente entre estes e os direitos morais de autor. Para uma melhor compreensão do tema vale citar os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar:

Características básicas dos direitos patrimoniais são: o cunho real ou patrimonial (da relação direta com a obra); o caráter de bem móvel (art. 3º), exatamente para efeito de disposição pelos meios possíveis; a alienabilidade, para permitir o seu ingresso no comércio jurídico (arts. 28 e 49), transmitindo-se por via contratual ou sucessória; a temporaneidade, ou seja, limitação no tempo (arts. 41 e segs. e 96), que confere ao direito de autor conotação especial dentre os direitos privados, ao lado das outras particularidades apontadas; a penhorabilidade, ou seja, a possibilidade de sofrer constrição judicial, em face da condição de direitos disponíveis, salvo o disposto no artigo 76; a prescritibilidade, ou seja, a perda da ação por inércia no lapso de tempo legal, que será, aplicando-se o princípio de que inexistente norma especial a respeito valer-se-á o aplicador daquela comum ou geral, o da lei civil comum (arts. 205 e 206 do novo Código Civil), em função do veto sofrido pelo art. 111 da Lei n. 9610/98, que deixou em aberto o Capítulo III do Título VII que trata da prescrição da ação (BITTAR, 2005, p. 50).

Para José Carlos Costa Netto (2008, p. 140) os direitos patrimoniais de autor, representam a parcela patrimonial referente à “exploração

econômica que o autor pode fazer da obra”. Esclarece ainda que a expressão “pode” trazida no conceito é proposital, tendo em vista que é uma faculdade, ou melhor, atributo exclusivo do autor, autorizar ou não o uso da obra, assim como determinar as condições para a utilização.

Os direitos patrimoniais permitem aos criadores a geração de proventos em seu benefício. São, portanto, aqueles referentes à utilização econômica da obra, manifestada sob qualquer forma ou processo. [...] A exploração econômica da obra é conferida com exclusividade ao criador, atribuindo-se a ele a faculdade exclusiva de autorizar ou proibir o uso de suas criações, impedindo ou suspendendo a utilização não autorizada. **Torna-se, pois, imperativo que caberá consulta prévia ao criador para qualquer exploração econômica da sua obra intelectual, já que, unido à sua criação**, somente do autor será extraída a sua exclusiva vontade para uso de sua obra. (SANCHES, 2003, p. 37 – grifos nossos).

Os direitos patrimoniais de autor apresentam uma determinada classificação, trazida pela Lei 9.610/98 em seu artigo 29, estabelecendo as modalidades de utilização de determinada obra, as quais, salvo algumas exceções expressamente previstas em lei, dependem de prévia autorização do titular desses direitos para a sua execução. Para melhor visualização e compreensão, vale trazer aqui o referido artigo:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

- I – a reprodução parcial ou integral;
- II – a edição;
- III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
- IV – a tradução para qualquer idioma;
- V – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;
- VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;
- VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

- VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
- a) representação, recitação ou declamação;
  - b) execução musical;
  - c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
  - d) radiodifusão sonora ou televisiva;
  - e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
  - f) sonorização ambiental;
  - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
  - h) emprego de satélites artificiais;
  - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
  - j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;
- X – quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.
- (BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998)

O que se observa é que esses direitos estão “relacionados, intrinsecamente, com os meios de comunicação, com os quais se concretizam na prática, de sorte que a cada processo autônomo de utilização corresponde uma prerrogativa patrimonial” (BITTAR, 2005, p. 51). Com isso, verifica-se que para a utilização de uma obra para cada uma das finalidades dispostas acima deve se ter autorização específica do titular de direitos patrimoniais de autor para tal atividade a ser executada, ou seja, a cada utilização a ser executada existe um direito patrimonial correspondente do qual depende de autorização.

Não raras são as situações em o titular de direitos patrimoniais de autor sobre determinada obra autoriza a utilização desta apenas para determinadas modalidades, restringindo de forma significativa o seu uso. Em situações como essa, temos que observar a expressa previsão do artigo 31 da Lei 9.610/98, ao estabelecer que “as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre

si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais”.

Assim, temos, em primeiro plano, os dois elementos essenciais:  
(a) a obrigatoriedade de autorização ou licença (concessão) ou cessão de direitos;  
(b) a delimitação das condições de uso – nos dois casos: de concessão ou cessão – da obra pelo licenciado ou cessionário dos direitos autorais correspondentes.  
(COSTA NETTO, 2008, p. 142).

A própria disposição do artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, estabelece que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”, garantindo, assim, que pertencem aos autores o direito de utilizar ou permitir que terceiros utilizem sua obra.

O elemento essencial do direito de autor é o poder absoluto que tem o criador sobre sua obra. Só a ele compete decidir o seu destino, autorizar ou proibir seu uso por terceiros, cobrar o preço que lhe parece adequado por esse uso ou renunciar a essa cobrança. Em virtude da atribuição de faculdades de dupla natureza, classificados como direitos morais e patrimoniais, ficam assegurados aos autores, por um lado, direitos personalíssimos como os de paternidade e integridade e, por outro, o direito exclusivo de exploração de um bem móvel que é a obra intelectual, seja qual for a modalidade de utilização, existente ou por existir (SANTIAGO *apud* COSTA NETTO, 2008, p. 141).

Dessa maneira, corroborando com a narrativa trazida acima, temos que as modalidades de utilização, previstas no artigo 29, acima mencionado, devem ser analisadas individualmente e, a autorização do autor poderá ou não abranger todas as modalidades de utilização, podendo ser ampla ou restrita, de acordo com cada caso.

O direito de reprodução, previsto no inciso I (art. 29, Lei 9.610/98), está diretamente relacionado a utilização que for feita da obra e ao suporte no qual a obra será fixada. “Reproduzir uma obra é extrair-lhe exemplares idênticos, a partir de uma matriz acabada (suporte de fixação)” (ABRÃO, 2002, p. 82). Dessa forma, e ainda para aumentar a proteção conferida a este direito, vale citar as disposições do artigo 30 da Lei 9.610/98, a saber:

Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular.

§ 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.

(BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998)

O direito de edição, por sua vez, previsto no inciso II (art. 29, Lei 9.610/98) consiste na possibilidade que pode ser conferida ou não pelo autor para que terceiros possam alterar sua obra. É sabido que uma obra nasce a partir de um modelo original, mas até chegar efetivamente ao público pode passar por uma série de transformações. É o caso, por exemplo, de uma música que pode sofrer um efeito sonoro, pode sofrer cortes, regravações, acréscimos, entre outros (ABRÃO, 2002, p. 81). Com isso, cabe ao titular de direitos patrimoniais incidentes sobre a obra determinar se ele próprio irá editar a obra antes de fornecê-la, mediante licenciamento ou cessão, ou se irá autorizar que terceiros a editem.

A adaptação, prevista no inciso III (art. 29, Lei 9.610/98), “corresponde a uma nova linguagem, uma nova dimensão que se dá à obra”

(ABRÃO, 2002, p. 83), ou seja, corresponde a possibilidade de transformar uma obra em outra, de diferente gênero.

[...] Tanto o autor da obra originária, quanto o da obra adaptada, são autores: um originário e outro derivado. **Na adaptação estão presentes todos os traços originais da obra primígena, seu título, seu autor, as mesmas fases, personagens e acontecimentos.** Daí a necessidade de a obra adaptada fazer referência à obra original, e ser necessariamente autorizada por seu autor. (ABRÃO, 2002, p. 83 - grifos nossos).

O que se observa, e a grande preocupação existente nesse sentido, é que a adaptação deve ser autorizada pelo autor da obra originária e, necessariamente, deve seguir a mesma sequência e possuir os mesmos elementos da obra original, ou seja, muda-se somente a forma mas os componentes permanecem os mesmos.

Se habla adaptación cuando determinados aspectos formales o secundarios de una obra son modificados, pero siempre respetando los elementos esenciales o característicos de la misma. Partiendo de una clásica distinción entre forma y fondo, podemos concluir que la adaptación se circunscribe a la forma y no al fondo. El desarrollo de la tecnología supone la multiplicación de las posibilidades de adaptación y presentación de una obra: por ejemplo, una novela puede transformarse en el contenido de un CD-ROM, en una película, en una coreografía, etc. (GÓMEZ, 2000, p. 48)

A tradução, prevista no inciso IV (art. 29, Lei 9.610/98), consiste na possibilidade de conversão de uma linguagem para outra, de um idioma para o outro e, mais uma vez, corresponde a uma faculdade do titular de direitos patrimoniais de autor o qual poderá ou não autorizar a tradução da sua obra.

Como toda a transformação, a tradução supõe um mínimo de criatividade para representar uma obra protegida. Uma tradução mecânica ou rotineira não passa os umbrais do direito de autor. Estaria na mesma situação que a tradução realizada por um computador, não protegível porque não representa obra humana. A tradução não pode ser também mera imitação de uma tradução anterior (ASCENSÃO, 1997, p. 182).

Verifica-se aqui que a grande preocupação do doutrinador é se a tradução possui os requisitos para ser considerada uma obra a ser protegida pela legislação autoral; nesse caso, se a obra pode ser considerada original e se decorre de manifestação do espírito humano.

Na sequência, por sua vez, há distinção entre o direito do autor em autorizar a tradução da sua obra e o consequente direito do tradutor sobre a obra que realizar, este último também adquire direitos sobre sua obra e passa a ser também titular de direitos sobre a obra criada com a tradução. “O tradutor pode exigir que os tradutores posteriores “façam trabalho próprio”, ou seja, que o tradutor em último lugar não se locuplete com o êxito obtido pelo primeiro, pois “o objeto de seu direito autoral é, precisamente, a forma de tradução”. (SANTOS *apud* MATTIA, 1975, p. 9)

A inclusão em fonograma, prevista no inciso V (art. 29, Lei 9.610/98), corresponde a possibilidade do autor da obra em autorizar ou não a fixação da sua obra originária em fonograma ou produção audiovisual.

A disposição do inciso VI (art. 29, Lei 9.610/98), “a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra” na maior parte das vezes não se aplica tendo em vista que, normalmente, o direito de distribuição está integrado no direito de comercialização da obra, entretanto tem que ser avaliado cada caso e cada situação em específico. Se na comercialização da obra não tiver incluída a distribuição, carecerá de nova autorização do titular de direitos patrimoniais incidentes sobre a obra em referência.

Na sequência, a previsão do inciso VII (art. 29, Lei 9.610/98) para as modalidades de distribuição “para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que

importe em pagamento pelo usuário” também necessita de autorização específica para esta finalidade.

No tocante à disposição do inciso VIII (art. 29, Lei 9.610/98), e suas respectivas alíneas, é denominado pela doutrina como “direitos de comunicação pública” e, assim como os demais direitos anteriormente elencados, dependem de autorização prévia e específica do autor. De acordo com Eliane Abrão, (2002, p. 85):

Entende-se por comunicação pública de uma obra literária, artística e científica, toda e qualquer forma de torná-la acessível a qualquer público, como por meio da representação, da recitação pública, da execução pública musical, da exposição, da radiodifusão (transmissão e/ou retransmissão) por sons ou sons e imagens, pelo emprego de satélites ou de sistemas ópticos, fios telefônicos, meios análogos e digitais (ABRÃO, 2002, p. 85)

Em relação as obras fotográficas, temos que fazer uma importante observação e que carece até mesmo de um estudo mais aprofundado, sobretudo em relação obra fotográfica e sua respectiva exposição, divulgação ou utilização. De imediato, adiantamos apenas algumas breves considerações, como se verá a seguir.

Em relação a esta temática, não é raro verificar dúvidas concernentes ao direito de imagem da pessoa retratada na obra fotográfica. Devemos deixar claro que uma situação é o direito que possui o autor de autorizar ou não a exposição de sua obra fotográfica e, situação totalmente diversa, é a eventual autorização de uso da imagem que deve ser obtida das pessoas retratadas nas fotografias, dependendo da utilização que se forem fazer delas. “[...] para expor suas obras que contenham imagens de pessoas, ou obras protegidas pelo direito de autor, deverá o fotógrafo buscar as respectivas autorizações” (ABRÃO, 2002, p. 86).

Não se deve confundir, portanto, o direito que possui o autor da fotografia de autorizar a exposição de sua obra, propriamente dita – direito

patrimonial de autor – com o direito à imagem que pertence a pessoa retratada na obra fotográfica e não ao autor da fotografia – fotógrafo.

Nesse sentido, encontramos na doutrina a distinção entre o direito autoral e o direito à imagem da seguinte forma:

Pretender classificar o direito à imagem dentre os direitos do autor é ignorar o traço essencial que um invento deve ter para ser considerado obra intelectual, qual seja, a criatividade. Somente as obras intelectuais são passíveis de proteção pelo direito autoral.

[...]

