

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA

PPGD Direito do Trabalho e Previdenciário UERJ

LA 
BU 
TA 



ÍNDICE

Editorial

Artigos

Violência simbólica e gênero: o caso das trabalhadoras domésticas no Brasil	1
Antonio Rodrigues de Freitas Júnior e Letícia Ferrão Zapolla	
Bienestar, Estado Social, dignidad humana y derecho de la Unión Europea	21
Cristina Sánchez-Rodas Navarro	
Breve comentario a la normativa de la Unión Europea del trabajo en plataformas digitales	38
Esperanza Macarena Sierra Benítez	
Segurança jurídica e coisa julgada: breves reflexões em torno do julgamento da Revisão da “Vida Toda”	54
Fábio Zambitte Ibrahim e Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira	
O Direito à Renda Básica Familiar: a constitucionalização do direito a uma renda mínima no Brasil	83
Ingo Wolfgang Sarlet e Thiago Santos Rocha	
Elementos estruturais dos sistemas previdenciários: cobertura, regimes financeiros, modalidades de benefícios e modelos protetivos	107
Luis Felipe Lopes Martins	
Os custos de oportunidade na resolução de conflitos previdenciários: uma análise prática sobre o tempo de contribuição especial por exposição ao agente nocivo ruído	135
Rafael Schmidt Waldrich	
Vai sair devendo! O Direito do Trabalho barrado pelo discurso do medo	157
Valdete Souto Severo	
Os efeitos da ADC 66 na fixação de critérios sobre a "pejotização" e a tributação da contribuição previdenciária patronal	177
Wagner Balera e Rômulo Cristiano Coutinho da Silva	
Ensaio	
Elementos para uma nova visão do Direito do Trabalho	197
Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich	

EDITORIAL

(Volume 1, Número 1)

É com satisfação que publicamos o primeiro número da Revista Eletrônica de Direito do Trabalho e Previdência “Labuta”, vinculada à Linha de Direito do Trabalho e Previdenciário do Programa da Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A Revista tem como finalidade proporcionar adequado espaço de divulgação das pesquisas e do conhecimento produzidos em sua área de atuação, através da publicação de artigos científicos de alta qualidade que cuidem de temas de Direito do Trabalho e de Direito Previdenciário, de forma isolada ou interdisciplinar. Além de servir de instrumento de relacionamento acadêmico, o periódico também tem como objetivo contribuir para o debate institucional em busca do aprimoramento legislativo e jurisprudencial nas referidas disciplinas de Direito.

Com efeito, a velocidade com que as mudanças sociais ocorrem, com implicações trabalhistas e previdenciárias, deve ser acompanhada de perto pela academia, de modo que os fenômenos jurídicos sejam objeto de apreciação científica, elaborando diagnósticos e produzindo propostas para o desenvolvimento dos direitos sociais e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para a garantia do desenvolvimento nacional e para a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais, como destaca a Constituição.

Ao encontro desse fenômeno, o primeiro número da Revista Labuta reuniu valiosos trabalhos acadêmicos que se debruçam sobre questões atuais dos Direitos Sociais, em especial, do Direito Previdenciário e do Direito do Trabalho, e demonstram preocupação com a melhoria das condições sociais das pessoas.

A Seção de Artigos inicia com “Violência Simbólica e Gênero: o Caso das Trabalhadoras Domésticas no Brasil”, de autoria do professor Antonio Rodrigues de Freitas Júnior, da Universidade de São Paulo (USP), e de Letícia Zappola, doutoranda e pesquisadora na mesma instituição, que tem por objetivo analisar o trabalho doméstico à luz das noções de divisão sexual e racial do trabalho e sua relação com a violência simbólica.

Em seguida, Cristina Sánchez-Rodas Navarro, catedrática da Universidade de Sevilha/ES, através de “Bienestar, Estado Social, Dignidad Humana y Derecho de la Unión

Europea” produz um recorte histórico do conceito de bem-estar social a remontar a Idade Clássica e, a partir da normatização da União Europeia, analisa como devem ser garantidos ingressos para ser combatida a pobreza e a exclusão social.

Trazendo mais uma contribuição acadêmica da Universidade de Sevilha, a professora titular Esperanza Macarena Sierra Benítez avança em “Breve Comentario a la Normativa de la Unión Europea des Trabajo em Plataformas Digitales”, em que discorre sobre a proposta de Diretiva relativa à melhora das condições laborais nas plataformas digitais apresentada pela Comissão Europeia, que cuida do impacto do trabalho digital, da robotização, do uso de inteligência artificial e do desenvolvimento da economia por novas formas de trabalho.

Fábio Zambitte Ibrahim, professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), e Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira cuidam do tema “Segurança jurídica e coisa julgada: breves reflexões em torno do julgamento da Revisão da ‘Vida Toda’”, que tem como pano de fundo o julgamento do RE nº 1.276.977/SC e das ADIs nº 2.110/DF e 2.111/DF, no qual questionam se o Supremo Tribunal Federal atendeu aos postulados da segurança jurídica decorrentes do estado de Direito. Para os autores, foi possível identificar ter havido ferimento à segurança jurídica e à proteção da confiança, mediante procedimento judicial que não considerou a participação dos segurados e que deixou de atender a postulados fundamentais do sistema de precedentes judiciais.

O professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) Ingo Wolfgang Sarlet, e o professor Thiago Santos Rocha, da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), em “O Direito à Renda Básica Familiar: a constitucionalização do direito a uma renda mínima no Brasil” trazem reflexão sobre as diferenças de desenho entre as políticas de renda mínima e as de renda básica, classificando-se, no primeiro grupo, o objeto do direito fundamental à Renda Básica Familiar, assim como o dos direitos às prestações das demais políticas de proteção de renda já implementadas no Brasil, e, no segundo grupo, o do direito à Renda Básica de Cidadania, que apenas em suas fases iniciais poderia se configurar como uma renda mínima.

Em seguida, “Elementos Estruturais dos Sistemas Previdenciários: Cobertura, Regimes Financeiros, Modalidades de benefícios e Modelos Protetivos”, de autoria do professor Luís Lopes Martins, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ), oferece uma abordagem dos elementos estruturais fundamentais da Previdência Social, a fim de compreender seus objetivos centrais e quais são as formas possíveis para arquitetar juridicamente um mecanismo institucional capaz de alcançá-los, propondo a necessidade de combinação de diferentes formatos para a organização de um sistema protetivo baseado em

múltiplos níveis com o fim de alcançar segurança econômica para os diferentes setores da sociedade.

Na área procedimental previdenciária (administrativa e judicial), o professor da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) Rafael Schmidt Waldrich, apresenta “Os Custos de Oportunidade na resolução de Conflitos Previdenciários: uma Análise Prática sobre o Tempo de Contribuição Especial por exposição ao Agente Ruído”, em que utiliza o recorte teórico da Análise Econômica do Direito (AED) como fundamento na orientação sobre os principais custos de oportunidade que impactam o segurado no processo previdenciário em demandas sobre tempo especial de agente nocivo ruído.

Retomando a abordagem trabalhista, a professora Valdete Souto Severo, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) escreve “Vai sair Devendo! O Direito do trabalho Barrado pelo Discurso do Medo”, em que propõe a reflexão sobre como o sentimento do medo circula nas relações entre capital e trabalho, a impedir que trabalhadores exerçam seus direitos durante o vínculo laboral.

Por fim, fechando a Seção de Artigos, o professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Wagner Balera, e o pesquisador Rômulo Cristiano Coutinho da Silva, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), escrevem “Os Efeitos da ADC 66 na Fixação de Critérios sobre a ‘Pejotização’ e a Tributação da Contribuição Previdenciária Patronal”, que tem por objetivo demonstrar que o uso da pessoa jurídica para a prestação de serviços intelectuais, desde que respeitados os limites legais, é lícito e permitido expressamente, não apenas pela legislação, como também pela *ratio decidendi* da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 66.