Ocorre, sim, uma grande confusão no que concerne ao direito autoral da pessoa encarregada de transpor a imagem de outrem, enquanto ente abstrato que é, para um suporte físico, materializando-a. O artista ou autor da obra intelectual pratica um ato de criação e, portanto, merece proteção do direito autoral. Assim, ao escultor, ao pintor, ao fotógrafo, ao cinegrafista assiste um direito de autor.

Por sua vez, à pessoa representada através de obra artística assiste o direito à imagem, que, inclusive, pode ser oponível contra o autor, se a mesma não desejar que sua imagem seja divulgada, publicada ou, até mesmo, retratada (caso extremo de fixação da imagem sem o consentimento do modelo) (AFFORNALLI, 2008, p. 44).

O direito à imagem é personalíssimo e somente a própria pessoa retratada na obra fotográfica poderá ou não autorizar a utilização da sua imagem, ressalvados, evidentemente, os casos de menores os quais devem ser assistidos e/ou representados, de acordo com a legislação civil.

### **Os Direitos Morais de Autor**

Os direitos morais de autor, por sua vez, estão disciplinados nos artigos 24 e seguintes da referida Lei 9.610/1998 e devem prevalecer aos direitos patrimoniais. Tal assertiva decorre da natural conclusão de que a obra é uma criação do espírito humano e, por consequência, está diretamente vinculada aos direitos de personalidade do seu autor. (COSTA NETTO, 2008, p. 134). O autor ainda esclarece este ponto trazendo:

Sobre a integração dos direitos morais de autor à área dos **direitos de personalidade**, ensina, ainda, PONTES DE MIRANDA, que o que se tutela no que denomina “direito autoral de personalidade” é a identificação pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria (COSTA NETTO, 2008, p. 135) *grifos nossos*.

Se a personalidade do autor acompanha o exercício do direito de autor, é a qualidade da obra – diferentemente de um bem patrimonial comum – que é representativa da personalidade do autor na sociedade. O autor, como tanto já se escreveu, vive na obra. Tendo em vista que a sociedade identifica a natureza e o valor da obra com o dom pessoal e o mérito do autor sua personalidade tanto se engrandecerá em decorrência da obra como, ao contrário, poderá ser – por esta – diminuída ou obscurecida (CASELLI, *apud*, COSTA NETTO, 2008, p. 135).

Na vida cotidiana, algumas pessoas acabam relacionando a garantia desse direito, ou seja, o direito do autor, simplesmente, à disposição do inciso II, do Artigo 24, da Lei 9.610/98: “o de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra”. Entretanto, esta visão se mostra extremamente reduzida e não reflete a real dimensão da proteção conferida aos direitos morais de autor, visto que o seu rol é muito mais extenso, possibilitando ao autor, inclusive, o direito de a qualquer tempo reivindicar a autoria de sua obra, de conservá-la inédita, entre outros (Art. 24, Lei 9.610/98).

Para Eliane Abrão (2002, p. 129), “o fato gerador dos direitos morais de autor é o ato da criação, que dá origem à obra, em um processo que se inicia dentro do cérebro humano, passa pelos sentidos e revela-se através de um objeto passível de extração de cópias ou de exibição ou exposição públicas”. Para melhor esclarecer, são direitos morais de autor de acordo com a previsão da Lei 9.610/98:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III – o de conservar a obra inédita;

IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. (BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998)

O direito de reivindicar a autoria da obra, a qualquer tempo (Lei 9.610/98, art. 24, I), é chamado pela doutrina de direito de paternidade (SOUZA, 2003, p. 36) e, por sua vez, está diretamente ligado ao direito de acesso à obra, previsto no inciso VII do referido artigo 24. Por meio dessa previsão, o legislador garante ao autor da obra a possibilidade de acesso à obra, perante terceiros que eventualmente a detenham, caso não possua o autor nenhum exemplar (OLIVEIRA, WILLINGTON, 2005, p. 55).

Já em relação ao direito de “ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra” (Lei 9.610/98, art. 24, II) é o que a doutrina denomina como direito ao crédito, segundo o qual a qualificação do autor deve ser divulgada juntamente à obra (ABRÃO, 2002, p. 75).

O direito de conservar a obra inédita (Lei 9.610/98, art. 24, III) é esclarecido pela doutrina como o direito de “não lhe dar destinação pública, entendendo-se por tal a impressão e a distribuição de exemplares” (ABRÃO, 2002, p. 75).

[...] o autor tem o direito pessoal de dar a conhecer ou não a sua obra. É uma derivação básica da tutela da personalidade. Ninguém é obrigado a tornar públicos os versos que escreveu quando estava com febre. Ainda que sejam geniais. Nem necessita de se justificar: está no seu inteiro alvedrio publicar ou não, ou divulgar de qualquer forma. (ASCENSÃO, 1997, p. 132).

Em continuidade, o direito de assegurar a integridade física da obra (Lei 9.610/98, art. 24, IV) é uma garantia consideravelmente extensa. Tendo em vista o mundo atual e a velocidade com a qual as informações circulam e trocam de mãos, essa realidade se aplica também às obras intelectuais. Não parece difícil imaginar que uma obra lançada em um continente em determinado momento, em momento seguinte, esteja à disposição de qualquer interessado em outro continente completamente distante. Não se pode deixar de admitir e nem parece situação fora da realidade, o fato de que, com toda a tecnologia atualmente existente, a obra, em algum momento, acabe passando por alguma alteração ou modificação substancial realizada por outra pessoa. É nesta situação que um dos direitos morais de autor passa a assegurar a integridade da obra por meio das disposições do referido inciso IV.

Em relação ao direito que possui o autor de modificar a sua obra (Lei 9.610/98, art. 24, V) esclarece a doutrina que referido direito não se confunde com o de assegurar a integridade da obra; aqui “se garante a exata correlação entre ideia e resultado da criação, entre pensamento e obra criada, a ponto de liberar ao autor, e somente a ele, a possibilidade de modificar a obra, até mesmo depois de publicamente utilizada” (ABRÃO, 2002, p.75).

Por sua vez, o direito de retirar a obra de circulação ou suspender qualquer forma de utilização autorizada (Lei 9.610/98, art. 24, VI) foi uma inovação trazida pela Lei 9.610/98, em substituição à Lei 5.988/73, que implica em restrição na destinação natural da obra em caso de ofensa à honra ou à imagem do autor.

Na visão de alguns doutrinadores, a questão referente a retirada da obra de circulação estava melhor regulamentado na Lei anterior uma vez que “o autor podia retirar de circulação a obra ou suspender a utilização autorizada sem quaisquer limites, ficando, evidentemente, responsável pelas indenizações a terceiros, quando cabíveis” (SOUZA, 2003, p. 37); e, atualmente, a retirada está condicionada a eventual ofensa à honra ou à imagem.

Conforme já esclarecido anteriormente, os direitos morais de autor pertencem exclusivamente a pessoa física do criador (ABRÃO, 2002, p. 16), são personalíssimos. A Lei 9.610/98, por sua vez, é clara ao estabelecer esta disposição expressamente, tanto que traz o artigo 27 com as seguintes afirmações: “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. Clóvis Bevilacqua, por sua vez, acrescenta que referidos direitos são também imprescritíveis.

Merece ser tratado à parte o direito autoral pela particularidade com que se apresenta, em face da dissolvente do tempo. Em primeiro lugar, há uma parte do direito autoral, a mais íntima, a que se constitui atributo da pessoa, que não se pode perder por prescrição. Por mais longo que seja o decurso do tempo, um autor conserva a sua qualidade. Aristóteles é sempre o autor da *Moral a Nicômano*; Lucrecio, de *Natura Rerum*; Alencar, de *O Guarani* (BEVILACQUA *apud* SOUZA, 2003, p. 36).

O legislador procurou especificar esta garantia ao tratar deste tema e, de certa maneira, devem ser consideradas todas as características próprias dos direitos morais de autor, as quais estão englobadas por um mesmo ideal de proteção jurídica para que, dessa forma, possa ser possível interpretar o dispositivo legal com coerência e à luz do escopo jurídico realmente pretendido pela legislação. Algumas das características dos direitos morais de autor podem ser vistas da seguinte forma:

[...] características fundamentais desses direitos são a pessoalidade; a perpetuidade; a inalienabilidade; a imprescritibilidade e a impenhorabilidade. De início, são direitos de natureza pessoal, inserindo-se nessa categoria direitos de ordem personalíssima; são também perpétuos ou perenes, não se extinguindo jamais; são inalienáveis, não podendo, pois ingressar legitimamente no comércio jurídico, mesmo se quiser o criador, pois dele não pode dispor; são imprescritíveis, comportando, pois, exigência por via judicial a qualquer tempo; e, por fim, são impenhoráveis, não suportando, pois, constrição judicial (OLIVEIRA, WILLINGTON, 2005, p. 54-55).

Os direitos morais de autor devem ser encarados do ponto de vista da criação da obra intelectual e da sua respectiva proteção, enquanto emanada do espírito humano. Não se associam a exploração econômica que esta possa sofrer e, da mesma forma, não estão diretamente relacionados ao benefício pecuniário do autor. Este último relaciona-se aos direitos patrimoniais do autor, de acordo com o que já foi citado acima. Assim, é possível concluir, da seguinte forma: “Publicada a obra, acrescem-se aos direitos morais que lhe são inatos, os direitos chamados patrimoniais, ligando o autor à exploração econômica dela” (ABRÃO, 2002, p. 79).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

\_\_\_\_\_, Eliane Yachouh (org). **Propriedade Imaterial**. São Paulo: Editora SENAC, 2006.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhos. **Direito à Própria Imagem**. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2008

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Boiteux, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 13 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm)> Acesso em 05 de julho de 2018.

CABRAL, Plínio. **A Nova Lei de Direitos Autorais**. 2.ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

GAGLIANO, Pablo Solze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. I. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GANDELMAN, Henrique. O Impacto da Tecnologia Digital nos Direitos Autorais. In: RIBEIRO, Marcus Vinicius Toledo (Editor). **Reflexões sobre Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005

GÓMEZ, Eduardo Serrano. **La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías**. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

MATTIA, Fabio Maria de. **Estudos de Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MOUCHET, Carlos. **Los Derechos de Los Autores e Interpretes de Obras Literárias y Artísticas**. Buenos Aires: El Gráfico / Impresores, 1966.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno de; WILLINGTON, João. **Anotações à Lei de Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

SANCHES, Sydney Limeira. **Direitos Patrimoniais de Autor**. Revista CEJ, Brasília, n. 21, Abril/Junho 2003. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/543/723>> Acesso em 20 de Maio de 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. **Direito Autoral**. 2.ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

USA. **Copyright Law of the United States contained in Title 17 of the United States Code**. Disponível em < <https://www.law.cornell.edu/us-code/text/17/102>> Acesso em 19 de julho 2018.

## INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Rogério Luís Marques de Mello<sup>1</sup>

### Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar as intensas mudanças tecnológicas ocorridas nos últimos anos, relacionando-as aos direitos fundamentais e sua necessária proteção jurídica. O tema da pesquisa tratou, nestes termos, da inteligência artificial, tecnologia relativamente recente e exponencialmente potencializada com a existência de grandes bancos de dados (*big data*), resultando em inovações ainda mais complexas e desafiadoras como a inteligência artificial e as redes neurais (*deep learning*). A questão a ser respondida na presente investigação fundamenta-se, especificamente, na verificação da eventual existência e eficiência de um arcabouço normativo de controle e regulação dos algoritmos no Brasil, mormente em razão da possível repercussão e ofensa a direitos fundamentais decorrentes do amplo uso dessas novas tecnologias disruptivas (intimidade, vida privada, igualdade e liberdade de expressão, dentre outros). Como hipótese, tem-se que o direito brasileiro, até o momento, não ampara de modo abrangente e satisfatório a demanda decorrente da utilização de algoritmos, exurgindo a conveniência da definição dos meios de controle e regulação da inovação tecnológica. Através do emprego de método dedutivo e detida análise bibliográfica dos diversos modos de regulação existentes e voltados, prioritariamente, a mudanças abruptas e intensas dessas novas tecnologias, conclui-se preliminarmente pela necessidade da regulação evidenciando-se, entretanto, as escolhas a serem feitas pela própria sociedade considerando, entre outros fatores, a forma e o momento mais adequado para a sua implantação. Pretendeu-se, assim, contribuir para a aprofundamento da discussão sobre o tema, detalhando suas especificidades e, sobretudo, os caminhos mais seguros e razoáveis para a seu efetivo controle.

---

<sup>1</sup> Bacharel em direito pela USP. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública. Mestrando em Direito. Professor do Curso de Direito da FUNEPE. E-mail: rogeriomello@funepe.edu.br

## INTRODUÇÃO

Diariamente são divulgadas novidades sobre a revolução que a tecnologia vem causando em vários aspectos da vida das pessoas: impressoras 3D cada vez mais sofisticadas e utilizadas para as mais diversas finalidades (impressão de carros, casas, comidas, próteses ortopédicas, tecidos e órgãos humanos, roupas, remédios, vacinas etc.); realidade virtual e aumentada; carros autônomos, nanotecnologia, inteligência artificial (*machine learning*, computação cognitiva) etc.

A par de todas as vantagens inegáveis que a tecnologia e a sua exponencial evolução oferecem, surgem vozes poderosas e dissonantes, que alertam para os seus riscos, alguns imediatos. Stephen Hawking, um dos mais proeminentes cientistas do mundo, afirmou que "o desenvolvimento da inteligência artificial total poderia significar o fim da raça humana". Entende que as formas primitivas de inteligência artificial desenvolvidas até agora têm se mostrado muito úteis, mas teme eventuais consequências de se criar máquinas que sejam equivalentes ou superiores aos humanos: "(Essas máquinas) avançariam por conta própria e se reprojeta-riam em ritmo sempre crescente", afirmou, concluindo que "os humanos, limitados pela evolução biológica lenta, não conseguiriam competir e seriam desbanca-dos"(CELLAN-JONES, 2014). Elon Musk, fundador do PayPal, CEO da fabricante do veículos Tesla Motors e da empresa aeroespacial SpaceX, considerado um dos principais protagonistas da inovação na atualidade, assevera que a inteligência artificial é um risco para a existência da nossa civilização e até que as pessoas não vejam robôs matando gente na rua não se entenderão os seus perigos e, se chegarmos até esse dia, será tarde demais. Musk acrescenta que ao contrário de comida estragada ou carros com defeitos de fábrica ou os acidentes de avião, que são regulados porque podem afetar um grupo de indivíduos, a inteligência artificial afeta toda a sociedade. Nestes termos, arremata: "costumo ser contra as regulamentações es-tritas, mas em inteligência artificial ela é necessária" (PALAZUELOS, 2017).

Através do emprego de método dedutivo e detida análise bibliográfica de diversas fontes, investigou-se o elemento chave dessas mudanças, o chamado algoritmo, de modo a verificar os diversos aspectos relacionados ao eventual controle existente sobre o seu uso no Brasil, sua adequação e suficiência.

Aprofundando o entendimento sobre os diversos modos de regulação existentes e voltados, prioritariamente, a mudanças abruptas e intensas dessas novas tecnologias constatou-se, ao final, a necessidade de melhor controle da inteligência artificial indicando, nesse sentido, a conveniente participação da sociedade na definição dos caminhos a seguir considerando, principalmente, o melhor momento e forma na realização dessa regulação.

## INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

De acordo com Klaus Schwab (2016), características marcantes da atualidade revelariam o início de uma quarta revolução industrial. Depois da transição da coleta para a agricultura há cerca de 10.000 anos atrás, o homem vivenciou diversas revoluções industriais: a primeira, entre 1760 e 1840, provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor; a segunda, no final do século XIX e início do século XX, com o advento da eletricidade e da linha de montagem; a terceira, começou na década de 1960 e costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, com o surgimento do computador pessoal e da internet. A quarta revolução industrial teve início da virada do século XXI, baseia-se na revolução digital e tem por principais características:

- **Velocidade:** ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um **ritmo exponencial e não linear**. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.

- **Amplitude e profundidade:** ela tem a revolução digital como base e **combina várias tecnologias**, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.

- **Impacto sistêmico:** ela envolve a **transformação de sistemas inteiros** entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade (SCHWAB, 2016, p. 19, grifo nosso)

Um dos principais responsáveis por essa quarta revolução seriam os algoritmos que, utilizados em equipamentos de informática e robótica, possibilitaram o

surgimento da chamada inteligência artificial. O algoritmo já é estudado desde o início da segunda guerra mundial e, atualmente ele está por toda parte: nos formulários que preenchemos para vagas de emprego, nas análises de risco a que somos submetidos em contratos com bancos e seguradoras, nos serviços que solicitamos pelos nossos smartphones, nas propagandas e nas notícias personalizadas que abarrotam nossas redes sociais (BARROS, 2017).

Algoritmo, “é a descrição sequencial dos passos que devem ser executados, de forma lógica, clara e em português, com a finalidade de facilitar a resolução de um problema” (PINHEIRO, 2013, p. 95). Em regra, os algoritmos não estão apenas ligados à tecnologia – trata-se de uma sequência lógica de instruções na busca de um resultado esperado e definido, com emprego em diversas áreas do conhecimento. Contudo, é na área tecnológica que eles adquirem maior relevância, isto porque computadores e robôs, enfim, os programas que os gerenciam, o fazem através de algoritmos formatados pelos seres humanos. São, portanto, os seres humanos que, através de algoritmos, determinam o comportamento tecnológico de programas e máquinas.

A inteligência artificial e suas variantes (*machine learning*, *deep learning* etc.) consistem, basicamente, na criação de algoritmos que podem aprender automaticamente a partir de dados. Com isso, não há a necessidade de extenso desenvolvimento de programas para a obtenção de resultados: na inteligência artificial os algoritmos são treinados para que a máquina possa aprender por conta própria e, nestes termos, passa a obter resultados não antecipadamente programados ou esperados. No chamado *deep learn* (aprendizado profundo), são criadas redes neurais artificiais (ANNs) que imitam a estrutura biológica do cérebro, formando várias camadas de “neurônios” com possibilidade de escolha de recursos específicos de aprendizado ultrapassando, inclusive, nossa capacidade de entendimento de suas reais potencialidades. E aqui, até mesmo os maiores defensores desses sistemas, admitem essa fraqueza: quando falham podem produzir resultados inexplicáveis e incoerentes, gerando perplexidade, sem que se possa entender a razão pela qual o sistema tomou tais decisões (ELIAS, 2017)

Com a massificação das informações e enorme quantidade de dados disponíveis através dos *Big Data*, é possível fazer correlações e produzir as chamadas

"informações incidentais". Ou seja, uma determinada informação não é fornecida diretamente, mas sim, garimpada num universo de dados - é uma informação indireta, obtida num processo cumulativo e que pode revelar, dentre outros interesses, o candidato favorito de alguém ou suas preferências sexuais. Acrescente-se que os algoritmos não são imparciais. Eles são enviesados pelas visões de mundo de seus programadores e, de forma geral, reforçam preconceitos e promovem desigualdades. O fenômeno *fake news*, em que as pessoas divulgam notícias falsas na internet e redes sociais, é um exemplo, diz Cathy O'Neil, matemática, uma das mais respeitadas estudiosas do chamado *Big Data* (BARROS, 2017). Na mesma linha, Paulo Sá Elias (2017) ressalta que os próprios dados utilizados no aprendizado do algoritmo podem conter esses preconceitos. Lembra de evento ocorrido com o Google, quando um programa etiquetou fotos de pessoas negras como gorilas e concluiu que a remoção de tal viés tendencioso em algoritmos não é trivial, sendo que os desvios são difíceis de serem descobertos se o algoritmo for muito complexo (como são os utilizados pelo Google e Facebook) e, pior ainda, se forem secretos.

O *facebook*, a rede social mais usada no mundo, é questionado sobre o vazamento de dados pessoais de mais de 87 milhões de usuários (SIMÕES, 2018). Já em 2013, Edward Snowden, um ex-agente da Agência de Segurança dos Estados Unidos (NSA), revelou que agências de inteligência americanas estavam monitorando secretamente milhões de telefonemas, e-mails e outras mensagens - algo que as autoridades americanas dizem ser legítimo. Na época, asseverou que o NSA construiu uma infraestrutura que lhe permite interceptar quase qualquer coisa, como colocar grampos em máquinas (computadores) e, desde que você esteja na rede, sua máquina pode ser identificada e concluiu: "você nunca estará seguro, não importa que medidas de proteção você adote." (TERRA, 2013)

Para Vernor Vinge (1993) estamos "no limiar de uma mudança comparável à ascensão da vida humana na terra", justamente em razão da criação de tecnologias com inteligência maior do que a humana e chegaremos num ponto, profetiza, em que "teremos os meios tecnológicos para criar uma inteligência super-humana. Logo após, a era humana se extinguirá". Entende que a rapidez com que tal evolução ocorre é exponencial e haverá um ponto chamado de singularidade tecnológica em que, em pequenos intervalos de tempo, ocorrerão mudanças com potencial

tecnológico infinito, levando-nos a consequências totalmente desconhecidas. Alega, ainda, que a singularidade tecnológica é fato inevitável, fundado na concorrência humana, sendo fenômeno novo que não se encaixa facilmente nos conceitos de bom ou mau, mas que, entretanto, deve aproveitar noções éticas.

A tecnologia é realidade relativamente recente no mundo e impõe, ao direito, as mudanças necessárias para o equilíbrio entre a preservação dos direitos humanos e a possibilidade de evolução da espécie humana. Clémerson Merlin Cléve (2014, p. 444) assevera que essa tecnologia, potente e onipresente, passa a exigir respostas do jurista, sendo os reflexos imediatos no direito, pois

ele deve mostrar-se apto a responder à novidade proposta pela tecnologia com a reafirmação de seu valor fundamental - a pessoa humana - e, ao mesmo tempo, fornecer a segurança necessária para que haja a previsibilidade e segurança devidas para a viabilidade da estrutura econômica dentro da tábua axiológica constitucional em harmonia com as possibilidades tecnológicas[...]

## DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira análise necessária sobre o tema diz respeito à terminologia empregada em relação aos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988, no seu título II, utiliza o termo “direitos e garantias fundamentais”. Em outras fontes, contudo, são também adotadas outras expressões como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, não havendo, inclusive, consenso conceitual acerca do significado e conteúdo dos termos utilizados (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 248)

Para José Afonso da Silva (2000, p. 182) a melhor expressão seria “direitos fundamentais do homem”, isto porque,

além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive: fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente conhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

A declaração de direitos da Constituição da República de 1988 é abrangente e traz, além de diversos direitos fundamentais expressos, outros implícitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como os resultantes de tratados internacionais que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º da CF). Nestes termos e considerando as características específicas próprias dos direitos fundamentais é que, afinal, eles podem ser definidos como

todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal (SILVA, J.A., 2000, p. 350)

É fato, porém, que a inovação tecnológica e, de modo específico, a inteligência artificial, relacionam-se intimamente com os direitos fundamentais e repercutem na própria dignidade da pessoa humana, seja na análise do direito ao desenvolvimento e suas consequências positivas ao ser humano, seja na constatação de suas eventuais falhas e abusos, com reflexos expressivos em direitos humanos fundamentais como a privacidade, a liberdade de expressão e o direito à não discriminação.

### **Direito ao desenvolvimento**

Antes mesmo do tratamento do desenvolvimento como um direito fundamental, importante a abordagem de Amartya Sen, analisando-o como um modo de superação dos problemas atuais e, nestes termos, como um

processo de eliminação de privações da liberdade, asseverando que o desenvolvimento

Tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2010, p. 29)

O desenvolvimento, em seus mais variados aspectos, é contemplado no texto constitucional em diversas passagens. Inicialmente, no próprio preâmbulo

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, **o desenvolvimento**, a igualdade e a justiça [...] (BRASIL, 1988, grifei)

É, ainda, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional”

Especificamente em relação à tecnologia, dentre algumas citações constitucionais, temos no art. 5º garantias aos autores de inovações, nos seguintes termos

Art. 5º [...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o **desenvolvimento tecnológico** e econômico do País (BRASIL, 1988, grifei)

Há, ainda, aspecto mais amplo de proteção ao desenvolvimento tecnológico e inovação se considerarmos os fundamentos da ordem econômica, baseado na livre iniciativa: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”

Ressalte-se, nesse ponto, que nenhum avanço tecnológico pode prescindir do objetivo de assegurar a dignidade da pessoa humana, que também é fundamento do Estado Democrático de Direito, assim como a própria livre iniciativa

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]  
III - a dignidade da pessoa humana  
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...] (BRASIL, 1988)

## Direitos da personalidade

Dentro da categoria dos direitos fundamentais, doutrina e jurisprudência destacam a existência de um direito geral da personalidade, incluindo todas as manifestações da personalidade humana como a privacidade, intimidade, honra e imagem, implicando em proteção ao livre desenvolvimento em relação a todo e qualquer forma de violação dos bens da personalidade, sempre com fundamento no princípio geral da dignidade da pessoa humana (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 384).