A segunda Seção, de Ensaio traz o trabalho “Elementos para uma Nova Visão do Direito do Trabalho”, do professor do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ), Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich, que tem por objetivo discutir o problema da inadequação dos padrões tradicionais do Direito do Trabalho às novas relações trabalhistas, especialmente no caso de trabalhadores baseados em aplicativos, e apresentar algumas linhas e ideias para contribuir para a construção de uma nova enunciação objetiva dos direitos dos trabalhadores.

O Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro tem sido responsável há algumas décadas pela formação de importante e qualificado quadro de professores e pesquisadores, mestres e doutores, que vêm produzindo pesquisa científica de qualidade e renovando os corpos docentes de várias instituições de ensino superior no Brasil.



Desde o início da criação da Linha de Pesquisa de Direito do Trabalho e Previdência, o corpo docente sentiu a necessidade de ter um veículo de alto nível científico de divulgação de trabalhos de pesquisa que pudesse acolher, não apenas o resultado do esforço acadêmico da comunidade da UERJ, mas também de projetá-la no diálogo com professores e pesquisadores de outras instituições no Brasil e no exterior.

Agradeço o empenho dos doutorandos Alessandra de Barros Wanderley, Fernanda Cabral de Almeida e Fabiano Fernandes Luzes pela assessoria na publicação desta edição.

As valiosas contribuições trazidas por professores e pesquisadores para o número inaugural da Revista Labuta indica que a Linha está no caminho certo, de acordo com o compromisso de incrementar o diálogo acadêmico e de servir de veículo para reflexões de alto nível para a Ciência do Direito.

MARCELO LEONARDO TAVARES

Professor – PPGD/UERJ

Editor-Chefe da Revista LABUTA

Violência simbólica e gênero: o caso das trabalhadoras domésticas no Brasil

Symbolic violence and gender: the case of domestic workers in Brazil

Antonio Rodrigues de Freitas Júnior
Letícia Ferrão Zapolla

Resumo

A relação entre violência simbólica e gênero pode ocorrer de diversas formas. O artigo terá como objetivo geral analisar o trabalho doméstico à luz das noções de divisão sexual e racial do trabalho e sua relação com a violência simbólica e, como objetivos específicos: i) estudar a noção de violência simbólica; ii) analisar a divisão sexual e racial do trabalho; iii) compreender o trabalho doméstico, no Brasil; iv) verificar se o trabalho doméstico reproduz a divisão sexual e racial do trabalho, consistindo em espécie de violência simbólica. Com isso, pudemos concluir que a divisão sexual e racial do trabalho é reproduzida no trabalho doméstico e que este pode se enquadrar como um exemplo de violência simbólica.

Palavras-chave: Violência simbólica; Divisão sexual e racial do trabalho; Trabalho doméstico.

Abstract

The relationship between symbolic violence and gender can be seen in different ways. Thus, it will have as its general objective to analyze domestic work in the light of the notions of sexual and racial division of labor and its relationship with symbolic violence and, as specific objectives: i) study the notion of symbolic violence; ii) analyze the sexual and racial division of labor; iii) understand domestic work in Brazil; iv) verify whether domestic work reproduces the sexual and racial division of labor, consisting of a kind of symbolic violence. With this, we were able to conclude that the sexual and racial division of labor is reproduced in domestic work and that this can be framed as an example of symbolic violence.

Keywords: Symbolic violence; Sexual and racial division of labor; Domestic work.

Como citar este artigo: ABNT¹ e APA²

1. Introdução

Nos tempos atuais, ainda é possível notar que o trabalho é marcado por diferenças em categorias como classe, gênero, raça e etnia. No caso do trabalho doméstico, por exemplo, isso fica claro pela análise de dados do caso brasileiro, em que se verifica uma maior incidência de mulheres, negras e que percebem baixos salários no exercício de referida profissão que,

¹ FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de; ZAPOLLA, Letícia Ferrão. Violência simbólica e gênero: o caso das trabalhadoras domésticas no Brasil. **Labuta**, v. 1, n. 1, p. 1-20, jan./jun. 2024.

² Freitas Júnior, A. R., & Zapolla, L. F. (2024). Violência simbólica e gênero: o caso das trabalhadoras domésticas no Brasil. *Labuta*, 1(1), 1-20.

inobstante seja antiga e remonte ao período escravocrata - teve sua regulamentação efetuada pela EC nº 72/2013, ampliando os direitos destes trabalhadores, ainda que não os tenha equiparado aos urbanos, rurais e avulsos, como disposto no art. 7º do texto constitucional.

Diante disso, vislumbra-se que o trabalho doméstico reproduz a divisão sexual e racial do trabalho, pois corresponde a uma atividade exercida segundo critérios hierárquicos e de separação, que colocam a mulher e, especialmente, a mulher negra, em desvantagem em relação ao homem, o que nos leva a refletir sobre a importância de se alterar o cenário vigente para que haja maior igualdade de gênero, o que também demandaria uma reestruturação da concepção público/privado, que rege as relações intra e extra-lar.

Nesses termos, parte-se da hipótese de que a divisão sexual do trabalho é uma espécie de violência simbólica, pois “impõe” à mulher, certos padrões estereotipados, tolhendo-lhe a liberdade de escolha e, até mesmo, limitando-lhe o tempo produtivo, para que se ocupe do reprodutivo e do cuidado.

Em razão do exposto, o presente artigo apresenta como problema de pesquisa: o trabalho doméstico, no Brasil, reproduz a noção de divisão sexual e racial do trabalho, consistindo em uma espécie de violência simbólica?

Para respondê-la, o estudo terá como objetivo geral analisar o trabalho doméstico à luz das noções de divisão sexual e racial do trabalho e sua relação com a violência simbólica e, como objetivos específicos:

- i) estudar a noção de violência simbólica;
- ii) analisar a divisão sexual e racial do trabalho;
- iii) compreender o trabalho doméstico, no Brasil;
- iv) verificar se o trabalho doméstico reproduz a divisão sexual e racial do trabalho, consistindo em espécie de violência simbólica.

Dessa forma, o trabalho será dividido em 4 seções.

A primeira, estudará o conceito de violência simbólica, tendo como referencial teórico, prioritariamente, o sociólogo Pierre Bourdieu. A segunda, analisará a noção de divisão sexual e racial do trabalho, o que abarca as noções de público e privado, aspectos relacionados ao trabalho produtivo e reprodutivo e estereótipos atribuídos aos gêneros.

A terceira, por sua vez, buscará compreender o cenário do trabalho doméstico no Brasil, sua evolução legislativa e dados estatísticos, a fim de que o estudo não se dê de modo meramente dogmático-normativo.

A última e quarta seção pretende relacionar todo o estudado, a fim de verificar a hipótese aventada, analisando se o trabalho doméstico, no Brasil, reproduz a divisão sexual e racial do trabalho, consistindo em espécie de violência simbólica.

Para tanto, o estudo será dogmático, o que não significa que se dará de forma apartada da sociedade, pois, além de partir da análise de temas gerais para chegar ao caso dos domésticos – e dos domésticos no Brasil – analisar-se-ão documentos (instrumentos internacionais e nacionais, assim como dados estatísticos) e bibliografia (livros e artigos) sobre o assunto.

Opta-se pelo caminho em comento, pois o estudo parte de dados já existentes para sugerir a (re)construção do pensamento até então vigente. Com isso, pretende-se contribuir para o debate, assim como para a construção de políticas mais inclusivas, a fim de que se promova a igualdade de gênero.

2. Divisão sexual e racial do trabalho

Para que se verifique as formas de reprodução da violência simbólica, mostra-se relevante o estudo da divisão sexual do trabalho e alguns de seus marcadores históricos e conceituais.