É nestes termos que Clémerson Merlin Cléve (2014, p.437) assevera que

O desenvolvimento de novas tecnologias capazes de potencializar a comunicação, e reproduzir e disponibilizar a informação em volume inédito acabou por aumentar a exposição e a pessoa a práticas que também seriam, eventualmente, lesivas a aspectos não patrimoniais de sua vida. Assim, noções como a necessidade da proteção da imagem ou da honra da pessoa, cuja exposição passou a ser potencialmente maior com o desenvolvimento das tecnologias de informação, foram ganhando corpo até que se estruturassem como direitos em si próprios que, com o tempo, passaram a fazer parte dos chamados direitos da personalidade.

O direito à privacidade, por exemplo, foi previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 nos seguintes termos:

Artigo 12º – Ninguém será sujeito a interferências na **sua vida privada**, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem

a ataques à sua honra e reputação. **Todo homem tem direito a proteção da lei contra tais interferências ou ataques** (AMBA-FRANCE, 2017, grifei)

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, por sua, dispõe que:

Art. 5º (.....)

X – são invioláveis a **intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, grifei)

Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2017), reconhecendo que o direito à intimidade estaria incluído no direito à privacidade e que esse seria aspecto mais amplo do direito, entende que a privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público, enquanto a intimidade refere-se às conversações e aos episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. Ressalta que a vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental e, sem ela, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Conclui:

o direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral. (BRANCO, MENDES, 2017, p. 247)

Patrícia Peck Pinheiro (2013) sustenta que não há lacuna jurídica na proteção do direito à privacidade na Internet; contudo, considerando o surgimento de novas questões relacionadas ao mundo digital, exige-se adequado entendimento para aplicação das normas em vigor em relação aos casos concretos. Entende que o foco da discussão deve considerar o modelo de negócios estabelecido, uma vez que a informação virou, no século XXI, riqueza e moeda de pagamento.

A liberdade de expressão também é direito previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

Artigo 19.º- Todo o indivíduo tem direito a **liberdade de opinião e de expressão**, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão (AMBAFRANCE, 2017, grifei)

Também o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, ratificado pelo Brasil, mediante sua incorporação ao direito interno em 1992, dispõe

Art. 19. (...)

1 ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha. (BRASIL, 1992a)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil, estabelece

Art. 13.1 Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (BRASIL, 1992b)

Na Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão vem garantida em diversos artigos como direito fundamental:

Art. 5º (.....)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (BRASIL, 1988)

A liberdade de expressão, pode ser entendida em termos mais amplos, abarcando a livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de comunicação, a livre expressão artística, intelectual e científica. E nestes termos,

para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 442)

Sobre o conteúdo da liberdade de expressão temos que

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não (MENDES, BRANCO, 2017, p. 235)

O avanço tecnológico e emprego desarrazoado da inteligência artificial pode repercutir, ainda, no direito à não discriminação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, estabelece

Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação (AMBA-FRANCE, 2017)

Por sua vez, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, recepcionado no ordenamento jurídico nacional através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, estabelece

#### ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos

reconhecidos no presente Pacto, **sem discriminação alguma** por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição (BRASIL, 1992a, grifei)

Da mesma forma, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, incorporada na legislação nacional através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, **sem discriminação alguma**, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (BRASIL, 1992b, grifei)

Na Constituição Brasileira, a não discriminação é tida como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988)

Ainda, o princípio da não discriminação está previsto não só na rubrica dos direitos fundamentais (art. 5º) bem como em outros tópicos específicos como, por exemplo, na proteção ao trabalhador portador de deficiência (art. 7º), da criança e adolescente (art. 227) e na exação de tributos (art. 150)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1988)

Para Mallet (2008) discriminação é a desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável, ilegítima, intolerável diante das circunstâncias e dos padrões então vigentes. Nestes termos, assevera que “se a justiça se relaciona com a igualdade, e a igualdade repele a discriminação, a discriminação é também a negação da justiça.” (MALLET, 2008, p. 241)

O próprio Código Civil protege os direitos da personalidade, como honra, imagem e privacidade, nos seguintes termos

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.

[...]

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

[...]

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (BRASIL, 2002c)

Constata-se, portanto, de um lado, a importância das evoluções tecnológicas na melhoria da qualidade de vida das pessoas; de outro, os receios e riscos (imaginários ou concretos) dessa rápida mudança social.

## **PONDERAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Do exposto, observa-se que os direitos humanos fundamentais não devem ser diminuídos em razão da utilização da tecnologia: pelo contrário, a tecnologia, em grande medida, pode e deve ser ferramenta de acesso e ampliação aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Para a adequada ponderação dos valores envolvidos no caso concreto, utiliza-se da regra da proporcionalidade que “não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da

estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos” (SILVA, V.A., 2002, p. 46).

A existência de colisão de direitos fundamentais por titulares diferentes deve ser analisada caso a caso e não há dúvida de que os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo e

devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade) (MENDES, BRANCO, 2017, p. 214)

## REGULAÇÃO E CONTROLE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O arcabouço jurídico existente, atualmente, no Brasil, em alguma medida, fornece subsídios adequados para a tutela dos direitos fundamentais frente a eventuais danos provocadas pela inteligência artificial. Segundo o Código Civil, por exemplo, o ato ilícito obriga à reparação do dano

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002c)

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, (BRASIL, 2014), o chamado Marco Civil da Internet, por sua vez, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil evidenciando, a par de outros fundamentos e ditames voltados ao desenvolvimento tecnológico, a necessária proteção aos direitos humanos. Contudo, em profunda análise sobre a Lei nº nº12.965/14, Eduardo Tomasevicius Filho (2016) salienta que são poucos os pontos positivos da norma: por exemplo, a vedação de mecanismos de censura, bloqueio, monitoramento, filtragem e análise de dados que trafegam pela infraestrutura da internet dentro do

território brasileiro; a regulamentação dos procedimentos judiciais específicos para obtenção dos registros de navegação para fins de instrução processual civil e penal; sobre *cookies*<sup>2</sup>, a definição de que as páginas de internet terão que informar a pretensão de coleta de informações do usuário. Quanto à proteção do usuário, trouxe norma mais benéfica ao violador que o Código Civil: neste, o usuário poderia acionar provedor e/ou usuário violador enquanto no Marco Civil da Internet o acionamento do provedor é apenas subsidiário. A par desses poucos avanços, Tomasevicius entende que há falhas na legislação ao manter a pretensão de solucionar problemas de escala mundial por meio de uma lei nacional, com demonstrações de desconhecimento do funcionamento da internet. Finaliza asseverando que de nada adianta o Brasil ter um Marco Civil da Internet enquanto outros países não têm legislação similar, sendo imprescindível a criação de Lei Uniforme, Convenção Internacional sobre o uso da internet ou uma Declaração Universal dos Direitos dos Usuários de Internet, inspirando outros países à mudança de suas respectivas legislações.

Afinal: por que e como regular tecnologias que envolvem a transformação de sistemas inteiros e, nestes termos, são consideradas disruptivas? Patrícia Baptista e Clara I. Keller (2016) analisam diversas respostas possíveis aventadas por variados autores: falhas de mercados; promoção de direitos fundamentais e de valores sociais e culturais; a inclusão de grupos minoritários e excluídos; a proteção de interesses intergeracionais; demandas redistributivas; e por fim, as falhas de escolha. Acrescentam que “é possível observar, ainda, a necessidade de preservação e promoção da inovação — que, de forma geral, pode ser entendida como a capacidade de traduzir novas ideias em resultados econômicos desejáveis” (BAPTISTA, KELLER, 2016, p. 141). Já sobre o momento mais adequado para a regulação de tecnologias disruptivas, entendem vigorar o dilema de *Collingridge* que se dá

diante das opções por uma intervenção mais espontânea (quando ainda não há informação suficiente sobre aquela tecnologia) ou por agir em um estágio mais tardio, quando a tecnologia já está mais arraigada, estável e, possivelmente, menos propícia à intervenção externa (BENNETT apud BAPTISTA, KELLER, 2016, p. 146)

Acerca da extensão da regulação, Baptista e Keller (2016) entendem que deve-se analisar quais valores pretende-se tutelar a partir das premissas constitucionais de um Estado Democrático de Direito possibilitando, basicamente, duas posições: uma cautelosa, limitando-se a garantir segurança e liberdades e outra mais ativa, atingindo amplo espectro de interesses. Ainda, o tipo de regulação, que pode

---

<sup>2</sup> *Cookies* são arquivos instalados nos computadores ou telefones para registrar informações e preferências dos usuários quando acessam determinada página na internet conforme previsto no Art. 7º, VIII da Lei nº12.965/14.

ter viés essencialmente público, com foco nas garantias constitucionais, como a privacidade e as liberdades de um modo geral; ou assento no direito privado considerando as relações contratuais que se estabelecem e a autonomia da vontade; há espaço, ainda, para abordagens regulatórias considerando o direito do trabalho e o direito penal, por exemplo. Não se descarta, ainda, da importância da autorregulação, quando

os próprios agentes privados ficam encarregados de estabelecer seus padrões de qualidade e desempenho como condição de sobrevivência no mercado [...] muitas vezes falta ao regulador a expertise para regular, nos moldes tradicionais, as inovações tecnológicas, além de recursos e de pessoal (BAPTISTA, KELLER, 2016, p. 156)

Diante do amplo espaço de discussão e variados posicionamentos acerca da possibilidade de regulação de novas tecnologias, tende-se a concluir que um bom modelo envolverá a combinação de mais de uma estratégia regulatória, enfatizando-se a importância do envolvimento da coletividade no processo regulatório, único ponto comum verificado nos vários estudos sobre o tema (BAPTISTA, KELLER, 2016).

Por sua vez, o Conselho de Política Pública dos EUA da *Association for Computing Machinery* (USACM), juntamente com o Comitê de Política do Conselho da Europa da ACM (EUACM), ambos criados com o objetivo de fazer recomendações de políticas públicas que se baseiam em evidências científicas, seguem as melhores práticas reconhecidas em computação e são fundamentadas no Código de Ética da *Association for Computing Machinery* (ACM), identificaram um

conjunto de princípios destinados a assegurar justiça neste ecossistema político e tecnológico em evolução: (1) consciência; (2) acesso e reparação; (3) prestação de contas; (4) explicação; (5) proveniência de dados; (6) capacidade de auditoria; e (7) validação e teste. **Consciência** consiste em educar o público sobre o grau em que a tomada de decisão é automatizada. **Acesso e reparação** significa que existe uma maneira de investigar e corrigir decisões erradas. **Responsabilidade** rejeita a deflexão comum de culpa para um sistema automatizado, garantindo que aqueles que implantam um algoritmo não podem evitar a responsabilidade por suas ações. **Explicação** significa que a lógica do algoritmo, não importa o quão complexo, deve ser comunicável em termos humanos. [...] conhecer as fontes de dados e sua confiabilidade - isto é, sua **proveniência** - é essencial. A **capacidade de auditoria** para um sistema de tomada de decisões requer registro e manutenção de registros, por exemplo, para resolução de disputas ou conformidade regulatória. Finalmente, a **validação e o teste** em uma base contínua significa que técnicas como testes

de regressão, verificação de casos específicos ou estratégias de formação de equipes usadas na segurança de computadores devem ser empregadas para aumentar a confiança em sistemas automatizados (GARFINKEL et. al, 2017, p. 5, grifei)

Paulo Sá Elias (2018), analisando os resultados preliminares de inquérito pelo Comitê de Ciência e Tecnologia do Parlamento da Inglaterra sobre o uso crescente da inteligência artificial na tomada de decisões e seus impactos, entende que sua regulação parece ser utópica em razão das modificações que sofre a cada dia. Ressalta que vários sistemas algorítmicos, inclusive comercializados por grandes empresas, não estão imunes a interesses político, econômicos, militares, estratégicos, de inteligência e tudo mais e, nestes termos, são tendenciosos. Contudo, haveria a possibilidade de auditorias com a finalidade de detectar a eventual produção de decisões enviesadas e, portanto, prejudiciais, explicando e explicitando as condições de sua ocorrência. Nestes termos, ainda que esperada certa resistência dos detentores da tecnologia algorítmica considerando sua preocupação na eventual divulgação de segredos industriais, entende-se que a tomada de decisão algorítmica só será responsável, transparente e justa, com a adequada cooperação dos controladores de dados com as auditorias, ainda que através de decisões judiciais ou determinações por legislação específica. Conclui que há diversos interesses concorrentes envolvidos nas decisões algorítmicas e que, para equilibrá-los

governos devem explorar a necessidade da criação de um *watchdog* (órgão fiscalizador) em inteligência artificial, ou outro organismo regulador de confiança e totalmente independente. qualquer um desses órgãos precisaria ser equipado com os conhecimentos adequados (de direito, ética e informática), recursos e autoridade de auditoria (para fazer inspeções) - tudo para garantir que a tomada de decisão algorítmica seja justa, imparcial e transparente. bem como os resultados apresentados aos cidadãos (ELIAS, 2018)

## CONCLUSÃO

A inovação tecnológica agrega, na atualidade, três características bem definidas: a exponencialidade no surgimento de novas tecnologias; tecnologias disruptivas, que rompem com padrões até então vigentes, impondo novas dinâmicas na sociedade; e a convergência entre tecnologias, potencializando as características anteriores em relação ao momento (exponencialidade) e impacto (disrupção) das inovações. O algoritmo, elemento fundamental das novas tecnologias e, conseqüentemente, dos novos conceitos de inteligência artificial e redes neurais

(combinado cada vez mais com enormes bancos de dados e informações - *big data*), torna-se ainda mais poderoso, seja na realização das inovações tecnológicas e consequentes benefícios à humanidade; seja, com igual intensidade, na possibilidade de danos e violações aos direitos fundamentais das pessoas, nos mais variados aspectos. Analisando as variáveis relacionadas ao controle, transparência e prestação de contas acerca das atividades relacionadas à inteligência, conclui-se pela necessidade de adequado acompanhamento na sua implantação e desenvolvimento.

Diante dos pressupostos constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e dignidade da pessoa humana ao Estado incumbe, desde já, ações de fiscalização, incentivo e planejamento relacionados à inovação tecnológica buscando o equilíbrio entre a evolução e o desenvolvimento, de um lado, e a preservação dos direitos fundamentais, de outro. Em relação ao momento adequado de implantação da regulação de algoritmos, deve-se considerar o dilema de *Collingridge*, buscando o adequado equilíbrio entre uma regulação excessivamente prematura em relação à sedimentações das práticas envolvidas (mas maiores garantias aos usuários e menor resistência) e uma implantação tardia, com maior definição do setor e rotinas a serem reguladas (mas com lenta imposição de garantias aos usuários e maior resistência). Quanto à intensidade de regulação, mais uma vez deve-se buscar o equilíbrio entre o mínimo, que implica na preservação de garantias e direitos aos usuários e algo mais invasivo, com a finalidade de promover diversos interesses além daqueles relacionados à saúde e à segurança. Ainda, considerando a opacidade relacionada aos algoritmos e os direitos industriais de invenção relacionados, interessante a ideia de certificações que garantam a imparcialidade dos sistemas, proporcionando maior segurança aos usuários. Nestes termos, parece imprescindível a definição de Tratados e Pactos Internacionais vinculando ações e compromissos da maioria dos países, a fim de alcançar em termos amplos, a adequada utilização de algoritmos, considerando que a tecnologia e sua utilização inadequada não se restringe a fronteiras físicas.

Por fim, todas essas considerações e decisões relacionadas à inteligência artificial, sua crescente complexidade, abrangência e capilaridade nos mais diversos aspectos da vida social, parecem exigir a criação de uma agência reguladora que, considerando as particularidades que envolvem o tema, possa efetiva e adequadamente realizar o controle da inteligência artificial e o necessário equilíbrio entre inovação tecnológica e direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBAFRANCE. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, 2017. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em: 30 abr 2018.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659> Acesso em: 01 maio 2018.

BARROS, Carlos Juliano. Algoritmos das rede sociais promovem preconceito e desigualdade, diz matemática de Harvard, **BBC Brasil**, São Paulo, dez. 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-42398331>. Acesso em: 11 abr 2018.

BENNETT MOSES, Lyria. How to think about law, regulation and technology: problems with 'technology' as a regulatory target law. **Innovation and Technology**, p. 1-20, 2013.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 11 abr 2018.

BRASIL. **DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Convenção americana de direitos humanos, 1992b. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em 11 abr 2018.

BRASIL. **DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, 1992a Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 11 abr 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil, 2002c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 11 abr 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 12 abr 2018.

CELLAN-JONES, Rory. Stephen Hawking: Inteligência artificial pode destruir a humanidade, **BBC Brasil**, São Paulo, dez. 2014. Disponível em [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141202\\_hawking\\_inteligencia\\_pai](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141202_hawking_inteligencia_pai). Acesso em 22 mar 2018.

CLEVE, Clemerson Merlin, coord. **Direito constitucional brasileiro - teoria da constituição e direitos fundamentais**, v.1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos e inteligência artificial exigem atenção do Direito, **Consultor Jurídico**, 20 nov 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>. Acesso em: 10 abr 2018.

\_\_\_\_\_. Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito. E-Gov: **Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**, maio 2018. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/algoritmos-inteligencia-artificial-e-o-direito>>. Acesso em: 16 junh 2018.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, São Paulo, vol.30, n. 86, p. 269-285, jan/abr. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/115093>. Acesso em: 17 abr 2018.

GARFINKEL, Simson; MATTHEWS, Jeanna; SHAPIRO, Stuart S.; SMITH, Jonathan M. **Toward algorithmic transparency and accountability. Communications for ACM**, v. 60, n. 9, p. 5, 2017. Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2017/9/220423-toward-algorithmic-transparency-and-accountability/fulltext>. Acesso em: 16 jun 2018.

MALLET, Estêvão. Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 241 - 267 jan./dez. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PALAZUELOS, Félix. Elon Musk: “A inteligência artificial ameaça a existência da nossa civilização”, **El País Brasil**, Madrid, jul.2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/17/tecnologia/1500289809\\_008679.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/17/tecnologia/1500289809_008679.html). Acesso em: 22 mar 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n. 798, p. 23-50. 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 16 abr 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000,

SIMÕES, Helton Gomes. **Em depoimento de 5 horas ao Senado americano, Mark Zuckerberg admite erros do Facebook**, G1, Rio de Janeiro, abr. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/mark-zuckerberg-depoe-ao-senado-sobre-uso-de-dados-pelo-facebook.ghtml>. Acesso em: 01 maios 2018.

TERRA. Conheça Edward Snowden e os motivos que o levaram a vazar programa da CIA, **BBC Brasil**, São Paulo, jun. 2013. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/estados-unidos/conheca-edward-snowden-e-os-motivos-que-o-levaram-a-vazar-programa-da-cia,c1fa3de2b4c2f310VgnCLD2000000ec6eboaRCRD.html>. Acesso em: 26 mar 2018.

VINGE, Vernor. Technological Singularity. **Whole Earth Review**. December. 1993. Disponível em: <https://www.cp.eng.chula.ac.th/~fyta/213/ReadingList/Vernor%20Vinge%20-%20Singularity.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

## A NOVA TERCEIRIZAÇÃO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

*Thábata Biazuz Veronese<sup>1</sup>*

### **Resumo**

O presente artigo destaca, dentro da contextualização da sociedade contemporânea, a nova conjuntura delineada pela Reforma Trabalhista com a nova regulamentação da terceirização. As inovações feitas pela Lei n.º 13.429/2017 apresentaram como justificativa a necessidade de adequação regulamentação legal sobre a terceirização em razão da modernização das relações de trabalho. A nova realidade legislativa impõe a pesquisa acerca das alterações sobre a terceirização e instiga a investigar as reais causas as mudanças. Incumbe pesquisar se a Reforma Trabalhista, no que tange à terceirização, foi desenhada de acordo com a real necessidade de uma normatização legal ou ao atendimento de outros interesses. Por fim, busca-se concluir se a nova terceirização pode ser considerada eficiente para garantir os direitos trabalhistas, de acordo com a realidade social e jurídica.

---

<sup>1</sup> Thábata Biazuz Veronese é mestre em Direito Negocial, docente na FUNEPE e coordenadora do curso de Direito da FAFIPE/FUNEPE. thabatabv@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O Direito pode ser definido como o conjunto de regras e princípios que trazem em seus enunciados modelos de comportamentos emanados do Estado e imposto a todos coercitivamente. Enquanto modelos de comportamentos, as regras devem ser atualizadas de acordo com as nuances que os valores sociais vão atribuindo à interpretação dos princípios que regem as sociedades.

A evolução da sociedade impulsiona a alteração da legislação, em uma necessidade de consonância entre os fatos e valores sociais e o Direito positivado.

O Direito está sempre se retroalimentando em uma superação de si mesmo, por meio das novas normas que surgem atualizando os diversos temas que exigem uma regulamentação jurídica a fim de harmonizar a vida em sociedade.

No Brasil, especialmente, o princípio da legalidade assegurado no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O princípio da legalidade induz na sociedade brasileira uma cultura ideológica de que há necessidade de uma lei escrita específica sobre todos os temas possíveis em decorrência das mais diversas relações sociais, as quais devem ser tratadas como relações jurídicas com a normatização legal.

Assim, o tema da terceirização, até então tratado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, foi regulamentado recentemente pela Reforma Trabalhista, após muitas discussões e propostas legislativas. Esta inovação normativa sugerida traz novos contornos acerca das responsabilidades sobre os direitos trabalhistas decorrentes de terceirização. Já implementada desde 11/11/2017, imersa em um novo contexto social e político marcado por uma crise econômica e política, além de um índice alarmante de

desemprego, fomenta uma celeuma em torno da manutenção da garantia das responsabilidades em relação aos direitos trabalhistas fundamentais que amoldam a democracia.

Neste liame, incumbe aclarar a caracterização da terceirização, inserida no contexto da democracia delineada na Constituição Federal de 1988 e dos fundamentos da legislação trabalhista, em uma análise acerca da necessidade de sua contextualização.

Pretende-se com o presente artigo analisar as orientações traçadas em manuais e artigos científicos que abordam a terceirização e as responsabilidades acerca dos direitos trabalhistas dos contratos de trabalho firmados nos moldes da terceirização. E, tecendo a teia que envolve o presente tema, atingir os limites constitucionais de alterações normativas à possibilidade de ampliação da terceirização, sem prejuízo à democracia e aos direitos trabalhistas.

Por fim, propõe-se uma análise do texto da Reforma Trabalhista em comparação com a Súmula n.º 331 do TST, para verificar, diante das propostas de mudanças para a autorização da terceirização, se as críticas surgidas no seio doutrinário e social sobre um eventual retrocesso social perfazem pertinência, ou se as alterações resultam em uma mera atualização do instituto assaz necessária na contemporaneidade.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

O Estado de Direito consagrou-se após o fracasso do Estado liberal reinante até meados seguintes após a Primeira Guerra Mundial. A ausência total de intervenção estatal responsável pelo colapso na economia mundial foi o gérmen propulsor de seu próprio fim, fazendo com que o Estado tomasse para si a responsabilidade de estabelecer a ordem através de normas

jurídicas, positivando a atuação do Estado nas mais diversas áreas de interesse social, destacando-se o domínio econômico, e inaugurando, assim, o papel do Estado como regulador da economia.

Essa ideia de reger as relações econômicas recebe uma nova dimensão quando se expandem as relações interestatais, iniciadas, é bem verdade, desde a expansão ultramarina, mas intensificada após a Revolução Industrial, com as constantes trocas dos bens de produção e bens manufaturados, exigindo, pois, uma nova resposta do Direito para a segurança destas atividades.

Desde o surgimento do Estado, vários contornos foram dados à sua figura. Primeiramente, formou-se o Estado absolutista, como forma de assegurar a propriedade dos cidadãos, garantindo-lhes segurança, em que o monarca concentrava todo o poder na sua pessoa, confundindo-se Estado e governante. A valorização das liberdades individuais, enaltecidas com a Revolução Inglesa de 1689, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, fez surgir o Estado liberal, onde houve a diminuição do poder estatal e o aumento das liberdades individuais. A partir do início do século passado, iniciaram-se alguns movimentos revolucionários, como aqueles que deram origem à Constituição Mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919, inaugurando os novos pilares do que seria o Estado democrático. A democracia imbuí o Estado de maior preocupação com os anseios sociais, intervindo mais na vida privada dos cidadãos para prestar os direitos sociais.

Em cada fase do desenvolvimento estatal, percebe-se nitidamente a função do Estado na sociedade de cada época. Contudo, hoje, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, ainda possui alguns lampejos do Estado liberal, mas se apresenta, no geral, como uma tentativa frustrada de se implementar o Estado social.

Entrementes, a Constituição Federal de 1988 instalou formalmente

a democracia no Brasil. A democracia consiste em uma das formas de governo, na qual o poder político emana do povo e em seu nome é exercido. Nesta governança, o titular do poder, o povo, exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos legitimamente, mas sempre em favor dos interesses do povo. Desta delimitação decorre a afirmação de que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo.

Portanto, somente por meio dos embates constitucionais travados por meio da palavra difundida na tribuna, o povo logrará êxito em alcançar a verdadeira democracia. É preciso que se estabeleça a verdadeira participação do povo em grau de soberania e não apenas por formalismo ou simbolismo (BONAVIDES, 2001, p. 48-49).

Para que a democracia cumpra seu papel de atender os interesses públicos, sua conformação não pode ficar presa a um conceito estático dogmatizado. Faz-se mister sua constante atualização, de acordo com a repaginação e a interpretação dos valores sociais e suas implicações práticas, para que haja a reafirmação dos direitos fundamentais conquistados pelo povo e que fundamentam a democracia.