Segundo Saffioti (2013), em período pré-capitalista, o trabalho exercido pelas mulheres era diversificado e ativo, encontrando-as nos campos, manufaturas, minas, lojas, mercados e oficinas, citando que, com o advento do capitalismo, desenvolvem-se condições adversas à mulher, promovendo-se a subvalorização de suas capacidades, mediante mitos justificadores de supremacia masculina e com a marginalização da mulher onde se localizam as forças produtivas.

Por sua vez, Soieth (1997) destaca que as alterações nos séculos XVIII e XIX sobre crenças relativas ao corpo e à sexualidade são transpostos para o aspecto social, com a designação de espaços públicos ao homem e de espaços privados à mulher.

Ainda segundo a autora (Soieth, 1997), a diferença entre os sexos ganha respaldo “científico” durante o século XIX, que confere ao feminino as características de fragilidade, recato e predomínio do afetivo sobre o intelectual e a identificação com a maternidade.

Além disso, justificava-se tal condição com base em critérios biológicos, os quais eram utilizados em tentativas de regulamentação de seu trabalho, como ocorreu em 1917, em projetos que pretendiam limitar o trabalho noturno da mulher. Assim, segundo Oliveira (2022), a ideia se centrava na divisão “natural” de tarefas, com as mais complexas e melhor remuneradas

exercidas pelo homem, – que era tido como responsável pelo sustento do lar – o que servia como justificativa para os baixos salários atribuídos às mulheres, cuja renda era vista como complementar.

Para Yannoulas (2002), a divisão sexual do trabalho pode se ser concebida em mais de uma forma, quais sejam: divisão sexual horizontal do mercado de trabalho, divisão vertical sexual do trabalho e pirâmide ocupacional baseada em gênero, em suma:

- i) divisão sexual horizontal do trabalho: em que as mulheres se concentram em uma atividade, levando-se em conta os aspectos históricos e culturais de uma sociedade, consistindo em extensões da domesticidade ou requerendo características como docilidade, paciência e delicadeza;
- ii) divisão sexual vertical do trabalho: nessa acepção, as mulheres estariam em posições mais baixas do que os homens, com menores salários e exercendo ocupações inferiores.
- iii) Pirâmide ocupacional baseada em gênero: ligado à divisão sexual vertical do trabalho, representando uma menor possibilidade de que mulheres ascendam a cargos mais altos.

A divisão sexual do trabalho, nesse sentido, estaria ancorada sob dois princípios: (i) o da hierarquia, que estabelece o trabalho masculino como de maior valor; (ii) o da separação, que consiste na atribuição da esfera produtiva ao homem e da esfera reprodutiva para a mulher (Thome, 2013).

Desta feita, tem-se a noção de divisão sexual do trabalho, que nada mais é do que a atribuição de atividades produtivas e de maior valor econômico aos homens, enquanto que às mulheres se atribuem funções reprodutivas e de menor valor. Nesse sentido, mister reproduzir elucidativa passagem da obra “A dominação masculina” de Bourdieu (2012, p. 18-19):

O mundo social constrói o corpo como realidade sexuada e como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes. Esse programa social de percepção incorporada aplica-se a todas as coisas do mundo e, antes de tudo, ao *próprio corpo*, em sua realidade biológica: é ele que constrói a diferença entre os sexos biológicos, conformando-a aos princípios de uma visão mítica do mundo, enraizada na relação arbitrária de dominação dos homens sobre as mulheres, ela mesma inscrita, com a divisão do trabalho, na realidade da ordem social. A diferença *biológica* entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, e, especificamente, a diferença *anatômica* entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os *gêneros* e, principalmente, da divisão social do trabalho.

Há, assim, uma dominação simbólica, em que o masculino prevalece sobre o feminino em razão de uma lógica androcêntrica – que independe de justificação, impondo-se como neutra (Bourdieu, 2012) - trazendo como consequência a escolha, por mulheres, de ocupações mais flexíveis, de forma a conseguirem conciliar a carreira com as atividades domésticas, o que nos

remete a uma ideia de que a igualdade de gênero apenas seria conseguida mediante a desconstrução de crenças arraigadas na sociedade (Oliveira, 2022).

Além disso, há uma ideia de que a mulher comporia uma força de trabalho secundária, havendo uma separação e hierarquização entre as esferas pública e privada, de modo que, da mesma forma que, na família tradicional, o homem seria o provedor principal ou único, a mulher seria a responsável principal ou exclusiva da esfera privada, de modo que a dicotomia público e privado deveria ser reconstruída para uma maior igualdade de gênero (Abramo, 2010).

Com isso, não se quer dizer que todas as mulheres ocupariam o mesmo lugar no mercado de trabalho, mas que a elas são impostos filtros distintos daqueles carregados aos homens, pois ligados a responsabilidades atreladas à ideia de domesticidade (Biroli, 2018).

Some-se a isso o fato de que, ainda que tenha havido uma participação maior da mulher no mercado de trabalho a partir da segunda metade do século XX, tal processo não foi seguido por um aumento das responsabilidades masculinas em âmbito doméstico, nem por mudanças em políticas públicas ou de organização produtiva e do trabalho, que permitissem a conciliação entre trabalho e vida familiar, sem que se redundasse em formas precárias de trabalho (Abramo, 2010).

Nessa senda, a flexibilização nos processos do trabalho pode reforçar a tendência de feminização de trabalhos tidos como precários, flexíveis e em tempo parcial, ou seja, secundária.

De toda forma, temos que destacar que, inobstante a inserção da mulher no mercado de trabalho e a existência de leis sobre o assunto, que tendem a promover uma maior igualdade a ambos os sexos, a divisão sexual na esfera doméstica ainda é uma clara evidência de que as mulheres estão, de modo geral, mais sobrecarregadas do que os homens (Nascimento; Gonçalves, 2021), o que é corroborado por dados recentes do IBGE, que demonstram que as mulheres – sejam elas ocupadas ou não – dispendem uma maior quantidade de horas com o trabalho doméstico em detrimento dos homens.

Somada à ideia de divisão sexual do trabalho, há que se destacar a divisão racial do trabalho (Gonzales, 1980), também marcado pelos princípios da separação e da hierarquia, sendo que as atividades desempenhadas pelos brancos têm, em regra, mais prestígio do que aquelas exercidas pelos negros. Além disso, destaca-se que a subalternização a que a mulher se sujeita é distinta quando estamos a nos referir à mulher negra, pois, a esta é retirado, até mesmo, o direito à maternagem, à família e ao corpo (Nogueira; Passos, 2020).

Desse modo, entendemos necessária a articulação entre sexo e raça para a compreensão das desigualdades existentes no mercado de trabalho brasileiro, nos mesmos termos do que

apontam Nogueira e Passos (2020). Porém, não nos descuidamos da questão de que há outras categorias de análise que podem circundar o tema, como ocorre com a classe social e a sexualidade (Biroli, 2018).

Isso porque, haveria uma naturalização da subalternização de mulheres negras, presente tanto nas relações produtivas como reprodutivas, de modo a destinar a elas funções relacionadas à servidão (Nogueira; Passos, 2020), de modo a acarretar maior precarização a essas trabalhadoras (Nascimento; Gonçalves, 2021).

Segundo pensamos, na mesma senda do que esclarecem Paviani e Anderson Junior (2022), a própria noção de divisão sexual do trabalho se caracteriza como uma espécie de violência simbólica, subordinando as mulheres ao desempenho de atividades consideradas femininas, tolhendo-lhes a liberdade e intensificando a desigualdade entre os sexos.

Com isso em mente, estudaremos a ideia de violência simbólica, elencando-se, dentre elas, a legislação trabalhista sobre mulher, no Brasil, para, após relacionar os temas ao trabalho doméstico.

3. O que é violência simbólica?

A fim de uma melhor compreensão do tema em sua integralidade, é importante que mencionemos qual a noção de violência simbólica para Pierre Bourdieu, o que é efetuado pelo estudo do autor, assim como de artigos que o tem como marco teórico.