Nosso mundo tem um pouco de tudo – horror e progresso, criação e destruição, prazer e dor, luzes e trevas –, e todo espírito crítico que honre a si próprio não pode deixar de interrogá-lo, de modo a explorar sua contraditória ambiguidade e pensar o novo que está emergindo das contrações da modernidade. Para interpelar inteligentemente o presente, a crítica precisa compreender de que maneira o hoje prepara o amanhã, que futuros possíveis se delineiam e que caminhos se nos oferecem para que os alcancemos (NOGUEIRA, 2005, p. 110).

Os direitos sociais, nos quais estão inseridos os direitos trabalhistas, necessitam de uma revalidação, de acordo com a conjuntura social. Os meandros do desenvolvimento da sociedade exigem uma postura do Direito, no sentido de regulamentar os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, bem como assegurar sua observância concreta e a aplicação

de sanções em caso de desrespeito.

## **Objetivos do Estado democrático de Direito**

A palavra democracia tem origem no grego *demokratía*, composta por *demos* (povo) e *kratos* (poder), tendo por significado literal “poder do povo”.

Democracia consiste em uma forma de governo na qual a soberania do poder é exercida pelo povo por meio do sufrágio universal, pelo qual os cidadãos elegíveis participam igualmente e elegem seus representantes para fazerem as leis.

Entre as principais funções da democracia encontra-se a proteção aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas. (BONAVIDES, 2008, p. 375).

Os direitos fundamentais se apresentam como salvaguarda da dignidade da pessoa humana, através da argumentação dialética que engloba a razão, vontade e sensibilidade, unidas na elaboração, interpretação e aplicação do Direito, enquanto instrumento de defesa dessa dignidade. E o Estado democrático de Direito visa exatamente o respeito a essa dignidade, uma vez que esta é a sua própria base que orienta o exercício do poder. O poder no Estado Democrático de Direito tem a função de efetivar os direitos fundamentais. (GOMES, 2005, p. 95-96).

A Constituição Federal de 1988 recebe a classificação de garantia, porque enuncia os direitos das pessoas, limitando o exercício abusivo do poder e dando garantias aos indivíduos. Também é considerada dirigente, pois não se limita a organizar o poder, mas preordena sua atuação por meio de programas vinculantes.

Assim, existem os programas constitucionais, desenvolvidos por quem se encontra no exercício do poder. Na sequência, há a direção política

permanente, imposta pelas normas constitucionais, e a direção política contingente, imposta pelos partidos políticos que se encontram no governo. O problema consiste em prever programas a serem dirigidos, mas sem prazo ou meios de execução para alcançar os objetivos.

### **A Constituição Federal de 1988 como berço da democracia e dos direitos sociais trabalhistas**

O novo contexto da sociedade contemporânea exige um novo contorno da democracia. Especificamente no caso brasileiro, os contornos de uma Constituição dirigente imploram a integração dos cidadãos no meio da sociedade estatal para a afirmação dos direitos fundamentais.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no Art. 3º propõe-se a “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, e, segundo o Art. 1º, como fundamentos estão “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e a “dignidade da pessoa humana”. Estes preceitos constitucionais contornam a lógica da proteção ao empregado nas relações de trabalho.

A raiz constitucional dos direitos sociais trabalhistas, nesses termos, permite considerar a terceirização como um apanágio reconhecido juridicamente para a população brasileira na tentativa de cumprir a busca pelo pleno emprego e a garantia dos direitos trabalhistas do empregado.

A conformação constitucional nesta perspectiva se reafirma no Art. 170, segundo o qual “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Neste viés se afirma que a Constituição Federal de 1988 optou por contemplar um modelo econômico de valorização do emprego. A razão desta opção está na busca pelo respeito à dignidade da pessoa humana, no

sentido de permitir que a pessoa tenha assegurados os meios de conseguir sua subsistência de forma digna.

O papel do Direito, consubstanciado no regime jurídico socioeconômico constitucional tem a faceta de tutelar a proteção ao emprego, em prol do fim comum da dignidade da pessoa humana, valor maior de uma democracia.

Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna do homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos, e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência. (GOMES, 2005, p. 77)

O Estado não pode se limitar a incentivar a iniciativa privada a criar e manter os níveis de emprego. As recentes transformações dogmáticas no contexto social da atividade econômica exigem do Governo a instrumentalização normativa de meios que permitam garantir o reconhecimento do vínculo de emprego e os direitos trabalhistas.

Atualmente, a sociedade brasileira, fundada em valores sociais, tem o direito ao trabalho remunerado como decorrente do direito maior à vida, uma vez que, para grande parte da população, é a remuneração obtida pelo trabalhador por meio de seu emprego que ele retira os meios para sua sobrevivência e de sua família.

O pleno emprego pode ser definido como uma condição social em que todas as pessoas aptas a trabalhar e estejam dispostas a fazê-lo possuam um trabalho remunerado. Portanto, o pleno emprego decorre da democratização das relações de trabalho (ASSIS, 2002, p. 17).

A conformação do pleno emprego como um direito é uma

expressão do Estado Social, que tem como pressuposto a intervenção estatal na ordem econômica que pode definir a função e até mesmo do conteúdo de determinados direitos. Sendo assim, a noção de direito ao trabalho remunerado ou o pleno emprego nasce a partir da conformação desses direitos sociais, como direitos fundamentais de segunda dimensão (RÊGO).

No atual regime democrático constitucional, a busca pelo pleno emprego perfaz um dos objetivos do Estado brasileiro para reduzir as desigualdades sociais decorrentes dos índices de desemprego.

Entre os direitos sociais, estão previstos no art.º 7º da Constituição Federal, os direitos trabalhistas. Portanto, a CLT e as demais leis trabalhistas detalham os direitos trabalhistas antes assegurados no texto constitucional como direitos fundamentais, base do Estado social democrático de Direito.

Os direitos trabalhistas recebem realce social, sobretudo, pelo destaque nas relações de produção, destinadas a mover e promover as economias nacionais e internacionais, especialmente no atual contexto de globalização. Por outro lado, são os direitos trabalhistas que permitem a inclusão social e a participação ativa das pessoas na sociedade. Por isso, a elevação constitucional do trabalho como direito fundamental.

Não se pode falar em Estado democrático de Direito sem meios de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em relação ao trabalho digno. Não basta a Constituição Federal prever quais são os direitos sociais trabalhistas, mas é preciso instituir e promover meios de efetivá-los e cumprir o compromisso de melhorar as condições de trabalho progressivamente, ante a proibição de retrocesso social.

Diante da crise econômica mundial que se arrasta desde meados de 2010, e que, desde meados de 2014, alcançou inclusive o Brasil, a situação dos desempregados se agrava diante da recessão.

A necessidade de regulamentação legal e os pretensos moldes a serem aplicados aos direitos sociais trabalhistas podem consubstanciar verdadeiros limites a garantias assaz conquistadas.

Eis um dos desafios dos direitos sociais a ser enfrentado. A necessidade de regulamentação e definição de políticas públicas sociais trabalhistas encontra limites nas demandas da economia de mercado. E não bastam os fundamentos jurídicos formais se estes não buscarem de fato um progresso social, mas um retrocesso social sublimado.

Portanto, as alterações legislativas acerca da terceirização devem ser analisadas para se verificar se realmente podem proporcionar eficácia aos direitos sociais trabalhistas constitucionais, a fim de promover o bem de todos e o progresso nacional.

## **A TERCEIRIZAÇÃO**

A terceirização é um fenômeno segundo o qual uma empresa tomadora contrata serviços de uma empresa prestadora, que, por sua vez, contrata empregados para tal prestação.

O empregado se encontra vinculado juridicamente à empresa prestadora, com a qual possui o contrato de emprego, mas economicamente se encontra vinculado à empresa tomadora, a qual paga o valor do contrato de prestação de serviços da empresa prestadora e, deste valor, esta repassa o salário do empregado.

A finalidade do instituto se propõe a intermediar por uma terceira pessoa a relação empregador-empregado, na contratação dos serviços. Contudo, o ponto fundamental desta intermediação refere-se à responsabilidade pelos direitos trabalhistas.

Por muito tempo, a terceirização foi regulamentada pela Súmula 331 do TST, ante a ausência de um texto legal específico. Surgiram no Congresso Nacional, vários projetos de lei, com propostas de normatização do instituto, sob o argumento da necessidade de uma regulamentação legal. Por fim, a Reforma Trabalhista encerrou o assunto regulamentando o tema dentro da

CLT.

### **Origem da terceirização: fordismo x toyotismo**

A origem da terceirização remonta à época da Revolução Industrial, por volta de 1960, quando houve uma reengenharia produtiva com a transformação do modelo de acumulação econômica, que deu origem ao fordismo.

Antes, o engenheiro estadunidense Frederick Winslow Taylor (1856-1915), na busca por uma indústria com a máxima produtividade, criou a teoria da Administração Científica, também chamada de taylorismo, na qual a indústria, em um sistema de produção mecanizado, setorizava a produção em escalas previsíveis por tarefas especializadas de um processo em produção em várias partes. Neste modo de produção, o trabalhador era mera peça executora das ordens de trabalho, em que sua força de trabalho era mera executora de etapas do processo de produção (BARBOSA, 2008).

O fordismo consiste em um termo criado por Antonio Gramsci, em 1922, para se referir aos sistemas de produção em massa idealizado em 1913 pelo empresário Henry Ford (1863-1947), fundador da Ford Motor Company, nos Estados Unidos. Trata-se de uma forma de racionalização da produção capitalista baseada em inovações técnicas e organizacionais dispostas à produção em massa para atender o consumo em massa da época. Neste modelo, a Ford foi, por muito tempo, a maior fabricante de automóveis do mundo (MONTELLO, 1995, p. 45).

A empresa não somente concentrava todas as atividades sob sua responsabilidade, como organizava os trabalhadores sob seu comando direto, por meio de uma estrutura hierarquizada verticalmente (CARELLI, 2004, p. 43-44).

Por meio do fordismo se constituiu o chamado operário-massa

(ANTUNES, 2011, p. 23), próprio da indústria capitalista e verticalizada, voltada para uma economia em expansão e um mercado consumidor em massa.

Pode-se atribuir ao fordismo o desenvolvimento de uma significativa intensificação do trabalho humano, uma vez que impõe ao trabalhador a velocidade automática da linha de montagem (PINTO, 2010, p. 38). A crítica reside na coisificação do trabalhador, por criar uma confusa identificação entre a pessoa do trabalhador e o objeto de trabalho na escala de produção industrial.

O sistema fordista surgiu e cresceu em um período de crescimento econômico no contexto do Estado de bem-estar social, contando com um mercado consumidor em expansão. Por isso, a produção teria que ser feita em grandes quantidades e sem muita diferenciação, a fim de poder atender o mercado consumidor em massa.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o choque do petróleo e a diminuição do consumo, surge no Japão, um novo modo de organização da produção capitalista, intitulado toyotismo. Este modelo de produção enxuta passa a substituir gradativamente o fordismo.

Mais precisamente, foi na fábrica da Toyota, em meio a uma crise financeira e a guerra da Coreia (1950-1953), ante o pedido de tropas estadunidenses de pequenas séries de diferentes peças, o presidente fundador Kii-chiro Toyoda percebeu a necessidade de aumentar a capacidade de produção, sem contratação de novos trabalhadores (CORIAT, 1994, p. 38). Assim, passou-se a exigir de um único operário a capacidade de operar diversas máquinas (ANTUNES, 2011, p. 33). Surge uma nova exigência do trabalhador de ser qualificado para poder atender múltiplas funções.

O pós-fordismo apresenta um modelo de gestão produtiva que se diferencia do fordismo, no que se refere, em especial, a organização do trabalho e da produção. Assim, ao invés de centrar-se na produção em massa, fundamenta-se na ideia de flexibilidade. A ideia consiste em trabalhar com

estoques reduzidos, voltando-se para a fabricação de pequenas quantidades, para tentar atender aos pedidos feitos em cada momento, o que permite um acompanhamento maior das tendências do mercado e das rápidas transformações dos padrões de consumo.

Ao contrário do sistema taylorista/fordista, no qual a somatória do tempo das mínimas operações de cada um dos trabalhadores era previamente fixada e determinava a capacidade produtiva do sistema como um todo, no sistema toyotista, o que importa é o tempo de “ciclo de atividades” realizadas em cada célula e, conseqüentemente, em cada posto de trabalho, sendo ambos variáveis, ou restabelecidos permanentemente de acordo com a variação da demanda geral. (PINTO, 2010, p. 69)

Desse modo, a empresa hierarquizada passa a ser organizada de forma horizontal, e as atividades são centralizadas no objetivo precípua da empresa, ou seja, sua atividade-fim, reunindo à sua volta prestadoras de serviço que se ocupam das atividades-meio (BARBOSA, 2008).