Assim, segundo Bourdieu (2011, p. 7-8), “o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”, sendo produto histórico para o qual contribuem agentes e instituições (BOURDIEU, 2012). De forma elucidativa, explicitam Barbosa, Iasiniewicz e Büttow (2020, p. 347) que:

O poder simbólico é exercido com a colaboração daqueles que a ele estão submetidos, isso porque, estes contribuem para *construí-lo*. Entretanto, tal submissão não é sinônimo de “servidão voluntária”, assim como, tal colaboração não significa concessão de um ato consciente e deliberado, mas sim, o efeito de um poder que está inscrito de modo durável nos corpos dos dominados, sob a forma de esquemas de percepção e disposições (para respeitar, admirar, amar, etc.).

Como consequência do poder simbólico, podemos extrair a noção de violência simbólica, definida por Bourdieu (2012, p. 7), como “violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento”. Envolve, destarte, a imposição de

valores e signos dominantes que, frequentemente, depreciam os grupos dominados, sendo incorporados, nem sempre, de modo consciente e deliberado, como se fossem naturais (Schabbach, 2020).

Compreende-se como aquela que é apta a constranger e subordinar os indivíduos sem que, para isso, valha-se de meios físicos de coerção (Oliveira, 2022), embora a violência física possa dela resultar, havendo certa dificuldade em compreender os diversos tipos de violência de forma isolada (Silva, 2012).

Ainda sobre a noção de violência simbólica, Silva e Oliveira (2017) expõem que esta representa um modo de violência invisível, imposta em uma relação de subjugação-submissão, na qual o reconhecimento e a cumplicidade fazem com que se manifeste de forma sutil nas relações sociais resultando de uma dominação cuja inscrição se produz em um estado para um conjunto de ideias que são tidas como naturais. Para que haja violência simbólica, portanto, deve existir uma relação entre aqueles que exercem o poder e os que a ele se sujeitam (Bourdieu, 2011).

Haveria, segundo Schabbach (2020), uma aceitação tácita dos instrumentos de cognição e significação do mundo social, quais sejam, as representações sociais, discursos, linguagens e o desconhecimento de sua origem e suporte, de modo que sua destruição suporia a tomada de conhecimento do arbitrário, mediante a revelação da verdade objetiva e aniquilamento da crença.

Apesar de aparentemente invisível, a violência simbólica traz consequências duradouras sobre as comunidades, ocasionando processos de discriminação e de desigualdades por um processo de dominação (Oliveira, 2022). Como exemplo disso, podemos mencionar a (suposta) superioridade masculina em detrimento da feminina, que é vista como legítima e naturalizada, de modo que a ocupação de trabalhos inferiores e de menor remuneração por mulheres seja compreendida como natural.

Dentro desse aspecto, Oliveira (2022) destaca que, pelo patriarcado, a reprodução de referidas concepções é prevalente, representando o regime de dominação dos homens sobre as mulheres, que é reforçado e aceito pela comunidade, em instituições como a família, a igreja, o casamento e a educação. Ou seja, a mulher, ao ser avaliada e estereotipada ou descrita a partir da relação dominante-dominado, torna-se objeto da violência simbólica (Silva, 2012). Nesse sentido:

A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificção: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades

atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos (Bourdieu, 2012, p. 18).

Nesse sentido, Medeiros e Campos (2020) destacam que os agentes, em uma sociedade, estão alocados em espaços segundo o capital – social, econômico, cultural e simbólico – de modo a evidenciar um jogo de dominação e de reprodução de valores, citando o mercado de trabalho como campo de reprodução de estereótipos femininos e masculinos.

Ainda, as autoras apontam que a experiência individual é reforçada pela vivência em sociedade, que tem como base a divisão de gênero, que, por sua vez, é lastreada em atribuições desiguais entre os sexos feminino e masculino, consistindo em relação de poder – que é controlada pelo homem –, daí resultando a dominação (Medeiros; Campos, 2020).

Soieth (1997) corrobora tal afirmação ao apontar que, mediante as construções sociais e até mesmo científicas, há uma transformação das diferenças em uma relação hierárquica de desigualdade, que nada mais é do que uma violência, em que mulheres são tratadas como objeto e não como sujeitos de direitos, pois se busca ocultar sua participação no mundo. Nesse sentido:

Aliás, o avanço do processo de civilização, entre os séculos XVI e XVIII, corresponderia a um recuo da violência bruta, substituindo-se os enfrentamentos corporais por lutas simbólicas. Nesse período, a construção da identidade feminina se pautaria na interiorização pelas mulheres das normas enunciadas pelos discursos masculinos; fato correspondente a uma violência simbólica que supõe a adesão dos dominados às categorias que embasam sua dominação (Soieth, 1997, p. 10).

A autora destaca os movimentos feministas dos anos 1920 como um processo de ruptura para a obtenção de direitos, que se tornam mais visíveis a partir do ano de 1960, mas ainda assim, permanecem as distribuições de papéis “naturais” aos homens e mulheres, de modo que a conquista de espaços públicos não significa, em um primeiro momento, com a reformulação do espaço doméstico (Soieth, 1997).

Nesse sentido, Soieth (1997) afirma que a libertação feminina se condicionaria à transformação de estruturas em que a mulher se insere, quais sejam, reprodução, produção, socialização e sexualidade, ao que incluiríamos a legislativa.

Isso porque, o Direito, por se tratar de ferramenta de poder, que embasa as relações existentes, pode reforçar as desigualdades, nos termos do que será visto a seguir.

4. Legislação sobre o trabalho da mulher

Ao mencionar a violência simbólica envolvendo questões de gênero, importante destacarmos as disposições em âmbito normativo que abrangem o tema.

Assim, apesar de lastreados, aparentemente, em critérios neutros, o Direito pode legitimar as posições de dominante-dominado, assim como reproduzir estereótipos, como ocorreu, por exemplo, na Consolidação das Leis do Trabalho, em capítulo designado “Da proteção do trabalho da mulher”, que trazia inúmeras disposições específicas como proibição do trabalho noturno e do trabalho insalubre.

Nesse sentido, nos termos do que dispuseram Zapolla e Freitas Junior (2022), tem-se que, no Brasil, os institutos trabalhistas voltados à proteção do nascituro são voltados, prioritariamente, à mulher, como ocorre com a licença-maternidade, garantia provisória no emprego, intervalo para amamentação e afastamento de local insalubre, o que traduz uma forma de violência simbólica contra a mulher ao colocá-la como única responsável pelos cuidados de primeira infância.

A licença-maternidade, por exemplo, consiste em direito constitucionalmente garantido à gestante, encontrando previsão no art. 7º, XVIII, que estabelece se tratar de direito do trabalhador urbano ou rural, sem prejuízo do emprego e salário, pelo período de 120 dias. Referida previsão também está contida no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ampliada pelo disposto no art. 392-A da CLT que estende a licença-maternidade à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Além disso, cita-se a garantia provisória no emprego, que é prevista no art. 10, II, alínea “b” do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), segundo o qual será vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da “empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”, direito que é estendido ao empregado adotante – homem ou mulher –, nos termos do art. 391-A da CLT, mas não ao homem, quando, por exemplo, tratar-se do único responsável pela percepção de renda no seio familiar.

Apesar disso, constatam-se evoluções tanto nas alterações legislativas ao longo da promulgação da CLT, como atribuições mais equânimes entre as responsabilidades entre homens e mulheres.

Deve-se apontar, nesse sentido, acerca dos institutos mencionados, os quais já passaram por transformações na legislação brasileira, podendo-se citar a extensão da licença-maternidade a adotantes e ao cônjuge supérstite quando do falecimento da mulher, além da criação de

políticas públicas que ampliam o prazo de referida licença tanto para o homem como para a mulher, mediante a adesão da empresa ao Programa Empresa Cidadã (Lei nº 11.770/2008).