No Brasil, a partir da década de 1960, a terceirização também começou a aparecer em práticas empresariais de diversos setores da economia privada, para depois alcançar também o setor público (VIANA, DELGADO, AMORIM, 2011, p. 54). Na década de 1990, uma crise econômica impulsionou a terceirização como recurso de sobrevivência das empresas (SILVA, 1997, p. 55).

A inserção de inovações tecnológicas no cenário industrial, como a automação, a robótica, a microeletrônica afetaram sensivelmente as relações de trabalho e de acumulação de capital. Com o argumento de atender os padrões de consumo e a necessidade de modernização do papel do Estado, instaurou-se um novo sistema de acumulação de capital e contratação de mão de obra, ambos fundamentados na necessidade de flexibilidade. Na verdade, a flexibilidade amplia a subcontratação de mão de obra em busca de maior produtividade.

A característica do toytismo de multiplicidade de capacitações do

trabalhador por exigir que opere com diversas máquinas, sujeito às pressões do mercado por produtividade, resulta em uma maior exploração do trabalho humano.

### **A terceirização na Súmula 331 do TST**

A terceirização surgiu com a subcontratação de serviços ligados às atividades-meio, como limpeza, para a empresa focar nas atividades-fim, em especial a produção.

Há dois tipos de terceirização: a pessoal e a material. A terceirização pessoal caracteriza-se pela contratação de serviços distintos da atividade principal da empresa, como limpeza, ascensorista e vigilância. A terceirização material tem a contratação de serviços próprios da atividade produtiva da empresa.

A terceirização significa a contratação de serviço da empresa prestadora e não de mão de obra. Ou seja, a empresa prestadora pode reorganizar seus serviços sem interferência da tomadora. Esta é uma orientação da OIT, no art. 1º, *a*, do Anexo da Declaração da OIT, de 1944, reconhecida pela Súmula n.º 331 do TST, de obstar a mera intermediação da mão de obra, como se a mão de obra fosse uma mercadoria.

A terceirização no Brasil ainda não possui regulamentação específica em lei. O seu regimento jurídico se dá hoje, exclusivamente, pela Súmula n.º 331 do TST.

Visando suprir a carência de regulamentação legal específica, o TST sentiu-se na obrigação de se posicionar sobre o assunto. Embora as Súmulas representem em regra, apenas um entendimento majoritário dos Tribunais, a Súmula 331 do TST assumiu um papel normativo, ante a inexistência de lei específica sobre a terceirização (FURTADO, 2010).

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Inicialmente, percebe-se que a terceirização aumenta o custo da empresa tomadora, porque além do salário, aquela deve arcar com o valor da prestação de serviços da empresa prestadora. O custo transferido acarreta um custo maior do que a contratação direta. Mas esta modalidade de contratação tem uma economia de gastos com treinamento, estoques de produtos que acompanham a prestação dos serviços, maior enfoque nas atividades-fim, o que permite um melhor produto para concorrer no mercado, e, com isso, obter resultados positivos indiretos.

De acordo com a Súmula 331 do TST, item III, não se admite a terceirização para precarização dos direitos trabalhistas. Por isso, se admite

apenas as atividades-meios. Isto porque a contratação para atividades-fim geraria um esvaziamento da responsabilidade da empresa, de modo que a empresa não assumiria os riscos da atividade econômica, colocando um testa de ferro para conduzir o empreendimento, e, com isso, esvaziando o conteúdo do art. 2º da CLT.

De acordo com esse item do Enunciado 331, inexistindo a personalidade e a subordinação direta, a relação de emprego não se forma com o tomador, mas com a empresa interposta, especializada em serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83), de conservação e limpeza e em realizar serviços ligados à atividade-meio do tomador. Nesses casos, a terceirização é admitida. A contrario sensu, extrapolados esses limites, responde a tomadora, formando-se o vínculo diretamente com ela (HENRIQUE; DELGADO, 2004, p. 106).

Neste sentido, a Súmula 331 teve o cuidado de estabelecer os limites para a terceirização lícita.

A Súmula 331 tem o cuidado de esclarecer que o modelo terceirizante não pode ser utilizado de modo fraudulento. Assim, estatui que se manterá lícita a terceirização perpetrada, nas três últimas situações-tipo acima enunciadas, desde que inexistente a personalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços (Súmula 331, III, in fine, TST) (DELGADO, 2007, p. 443).

O empregador é aquele que, assumindo os riscos da atividade econômica, dirige a prestação do serviço. Portanto, imprescindível a subordinação e a personalidade. Para a subordinação direta, “é necessário [...] que o tomador dirija os serviços diretamente, dando ordens aos empregados da contratante e submetendo-os ao seu poder disciplinar, para que se caracterize o requisito da subordinação” (RAMOS, 2001, p. 66).

Com a delegação de atividades a terceiras empresas, torna-se difícil distinguir as atividades-meios e atividades-fim. A linha que separa as duas modalidades se apresenta muito tênue, principalmente neste momento de grande evolução tecnológica, em que há uma diversidade muito grande de

serviços e produtos oferecidos no mercado. Por exemplo, uma usina que contrata empresa de cultivo de cana de açúcar; ou uma empresa de energia elétrica que contrata empresa de manutenção de rede.

Seja a terceirização lícita ou ilícita, a empresa tomadora pode ter que responder pelos direitos trabalhistas. A Súmula 331 do TST estabeleceu a responsabilidade da tomadora por todos os débitos trabalhistas em caso de descumprimento pela prestadora. E, se a terceirização for ilícita, forma-se o vínculo diretamente com a tomadora.

No caso da terceirização pela Administração Pública, embora não se forme o vínculo de emprego devido a ausência de concurso público, aquela também pode responder pelos débitos trabalhistas de forma subsidiária, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações, especialmente na fiscalização da prestação dos serviços.

A Súmula 331 do TST foi muito utilizada em jurisprudências dos Tribunais trabalhistas de forma satisfatória, conforme o seguinte exemplo:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADES DE -CALL CENTER. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CARACTERIZAÇÃO. PROVIMENTO. Cinge-se a controvérsia em se estabelecer a possibilidade ou não de terceirização, por parte das empresas de telecomunicações, de serviços que sejam considerados atividade-fim da empresa, ante os termos dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/95 e 94, II, da Lei n.º 9.472/97. Ao contrário da interpretação conferida pelas empresas aos indigitados dispositivos legais, inexistente autorização legislativa para a terceirização ampla e irrestrita. Desse modo, a terceirização levada a efeito pelas empresas de telecomunicações deve, necessariamente, atender às disposições insertas na Súmula n.º 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Nesse contexto, não podendo haver a terceirização de atividade-fim pelas empresas de telecomunicações, razão assiste ao Recorrente na sua pretensão de ver reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (TST - RR 134600-05.2007.5.24.0006, 4ª Turma, Rel(a): Maria de Assis Calsing, Jul. 09/02/2011, Dejt.

18/02/2011).

Contudo, em meados de 2017, em um momento de crise econômica e política em que se encontrava imerso o Brasil, colocou-se em pauta novamente questão da flexibilização das normas trabalhistas, com destaque para a terceirização. Neste contexto, após muitas propostas, discussões e polêmicas, foi regulamentada a terceirização.

### **A nova terceirização de acordo com a Reforma Trabalhista**

O PL n.º 4.330/2004, para, depois de tantos anos, coloca-lo em pauta em regime de urgência. No entanto, já havia o PL 4.208/98, que foi retomado, aprovado em 22/03/2017 e transformado na Lei n.º 13.429/2017, com 231 votos a favor, 188 contra e 8 abstenções, tendo a sanção presidencial em 31/03/2017.

A Lei n.º 13.429/2017 trouxe como regulamentações, principalmente, a determinação do vínculo com a empresa terceirizada. A terceirização passou a ser irrestrita e valer para todos os tipos de atividades empresariais. Não há mais terceirização em atividade meio e atividade fim, nem terceirização lícita ou ilícita, pois todas as terceirizações são válidas.

Existem dois tipos de terceirização: a terceirização do trabalho temporário e a terceirização irrestrita. (arts. 4<sup>a</sup>-A, 4<sup>o</sup>-B, 4<sup>o</sup>-C e 5<sup>o</sup>-D da Lei n.º 6.019/74). As regras ditam que qualquer pessoa jurídica de direito privado pode terceirizar qualquer atividade. A empresa precisa ter CNPJ, mas não precisa estar registrada no Ministério do Trabalho nem estar vinculada a trabalho temporário. Há subordinação direta com a empresa prestadora, podendo haver quarteirização. Não há vínculo empregatício com a tomadora (contratante) Não pode usar serviços diferentes dos que foram contratados.

Outro aspecto importante reside na ausência de limitação de tempo para o contrato de terceirização, que pode, portanto, ser definitiva.

Além disso, mais detalhadamente, determinou que os refeitórios, banheiros, ambulatórios, treinamento e serviços de transportes são facultativos de acordo com a permissão da empresa, bem como os salários, salvo se trabalhador temporário (art. 4º-C). Logo, não há equiparação salarial entre empregado da tomadora e prestadora, pois empregadores diferentes (mesmo com os outros requisitos do art. 461, CLT). Mas trata-se de irregularidade, pois o vínculo se forma com o empregador tomador tem os mesmos direitos (OJ 383 da SDI-I do TST).

Não pode haver terceirização geral para os vigilantes (Lei n.º 7.102/83) (art. 19-B) e a Administração Pública (Decreto-lei n.º 200/67).

Há previsão de uma carência de 18 meses para nova contratação (arts. 5º -C e 5º-D) e os contratos em vigência poderiam se adequar à nova regulamentação.

Dentre outros temas, um dos principais aspectos foi a responsabilidade da empresa terceirizada e a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora. Se houver mais de um tomador, a responsabilidade se limita pelo tempo de cada um. O INSS recolhido pela empresa tomadora seria descontado da empresa terceirizada.

O ponto culminante da inovação legislativa se traduz na chamada pejetização, regulamentação em que se permite contratar pessoa trabalhadora que constitua um CNPJ. Trata-se de pessoa física se torna ela própria a empresa prestadora de serviços terceirizados. Nesta modalidade, também existe a quarentena de 18 meses (art. 5º, C da Lei). Mas o contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de 180 dias, consecutivos ou não, podendo ser prorrogado por até 90 dias, consecutivos ou não;

A mudança legislativa tem a importância de regulamentar a realidade social da terceirização, mas tem muitos aspectos polêmicos. Destaca-se, entre outros pontos, a possibilidade de terceirização de todas as

atividades, sejam atividades meio ou atividades fim. Outra crítica se dirige à ampliação das empresas que podem atuar como terceirizadas, pois abrange as associações, fundações e empresas individuais, bem como o produtor rural pessoa física e o profissional liberal. Também encontra crítica por permitir a ampla terceirização de atividades fim inclusive do serviço público. E a pejetização aparece com uma certa contradição de se permitir criar uma falsa pessoa jurídica apenas para não formar vínculo empregatício algum.

A terceirização da atividade-fim é condenada pelos sindicalistas com o argumento de que fragilizará a organização dos trabalhadores e, consequentemente, sua força de negociação com as empresas. Já os empresários argumentam que essa sistemática de contratação trará mais agilidade e redução de custos para a contratante, com efeitos positivos na economia.

Acerca da negatividade da ampliação da terceirização, destaca-se a precarização dos direitos trabalhistas. Pelo princípio da igualdade, os empregados de terceirização têm os mesmos direitos dos trabalhadores contratados pela tomadora. Mas, como os contratos são temporários, os direitos são reduzidos.

Uma pesquisa feita pelo auditor fiscal do trabalho Vitor Araújo Figueiras demonstra que é muito mais comum ser flagrado trabalho análogo ao escravo em serviços prestados por terceirizados do que aqueles contratados diretamente. Segundo o pesquisador, no Brasil, 25% dos trabalhadores são subcontratados, sendo que 90% dos casos apurados de trabalhos análogos à escravidão foram identificados nesta modalidade de contratação (SANTOS, 2016).

Para alguns, trata-se de um avanço na legislação. Para outros, um retrocesso. À sociedade, resta aguardar os efeitos e reflexos diretos e indiretos de sua aplicação prática para ver como a futura lei repercutirá concretamente.

Não obstante, outro projeto do Senado Federal também tentou abordar o tema, o PL n.º 30/2015. Os principais traçados previam a terceirização da atividade-meio e os mesmos direitos para o empregado terceirizado e o não terceirizado. Mas a polêmica fez o projeto estacionar.