Além disso, deve-se mencionar a recente publicação da Lei nº 14.457/2022, que institui o Programa Emprega + Mulheres, que traz disposições destinadas à inserção e manutenção das mulheres no mercado de trabalho, mediante a adoção de algumas medidas de apoio à parentalidade na primeira infância, que é definida como:

vínculo socioafetivo maternal, paternal ou qualquer outro que resulte na assunção legal do papel de realizar as atividades parentais, de forma compartilhada entre os responsáveis pelo cuidado e pela educação das crianças e dos adolescentes, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Apesar de tais apontamentos e de avanços na legislação brasileira, devemos ressaltar que as desigualdades nas relações trabalhistas ainda persistem, havendo que se destacar que a violência simbólica é expressa na relação do trabalho doméstico, que ainda é marcado por forte divisão tanto sexual como racial do trabalho, como será visto a seguir.

4.1 Trabalho doméstico no Brasil

No que tange ao trabalho doméstico, importa mencionar que suas origens remontam à colonização do espaço e à divisão racial da sociedade, que permanecem até os dias atuais, combinando mecanismos de dominação tanto raciais como de classe e gênero (DIEESE, 2020), inobstante os avanços na legislação, nos âmbitos internacional e nacional.

Desta feita, há dispositivos gerais acerca da igualdade no trabalho, como é o caso da Convenção nº 100, sobre remuneração igual para trabalho de igual valor e 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, e da Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, ratificados pelo Brasil.

Além disso, há dispositivos de natureza de *soft law*, como a Agenda 2030 da ONU, que tem, entre os seus objetivos, o objetivo do desenvolvimento sustentável (ODS) nº 5 (igualdade de gênero), 8 (trabalho e desenvolvimento sustentável) e 10 (redução das desigualdades), que devem ser lidos em conjunto com os demais ODS, para que se atinja, com o perdão da redundância, um desenvolvimento mais sustentável dos países.

De forma mais específica, encontramos, em sede da OIT, a Convenção nº 189 – adotada pelo organismo em 2011 e ratificada pelo Brasil no ano de 2018 – e construída mediante ações e articulações mediante o apoio de representantes de empregadores, de governos e representantes sindicais dos países.

A demora na ratificação pelo Brasil foi justificada pelas crises políticas vivenciadas pelo país, assim como pela preocupação primordial dessa classe para que se desse a ampliação dos direitos, inicialmente, na Constituição da República (Themis, 2020).

No âmbito nacional, por sua vez, cita-se o Decreto-Lei nº 3.078/1941 que conferiu alguns direitos aos trabalhadores domésticos, os quais não foram incorporados à CLT, que excluiu tais trabalhadores de seu espectro, tendo em vista as atividades realizadas não serem consideradas de natureza econômica.

Nota-se que a exclusão dos domésticos do âmbito da CLT denota o seu status de cidadania de segunda classe desses trabalhadores, deixando evidente que a depreciação e exclusão da proteção legislativa promovem um “não-lugar” no processo de modernização da sociedade brasileira (Barbosa; Iasiniewicz; Büttow²⁰¹⁹).

Assim a situação apenas se alterou no ano de 1972, com a aprovação da Lei nº 5.859 e no ano de 1988 com a promulgação da Constituição Federal (THEMIS, 2020). Apesar dos avanços, não se estenderam todos os direitos adquiridos pelos demais empregados (DIEESE, 2020).

Após, menciona-se a previsão conferida pela Lei nº 10.208/2001, que possibilitou o recolhimento previdenciário, com a previsão de restituição de imposto de renda a empregadores que contribuíssem para a previdência social, no ano de 2006 (Themis, 2020).

Ainda, houve a promulgação da PEC das domésticas, no ano de 2013, representada pela EC nº 72, a qual teve alguns de seus dispositivos regulamentados pela Lei complementar nº 150/2015. Tal legislação, entretanto, não incluiu aqueles sujeitos que trabalham por período igual ou menor do que dois dias na semana, que seguem sem os direitos garantidos pela Constituição e pela LC, sendo considerados autônomos, portanto.

Perceba-se, portanto, que até a aprovação da PEC, havia notória diferenciação entre os direitos conferidos a trabalhadores urbanos, rurais e avulsos e domésticos o que se liga, conforme já mencionado, à origem da atividade – que remonta ao trabalho escravo – associando-se pela desvalorização do trabalho reprodutivo e do cuidado, realizado majoritariamente por mulheres, no âmbito privado, que não se relaciona à lógica empresarial (DIEESE, 2013).

Além disso, deve-se apontar que aqueles que exercem trabalho doméstico não remunerado também se encontram destituídos de proteção social, de modo que o Estado não confere, a estes, qualquer tipo de benefício assistencial, por exemplo.

Visto isso, importante que se analise o cenário do trabalho doméstico no Brasil, para que possamos relacioná-lo aos temas outrora analisados.

4.2 Cenário do trabalho doméstico, no Brasil

Havendo mencionado os principais aspectos que explicam a violência simbólica, a divisão sexual e racial do trabalho, assim como a legislação sobre trabalho doméstico, no Brasil, é mister que se estabeleça uma relação entre eles por meio de alguns dados coletados.

Mediante dados colhidos pela PNAD contínua, verifica-se a existência de 4,9 milhões de trabalhadores domésticos no ano de 2020. Deste total, as mulheres representam 92% das pessoas, sendo que deste percentual, 65% são negras.

Além disso, os dados demonstram que, dos 4,9 milhões de domésticos mencionados, apenas 25% se encontram com carteira assinada, enquanto que 35,6% do total contribui para a previdência social. Quanto ao aspecto previdenciário, destaca-se que 972 mil delas se trata de mulheres negras, enquanto que 639 mil, não negras.

Na análise da faixa etária, temos uma concentração de mulheres negras na faixa etária de 30-44 anos (36,9%) e de 45-59 anos (40,6%), enquanto que as não negras são 30,5% na faixa de 30-44 anos e de 49,9% na faixa de 45-49 anos.

Sobre o rendimento mensal, constatamos uma média de R\$ 876, no Brasil, com informais percebendo até 40% menos do que as formais e negras, em média, 15% menos, sendo que grande parte delas é chefe de família.

Enfim, quanto à média de horas trabalhadas, foi de 52 horas, ou seja, maior do que o permissivo constitucional e legal de 44 horas semanais.

Segundo Abreu (2020), dados da PNAD contínua apontam que aproximadamente 40% das trabalhadoras domésticas negras, em 2019, prestavam em serviços em diversos domicílios. Porém, há mais mulheres negras mensalistas quando comparadas a mulheres brancas.

Embora o tema trabalho doméstico não remunerado não seja objeto central deste artigo, mister que remetamos a ele apenas para clarificar que suas características possuem semelhanças com o trabalho doméstico remunerado.

Desta feita, no Brasil, homens brancos realizam, em média, 10,9 horas de afazeres semanais, homens pretos e pardos 11 horas, mulheres brancas 20,7 horas e mulheres pretas e pardas 22 horas semanais (Abreu, 2020).

Quando se trata de pessoas ocupadas, o número não sofre alterações substanciais, sendo a média de 10,3 horas para homens brancos, 10,6 para homens pretos e pardos, 17,7 para mulheres brancas e 19,2 para mulheres pretas e pardas (Abreu, 2020).

Ou seja, ainda quando se trata do aspecto doméstico não remunerado, é nítido que as tarefas são realizadas majoritariamente por mulheres, que despendem praticamente o dobro de seu tempo “livre” com atividades domésticas, consistindo em um dos obstáculos para a igualdade de gênero (Fontoura; Araujo, 2016).

Passa-se, por fim, à quinta seção do artigo, que irá relacionar trabalho doméstico, violência simbólica e divisão sexual e racial do trabalho.

5. Violência simbólica, divisão sexual e racial do trabalho e trabalho doméstico no Brasil

Como tópico final do presente artigo, propomo-nos a analisar a relação entre violência simbólica, divisão sexual e racial do trabalho e trabalho doméstico no Brasil.

Na forma do até então exposto, entendemos que é possível relacioná-los. Isso porque, a violência simbólica, consoante estudado, é verificada de modo “velado” de atos de poder, em face de determinado grupo social, sendo a divisão racial e sexual do trabalho uma espécie dela.

Nesses termos, os dados acima verificados nos dão um cenário no sentido de que a maioria dos domésticos é composta por mulheres, que trabalham na informalidade, com rendimento abaixo do salário mínimo nacional e em período de horas maior do que o previsto constitucionalmente.

Dessa forma, corrobora-se o fato de que o trabalho doméstico foi estruturado a partir de relações de poder em que homens se beneficiam do trabalho das mulheres – muitas vezes de forma gratuita, o que se justifica pela noção de divisão sexual do trabalho, que ainda permanece, pois estruturada na relação social de sexo, consubstancial às relações sociais de classe e raça, reproduzindo a noção de interseccionalidade – que diz respeito ao entrelaçamento de desigualdades (Valeriano; Tosta, 2021).

Assim, no caso da mulher negra, historicamente foram destinadas a atividades manuais e precários, como o doméstico. Nesse sentido:

Observando também a base material sobre a qual as desigualdades se manifestam, Lélia Gonzalez (1982), com abordagem pioneira no Brasil, discute como o capitalismo no contexto brasileiro e latino-americano mobiliza raça, sexo e classe de modo a colocar as mulheres negras no nó das desigualdades que estruturam suas sociedades. Segundo a autora, o lugar da mulher negra na divisão racial, sexual e social do trabalho no Brasil tem se fixado, historicamente, nas atividades manuais relacionadas à reprodução, embora sempre estivessem também em outras ocupações, muitas vezes, tão precárias quanto o trabalho doméstico, mas menos estigmatizadas (Valeriano; Tosta, 2021, p. 414-415).

Apenas para que não se esqueça, não é demais apontar que, no cenário da pandemia do COVID-19, as mulheres negras sofreram de forma mais intensa seus impactos, não sendo demais apontar que domésticas continuaram a trabalhar nas casas de patrões contaminados no período (Nogueira; Passos, 2020).

Some-se a isso a frequente constatação de empregadas domésticas em trabalhos que se enquadram no conceito de trabalho análogo ao escravo³. Barbosa, Iasiniewicz e Büttow (2019), mencionam que a abolição da escravatura não rompeu com os arranjos do período colonial e escravista que, no caso do trabalho doméstico houve um poder simbólico patronal que promove percepções subalternizadas de pertencimento e lealdade, de forma a dificultar o reconhecimento de direitos às domésticas, sob o argumento de que se tratariam de “pessoas quase da família”.

Tal menção vai ao encontro dos estudos sobre o tema, que colocam o etnicismo e o racismo – inicialmente utilizados para a colonização da América – como categorias centrais de análise, pois passaram a ser reproduzidos em todo o mundo (Quijano, 2005).

Nessa senda, Abreu (2020) destaca que o trabalho doméstico é um local de ambivalência afetiva, em que a separação entre cuidado e trabalho é atenuada, sendo o termo “pessoa da família”, muitas vezes, significado de precarização, baixa remuneração e violação de direitos trabalhistas e individuais.

Some-se a isso o fato de ainda haver, no país, distinção entre os direitos das domésticas e dos trabalhadores urbanos, avulsos e rurais, o que pode ser verificado pela leitura do art. 7º da Constituição Federal e pela demora em sua regulamentação mediante lei complementar, o que somente ocorreu no ano de 2015. Tal constatação, todavia, não exclui o fato de que a composição do trabalho doméstico é marcado, majoritariamente, por mulheres e negras.

Nesses termos, tem-se que a inserção no mercado de trabalho pode reproduzir e aprofundar as desigualdades sociais, configurando-se em espaço racializado, de modo que, embora haja uma tendência na queda das desigualdades, as noções de raça e gênero ainda são determinantes na inserção no mercado e em retornos, como salarial e nas posições ocupadas, o que é ainda mais claro no caso das mulheres negras⁴, no sentido do que esclarece Abreu (2020, p. 49):

³ Nesse sentido, em dezembro de 2022, uma idosa foi resgatada no Município de Ribeirão Preto, após ser mantida por 27 anos em situação análoga à escravidão, nos termos do que pode ser verificado na notícia a seguir: <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2022/12/07/medica-acusada-de-manter-idosa-em-regime-analogo-a-escravidao-tentou-barrar-operacao-e-ameacou-equipe-diz-mpt.ghtml>.

⁴ Nesse sentido: As condições de inserção no mundo do trabalho se deterioraram também quanto aos rendimentos. De acordo com os dados do IBGE, mulheres negras recebiam, em 2018, 79,1% dos rendimentos médios do trabalho dos homens negros ocupados, menor desigualdade verificada entre os grupos divididos por cor/raça e sexo; a maior desigualdade verificada ocorreu entre mulheres negras e homens brancos, que recebiam apenas 44,4% do rendimento médio do trabalho recebido por estes últimos (IBGE, 2019a) (ABREU, 2020).

A inserção no mercado de trabalho, apoiado em um marco jurídico que preserva desigualdades, implica consequências para outros campos da vida, com reflexos nas áreas da cultura, moradia, saúde e educação. O mercado de trabalho é o que dá tom ao acesso ao rendimento monetário e simbólico (Paixão et al., 2010). Nesse sentido, a população negra encontra-se em posição inferior na sociedade em todos os indicadores de qualidade de vida, pois é a parcela menos escolarizada da população, a que ocupa os empregos menos qualificados, recebe os menores salários e possui os piores índices de ascensão social (Carvalho, 2006). O segmento dos negros reside em áreas com menos serviços de infraestrutura básica, assim como tem menos acesso a serviços de saúde e educação de qualidade (Ipea, 2009). Os maiores índices de violência entre os jovens e maiores níveis das pessoas privadas de liberdade encontram-se entre os negros (Romio, 2013).

Assim, no caso das domésticas, a violência simbólica, segundo compreendemos, está presente tanto quando falamos que o trabalho por elas realizado consiste na noção da divisão sexual e racial do trabalho, como no aspecto normativo – pois os direitos das domésticas se distinguem dos direitos de trabalhadores urbanos, rurais e avulsos, ainda que presentes os requisitos da relação de emprego, o que é reforçado pelo caso da “diarista”, e social, pois, ainda são encontradas domésticas realizando trabalho análogo à escravidão.

Com isso, podemos afirmar que as leis, por si sós, não são suficientes para acabar com um problema estrutural do país.

Isso porque, o conceito da lei é fundamentalmente político e não apenas uma composição de termos técnicos dissociados da realidade, de modo que, muitas vezes, mantem uma hierarquia racializada de Estados e sociedade (Sarat; Kearns, 2003), o que pode ser corroborado pela demora do Brasil em regulamentar o trabalho doméstico (que, não tem todos os direitos do trabalhador urbano e rural).

E isso ocorre, porque, pensamos que há a necessidade de se enfrentar a pobreza e a desigualdade, de modo a combatê-las/reduzi-las e, ainda, de promover uma educação de qualidade, pois a maioria dos resgatados é analfabeta ou possui pouca instrução.

Tais soluções mostram-se estampadas nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, contidos na Agenda 2030 da ONU, com metas que deveriam ser observadas pelos Estados. Ademais, podemos mencionar, no bojo de tal documento, a necessidade de promoção do trabalho decente, da igualdade entre os gêneros e da redução das desigualdades. Deve-se apontar que os objetivos em questão decorrem de inúmeros tratados internacionais sobre o assunto, de forma que não residem em um vácuo normativo, tratando-se de uma verdadeira construção histórica.

Corroborar-se a isso, a urgência de se enxergar o problema de modo interseccional, para que se articulem raça, sexo e classe social. Nesses termos, Collins e Bilge (2016), esclarecem

que a vida social dos indivíduos, normalmente, é constituída e moldada por diversos fatores, ao que se denomina interseccionalidade.