A Reforma Trabalhista veio selar de vez o tema da regulamentação da terceirização, confirmando as inovações trazidas pela Lei n.º 12.429 de 13/07/2017, que entrou em vigor em 11/11/2017. Esta lei conceituou a terceirização: “Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”. Esta definição cancelou a Súmula 331 do TST, que entendia ser lícita somente a terceirização da atividade-meio.

A Reforma Trabalhista também prevê que o terceirizado deve ter as mesmas condições de trabalho dos empregados efetivos, como atendimento em ambulatório, alimentação, segurança, transporte, capacitação e qualidade de equipamentos, mas não obriga direitos iguais em relação a benefícios como vale-alimentação ou plano de saúde.

A quarentena tem o propósito de evitar a chamada “*pejotização*”, ou seja, a criação de uma pessoa jurídica para disfarçar uma eventual relação de emprego ocultada em uma fraude.

Muitos questionamentos surgem diante das inovações legislativas e suas aplicações práticas, sobretudo diante da atual realidade de crise econômica e grande número de desempregados que assola o País. Contudo, somente o tempo poderá trazer as respostas.

## **A terceirização e suas alterações legislativas: retrocesso ou mera contextualização na contemporaneidade**

O Estado Social Democrático de Direito reconhece em sua Constituição Federal os direitos sociais trabalhistas como fundamentais. Os valores sociais variam de acordo com a cultura de cada um desses países, bem como acompanham a evolução social com o transcorrer do tempo.

Recentemente, em 2008, ocorreu uma crise originada nos Estados Unidos, que gerou uma recessão econômica reflexa em diversos países no mundo. Na sequência, em 2010, emergiram crises pontuais em diversos países da Europa, dos quais alguns deles ainda não conseguiram se superar. A partir de 2014, o Brasil também mergulhou na tormenta da recessão que parece se multiplicar como uma pandemia.

Os atuais contornos da democracia exigem que o Estado intervenha na economia. Os riscos inerentes à economia de mercado e os ditames da livre iniciativa e da livre concorrência necessitam da interferência estatal para a manutenção da ordem econômica, por meio de planejamentos políticos socioeconômicos.

A globalização nos sistemas de produção e de distribuição, as mudanças tecnológicas e o aumento da competição causaram profundas transformações nas relações de trabalho e aumentaram a exclusão do mercado formal. A crise financeira atual gerou impactos sobre vários setores da economia, inclusive as políticas de bem-estar nascentes, em razão do desenvolvimento institucional insuficiente no campo da proteção social (BALESTRO, 2011).

A busca pelo pleno emprego deve ser auxiliada pelo objetivo de reduzir progressivamente as desigualdades sociais, com atenção para os fenômenos estruturais da crise econômica.

Especificamente em relação aos direitos trabalhistas como direitos

sociais, não basta o direito ao trabalho em si e suas condições reconhecidas na Constituição Federal, na CLT e demais leis trabalhistas, mas apresenta-se imprescindível a busca de melhores condições de trabalho, conforme estabelecido no art. 7º da Lei Maior, quando elenca os direitos trabalhistas, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Deve-se realçar a expressão contida no caput do referido artigo sobre visar a melhoria de sua condição social como fundamento constitucional para concluir pela inconstitucionalidade de flexibilizações que retirem garantias dos trabalhadores.

Neste papel de intervenção estatal, o governo brasileiro coloca em pauta o PL 4.330/2004 para regulamentar o instituto da terceirização.

Muitas críticas surgiram com as propostas de mudanças. Alguns argumentam a necessidade de regulamentação do tema, ante a imprescindibilidade de adequação da legislação à modernização das relações trabalhistas, ante a globalização, a crise econômica e a concorrência internacional dos mercados. Outros falam em uma supressão dos direitos trabalhistas e em um retrocesso social.

Para a classe empresarial e outros com mais poderio econômico, apresenta-se vantajosa a proposta porque a flexibilização lhe daria maior liberdade na tratativa das contratações de mão de obra, o que lhe permitiria atender mais aos seus interesses. Para a classe trabalhadora assalariada, surgem dúvidas acerca das vantagens que referidas alterações poderiam de fato lhe trazer.

Formulações que defendem a terceirização inserem-se na busca de uma saída para a atual crise do capitalismo – no *interior* do capitalismo – a partir de uma nova forma de organização do trabalho, uma nova forma de regulação pactuada entre capital, trabalho e Estado. Isto supõe, evidentemente, a aceitação e incorporação de determinados valores e opções políticas que, pelo que aqui foi debatido, são valores e opções políticas aviltantes ou, no mínimo, irresponsáveis para com o gênero humano, não havendo, ademais, respaldo jurídico para essas formulações, por

agredirem balizas fundamentais como a dignidade humana e o valor social do trabalho (SANTOS, 2016).

No contexto de crise econômica de uma sociedade imersa em um Estado democrático de Direito, a situação se agrava diante de características próprias do Estado brasileiro em seus conformes atuais de elevado grau de informalidade, alta rotatividade e alta taxa de desemprego aberto (CHAHAD, 2009 *apud* BALESTRO, 2011).

Da perspectiva da proteção social, a coesão social por meio da reinserção no mercado formal de trabalho é algo muito relevante na sociedade brasileira, severamente afetada por uma precoce desindustrialização e, em consequência, pela dramática elevação do mercado informal durante os anos 1990 e início deste século. Não há quase nenhuma possibilidade de proteção social no mercado informal de trabalho, de forma que a reinserção no mercado de trabalho é uma condição importante para mitigar a exclusão social. Isso indica ainda a necessidade de complementaridade entre políticas ativas e passivas de emprego. (BALESTRO, 2011).

Neste cenário, o PL 4.330/2004 foi aprovado, com emendas, na Câmara dos Deputados. No entanto, diversos problemas políticos surgiram como obstáculos ao prosseguimento do PL para o Senado Federal, especialmente o processo de impeachment da Presidente da República e a cassação do Presidente da Câmara dos Deputados. Contudo, alguns senadores já se manifestaram sobre o PL, ao declararem oposições à redação do texto, por questionarem a terceirização ampla e irrestrita e a possibilidade de prejuízo aos direitos trabalhistas.

O argumento de que é preciso modernizar a relação jurídica trabalhista é falacioso. Não se pode concordar com a conformação de que o trabalho em condições precárias e desumanas seja melhor do que o desemprego, pois se assim fosse, ter-se-ia que admitir a escravidão como melhor do que o desemprego também.

Apesar de todo o esforço e argumentos do Deputado para

justificar a benesse que tal lei trará ao mercado de trabalho, à economia nacional, a uma suposta evolução na relação contratual, tal Lei parece muito ambígua quanto às garantias já conquistadas pelo trabalho, trazendo aparente benefício somente para as empresas interessadas em terceirizar. (SANTOS, 2016).

Na prática, o governo diz propor medidas de geração de empregos e crescimento da economia, mas não se pode calcular ao certo os impactos da medida na sociedade civil. Assim, mais uma vez, a sociedade brasileira espera a resposta.

## CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito delineado com a Constituição Federal de 1988 tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego. Como decorrência destes princípios, e com fundamentos na dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da livre iniciativa, o Estado brasileiro tem como objetivos promover o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Neste contexto, os direitos fundamentais têm o papel de base orientadora de toda a legislação e políticas públicas instituídas.

Para uma existência digna, indispensável que o cidadão possua uma atividade laboral, cuja remuneração tenha condições de garantir sua subsistência. Todavia, a busca do pleno emprego transcende o exercício da atividade empresarial em relação à postura dos empregadores no mercado. O Estado deve garantir empregos que promovam a igualdade e a justiça social, além de se promover o progresso social.

As mudanças tecnológicas, o avanço do conhecimento, a pressão para inovação e a concorrência balançaram as bases do contrato de trabalho, muitas vezes firmado na informalidade, ou simplesmente, desrespeitando os

direitos trabalhistas em uma prática dissonante da constante na formalização dos documentos.

O PL n.º 4.330/2004 sobre a regulamentação da terceirização foi aprovado, com emendas, na Câmara dos Deputados, e agora aguarda a votação no Senado. O surgimento de outras questões políticas, aliadas à outros problemas de ordem econômica, postergaram a votação do PL no Senado.

Os principais argumentos para justificar a necessidade de regulamentação da terceirização se baseiam na crise econômica, globalização, desemprego estrutural e concorrência internacional dos mercados, além da ausência de legislação específica.

No entanto, o propósito estatal democrático de manter uma garantia mínima ao trabalhador em relação aos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, na Consolidação das Leis Trabalhistas e demais leis esparsas, não se coaduna com o real propósito ocultado pela proposta de inovação legislativa.

Em uma Constituição dirigente devem-se garantir políticas públicas e buscar melhoramentos. A Constituição Federal de 1988 se comprometeu implicitamente ao princípio da proibição do retrocesso social com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o próprio Estado democrático de Direito que se propôs a instalar.

Na verdade, em momentos de crise como este, a flexibilização de direitos trabalhistas, como pode acontecer com a ampliação da terceirização, somente favorece o capitalismo predatório e anula conquistas obtidas no decorrer da história.

Entre os fundamentos para a não licitude de toda terceirização apresentam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, valorização do trabalho humano e redução das desigualdades sociais. A livre iniciativa encontra limites na ordenação do trabalho humano.

Não se pode admitir um *dumping social* como prática na qual se

busca vantagens comerciais através da adoção de condições desumanas de trabalho. A terceirização, quarteirização ou quinteirização diminui os direitos trabalhistas.

Os direitos sociais trabalhistas minimamente assegurados na Constituição Federal como direitos fundamentais devem resistir às medidas de governos neoliberais, porque sua flexibilização pode causar danos irreversíveis.

O argumento de que é preciso reduzir os direitos trabalhistas para gerar empregos é falacioso. Não se pode concordar com a conformação de que qualquer trabalho seja melhor do que o desemprego. Se assim fosse, a escravidão seria melhor do que a ausência de trabalho.

O discurso de flexibilização das leis trabalhistas, modernização das relações de trabalho e a necessidade de regulamentação da terceirização, culminados com a aprovação da Reforma Trabalhista, pretendem, na verdade, atender os interesses do mercado e suprimir direitos dos trabalhadores. Aprovadas e implementadas, as regras estão em vigor, de acordo com o princípio da legalidade. Contudo, tecnicamente, de acordo com o sistema jurídico brasileiro e os princípios sociais democráticos, tais modificações ferem o princípio da proibição do retrocesso social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?:** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2011.

ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como Direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

BALESTRO, Moisés Villamil; MARINHO, Danilo Nolasco Cortes; WALTER, Maria Inez Machado. **Seguro-desemprego no Brasil: a possibilidade de**

**combinar proteção social e melhor funcionamento do mercado de trabalho.** In Scielo. Soc. estado. vol.26 no.2 Brasília May/Aug. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922011000200010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000200010). Acesso em: 01/05/2015.

BARBOSA, Marília Portela. **Críticas à Ideologia da Terceirização.** [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_setembro2008/convidados/con3.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2008/convidados/con3.doc)

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004, p. 43-44.

CORIAT, Benjaminp. **Pensar pelo avesso: o modelo japonês de trabalho e organização.** Tradução de Emerson S. Da Silva. Rio de Janeiro: Revan/UFRJ, 1994.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 6ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2007.

FURTADO, Ingrid de Souza. **Posicionamento jurisprudencial da terceirização.** 2012. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7226](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7226). Acesso em: 23/09/2016.

GOMES, Sergio Alves Gomes. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação.** In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, n.51, abril-jun.2005.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 368 p.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública.** São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Ellen Claudia da Silva. **A terceirização no Brasil e a polêmica em torno da PL 4330/04.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16784](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16784). Acesso em: 20/09/20126.

MONTELLO, Josué. **Ford, o mágico do automóveis**. In: FORD, Henry. Henry Ford: por ele mesmo. Sumaré/SP: Martin Claret, 1995. p. 45-105.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-102.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a Sociedade Civil: temas éticos e políticos da gestão democrática**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

PINTO, Geraldo Augusto. **A Organização do Trabalho no Século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

SABIÁ, Gleger Alcântara. **Entre a terceirização toyotista e a dignidade humana: análise crítica dos sistemas de organização do trabalho**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28961/entre-a-terceirizacao-toyotista-e-a-dignidade-humana>. Acesso em: 24/09/2016.

RÊGO, Roseli Santos. **O Princípio da Busca do Pleno Emprego como Aplicação da Função Social da Empresa na Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Disponível em:

[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli\\_rego\\_santos.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf). Anais do CONPEDI. (5249-5268)

SILVA, C. Pereira da. **A terceirização responsável: modernidade e modismo**. São Paulo: LTr, 1997.

TST. RR 134600-05.2007.5.24.0006, 4ª Turma, Rel(a): Maria de Assis Calsing, Jul. 09/02/2011, Dejt. 18/02/2011.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques**. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n. 1, p. 54-84, São Paulo, jan./mar. 2011.