Assim, a diferença não poderá ser utilizada para a discriminação do gênero, mas a perspectiva de gênero deve ser incluída para a reformulação de leis e políticas públicas, devendo o mesmo ocorrer com a noção de raça. Aliás, deve-se apontar que segundo bell hooks (2019), deve haver a inclusão da raça nas análises feministas, pois, ao longo dos anos, a diferença entre mulheres brancas e negras na sociedade foi camuflada por discursos pautados apenas na igualdade de gênero e da noção gênero, pois, os homens negros não apoiavam a luta das mulheres negras⁵.

Enfim, a temática é complexa e exige um olhar atento para que as desigualdades de gênero e raça não se perpetuem.

6. Conclusão

Diante do exposto, foi possível constatar a relação entre violência simbólica, divisão sexual e racial do trabalho e trabalho doméstico no Brasil.

Para tanto, o trabalho foi dividido em 4 seções.

Foi analisado que a divisão sexual do trabalho nada mais é do que a atribuição de atividades produtivas e de maior valor econômico ao homem, deixando às mulheres aquelas reprodutivas de menor valor, ancorando-se em dois princípios: o da hierarquia e da separação. Com isso, não quisemos dizer que todas as mulheres exerceriam atividades reprodutivas, mas sim, que as desigualdades existentes reforçam esta configuração.

Além disso, apontou-se que a divisão racial do trabalho também pauta as relações de trabalho, pois, de modo geral, as atividades prestadas pelos brancos têm maior valor quando comparadas àquelas exercidas por pessoas negras.

Assim, compreendemos que a própria noção de divisão sexual do trabalho se caracteriza como uma espécie de violência simbólica, subordinando as mulheres ao desempenho de atividades consideradas femininas, tolhendo-lhes a liberdade e intensificando a desigualdade entre os sexos.

Com isso, na segunda seção, conceituamos violência simbólica com base no referencial de Pierre Bourdieu, para quem esta consistiria na violência suave e invisível às vítimas, que é

⁵ No mesmo sentido: CRENSHAW, K.. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, v. 10, n. 1, p. 171–188, jan. 2002.

exercida pelas vias simbólicas de comunicação e conhecimento ou do desconhecimento, reconhecimento ou sentimento, sendo apta a constranger os indivíduos sem que se valha de meios físicos de coerção. Para que exista, destarte, necessita-se de uma relação entre os que exercem o poder e aqueles que a ele se sujeitam.

Na terceira seção passamos ao estudo da legislação brasileira sobre o trabalho da mulher, em que pudemos constatar evoluções tanto nas alterações legislativas ao longo da promulgação da CLT, como nas atribuições mais equânimes entre as responsabilidades entre homens e mulheres no seio familiar.

Apesar disso, as desigualdades ainda existem e marcaram o histórico da legislação sobre o trabalho doméstico, que remonta ao trabalho escravo e se associa à desvalorização do trabalho reprodutivo e do cuidado, realizado majoritariamente por mulheres negras, no âmbito privado, que não se relaciona à lógica empresarial.

Por fim, verificamos um cenário em que a maioria dos domésticos é composta por mulheres negras, que trabalham na informalidade, com rendimento abaixo do salário mínimo nacional e em período de horas maior do que o previsto constitucionalmente.

Com isso, corroborou-se o fato de que o trabalho doméstico foi estruturado a partir de relações de poder em que homens se beneficiam do trabalho das mulheres, o que se justifica pela noção de divisão sexual do trabalho, que ainda permanece, pois estruturada na relação social de sexo, consubstancial às relações sociais de classe e raça, o que é reforçado pelo aspecto normativo, que ainda distingue o trabalho doméstico do urbano, rural e avulso.

Compreendemos que a alteração legislativa, ainda que pautada pela igualdade formal, não necessariamente será acompanhada por uma igualdade material, de modo que alterações estruturais são necessárias e merecem ser pensadas para que as desigualdades entre os gêneros não se perpetuem e para que se supere o cunho histórico, racial e sexual do trabalho doméstico.

Referências

ABRAMO, Lais. Introdução. In: OIT (ed.). **Igualdade de gênero e raça no trabalho**: avanços e desafios. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2010. p. 15-48. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---brasil/documents/publication/wcms_229333.pdf. Acesso em: 14 dez. de 2022.

ABREU, Angélica Kely de. O TRABALHO DOMÉSTICO REMUNERADO: um espaço racializado. In: PINHEIRO, Luana; TOKARSKI, Carolina Pereira; POSTHUMA, Anne Caroline (org.). **Entre relações de cuidado e vivências de vulnerabilidade**: dilemas e desafios para o trabalho doméstico e de cuidados remunerados no Brasil. Brasília: Ipea e Oit, 2020. p. 47-66. Disponível em:

https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11442/1/Trabalho_Domestico_cap02.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

BARBOSA, Attila Magno e Silva; IASINIEWICZ, Giovanna; BÜTTOW, Maria Emília Valli. Trabalho doméstico: entre o poder simbólico patronal e a luta por reconhecimento jurídico. **Ciências Sociais Unisinos**, [S.L.], v. 55, n. 3, p. 341-350, 13 fev. 2020. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/csu.2019.55.3.04>. Disponível em: https://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2019.55.3.04/60747573. Acesso em: 26 jul. 2023.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades**: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. Tradução Fernando Tomaz.

_____. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. 11 ed. Tradução Maria Helena Kühner.

COLLINS, P. H.; BILGE, S. **Intersectionality**. 1. ed. Cambridge: Polity Press, 2016. v. 1.

CRENSHAW, K.. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. Revista Estudos Feministas, v. 10, n. 1, p. 171–188, jan. 2002.

DIEESE. **O Emprego Doméstico no Brasil**. Brasília: Dieese, 2013. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. **Quem cuida das cuidadoras**: trabalho doméstico remunerado em tempos de coronavírus. Brasília: Dieese, 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2020/estPesq96covidTrabalhoDomestico.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. **Trabalho doméstico no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/infografico/2022/trabalhoDomestico.html>. Acesso em: 17 dez. 2022.

FONTOURA, N.; ARAÚJO, C. **Introdução**. In: FONTOURA, N.; ARAÚJO, C. (orgs.). Uso do tempo e gênero. Brasília: Secretaria Especial de Política para Mulheres; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 17-20, 2016.

G1. **Médica acusada de manter idosa sem salário por 27 anos tentou barrar operação do MPT em Ribeirão Preto**. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2022/12/07/medica-acusada-de-manter-idosa-em-regime-analogo-a-escravidao-tentou-barrar-operacao-e-ameacou-equipe-diz-mpt.ghtml>. Acesso em: 15 dez. 2022.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In: **IV Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, 1980.

HOOKS, bell. **E eu não sou uma mulher?** Mulheres negras e feminismo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

MEDEIROS, Flaviani Souto Bolzan; CAMPOS, Simone Alves Pacheco de. As Relações de Gênero, os Estereótipos e a Violência Simbólica no Mercado de Trabalho. **Revista de Administração Imed**, Passo Fundo, v. 10, n. 1, p. 127-144, Não é um mês valido! 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7884385>. Acesso em: 25 out. 2022.

NASCIMENTO, Tamires Guimarães do; GONÇALVES, Renata. Entre a divisão sexual e a divisão racial do trabalho: a precarização das relações de trabalho das mulheres negras. **O Público e O Privado**, Fortaleza, v. 19, n. 40, p. 271-287, set. 2021. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/opublicoeoprivado/article/view/7461/6320>. Acesso em: 26 jul. 2023.

NOGUEIRA, C. M.; PASSOS, R. G.. A DIVISÃO SOCIOSSEXUAL E RACIAL DO TRABALHO NO CENÁRIO DE EPIDEMIA DO COVID-19: considerações a partir de Heleieth Saffioti. **Caderno CRH**, v. 33, p. e020029, 2020.

OLIVEIRA, Agelita de Lima. **Reflexos da violência simbólica no mercado de trabalho: desigualdades de gênero**. 2022. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Educação Sexual, Unesp, Araraquara, 2022. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/217262/oliveira_al_me_arafcl.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 23 out. 2022.

PAVIANI, Gabriela Amorim; ANDERSON JUNIOR, Ezequiel. DA VIOLÊNCIA SIMBÓLICA À ATUAL DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO. V **Simpósio Internacional de Educação Sexual**, Maringá. Disponível em: <http://www.sies.uem.br/trabalhos/2017/3180.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2022.

SCHABBACH, Letícia Maria. A reprodução simbólica das desigualdades entre mulheres e homens no Brasil. **Opinião Pública** [online]. 2020, v. 26, n. 2 [Acessado 11 Dezembro 2022], pp. 323-350. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1807-01912020262323>>. Epub 11 Set 2020. ISSN 1807-0191. <https://doi.org/10.1590/1807-01912020262323>.

SILVA, Lara Ferreira da; OLIVEIRA, Luizir de. O Papel da Violência Simbólica na Sociedade por Pierre Bourdieu. **Revista Fsa**, Teresina, v. 14, n. 3, p. 160-174, mai/jun. 2017. Disponível em: <http://www4.unifsa.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/1342/1249>. Acesso em: 23 out. 2022.

SILVA, Luciana Soares da. **A violência simbólica contra a mulher no discurso jornalístico**. 2012. III Simpósio Nacional Discurso, Identidade e Sociedade. Disponível em: https://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/SILVA_LUCIANA_SOARES_DA.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

SOIHET, R.. Violência simbólica: saberes masculinos e representações femininas. **Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, v. 5 n.1, p. 7-29, 1997.

THEMIS. **O Caso do Brasil**: estudo sobre a convenção 189, recomendação 201 e lei complementar 150/15. Porto Alegre: Themis - Gênero, Justiça e Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <http://themis.org.br/wp-content/uploads/2020/07/O-CASO-DO-BRASIL-ESTUDO-SOBRE-A-CONVEN%C3%87%C3%83O-189-RECOMENDA%C3%87%C3%83O-201-E-LEI-COMPLEMENTAR-150.15.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

THOME, Candy Florencio. O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 2, n. 18, p. 40-78, maio 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74743>>. Acesso em 13 mar. 2022.

VALERIANO, Marta Maria e TOSTA, Tania Ludmila Dias. Trabalho e família de trabalhadoras domésticas em tempos de pandemia: uma análise interseccional. **Civitas - Revista de Ciências Sociais** [online]. 2021, v. 21, n. 3 [Acessado 8 Dezembro 2022], pp. 412-422. Disponível em: <<https://doi.org/10.15448/1984-7289.2021.3.40571>>. Epub 10 Jan 2022. ISSN 1984-7289. <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2021.3.40571>.

YANNOULAS, Silvia Cristina. **Dossiê: Políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho**. Brasília: CFEMEA; FIG/CIDA, 2002.

ZAPOLLA, Letícia Ferrão; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. ANÁLISE DA ADI 5938 DO STF SOBRE AFASTAMENTO DA GESTANTE E LACTANTE DE LOCAIS INSALUBRES SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO (PORTARIA Nº 27/2021 DO CNJ). In: PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt *et al.* **Trabalho, meio ambiente e meio ambiente do trabalho: novos horizontes dos direitos humanos no universo laboral**. Campinas: Bccl/Unicamp, 2022. p. 185-202.

Sobre os autores

Antonio Rodrigues de Freitas Júnior: bacharelou-se em Direito pela Universidade de São Paulo-USP, por onde também obteve seu Mestrado, Doutorado e Livre-Docência (1999). Atualmente é Professor Associado de Direito do Trabalho e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-Largo de São Francisco (desde 2002; após 14 anos de docência em direito junto ao Instituto de Economia da Universidade de Campinas–UNICAMP). Tem lecionado, pesquisado e desenvolvido atividades de extensão com ênfase, entre outras linhas, em Mediação de Conflitos e Cultura da Paz, área em que foi agraciado pelo Conselho Nacional de Justiça com o Prêmio Conciliar é Legal-Ensino Superior (2017). No semestre compreendido entre janeiro de 2018 e fevereiro 2019, realizou pesquisas como Visiting Fellow na Cornell University-School of Industrial and Labor Relations, em Ithaca, NY (EUA), com passagens de docência e/ou pesquisa ainda por instituições como Harvard Law School (HLS-BSA), Shinshu University, The University of Tokyo (Japão), University of Oregon (EUA), Università Studi di Modena e Reggio Emilia-Adapt (Itália), Universidade de Coimbra (Portugal), Università di Bari(Itália), Universidad Internacional de Andaluzia-La Rabida (Espanha), e pelo Research Committee on Sociology of Law ISA–Oñati (Espanha). Foi Secretário Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça (2002), Procurador Legislativo do Município de São Paulo, (concurso público em 1991), primeiro Diretor da Escola do Parlamento da Câmara Municipal de São Paulo (D.O.C. 22.02.2011), e seu Diretor-Executivo até 2017. ORCID: 0000-0002-4006-627X. E-mail: arfreit@usp.br

Letícia Ferrão Zapolla: Doutoranda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito/USP. Mestra e Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP. Pós-graduada em Direito Corporativo e Compliance. Exerce a função de Procuradora do Município de Nuporanga-SP e é Professora na Faculdade Anhanguera de Sertãozinho. Além disso, é membra do Grupo de Pesquisa em Migração e Direito Internacional do Trabalho (GEMDIT/USP). ORCID: 0000-0002-2773-9863. E-mail: leticia.zapolla@usp.br

Bienestar, Estado Social, dignidad humana y derecho de la Unión Europea

Welfare, Social State, human dignity and European Union law

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Resumen

La búsqueda del bienestar general es una idea que en Europa se remonta a los filósofos griegos. Implementar un nivel no contributivo de prestaciones sociales se presenta como la respuesta más adecuada del Estado Social para luchar contra las situaciones de extrema marginalidad y pobreza. El bienestar de los pueblos es un objetivo consagrado por el Tratado de la Unión Europea si bien el Reglamento 883/2004, de coordinación de regímenes de Seguridad Social, somete a una restrictiva regulación a las prestaciones financiadas mediante impuestos y destinadas a personas con recursos por debajo del umbral de la pobreza.

Palabras clave: Pobreza; Estado Social; Estado del Bienestar; dignidad humana; Prestaciones no contributivas.

Abstract

The search for general welfare is an idea that in Europe dates back to the Greek philosophers. Implementing a non-contributory level of social benefits is presented as the most appropriate response of the Social State to fight against situations of extreme marginality and poverty. The welfare of the people is an objective enshrined in the Treaty on European Union, although Regulation 883/2004 on the coordination of social security schemes subjects tax-financed benefits for people with resources below the poverty threshold to a restrictive regulation.

Keywords: Poverty; Social State; Welfare State; Human dignity; Non-contributory benefits.

Como citar este artículo: ABNT¹ e APA²

1. El bienestar de las personas, pilar de una Europa social fuerte: antecedentes históricos

Entre los objetivos de la Unión Europea se encuentra promover el bienestar de sus pueblos (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea). El bienestar de las personas,

¹ NAVARRO, Cristina Sánchez-Rodas. Bienestar, Estado Social, dignidad humana y derecho de la Unión Europea. *Labuta*, v. 1, n. 1, p. 21-37, jan./jun. 2024.

² Navarro, C. S. (2024). Bienestar, Estado Social, dignidad humana y derecho de la Unión Europea. *Labuta*, 1(1), 21-37.

especialmente las más vulnerables, desempeña de hecho un papel clave en la construcción de una Europa social fuerte (Comisión 2020, pp.1-14).

Esta búsqueda del bienestar general, del bien común, como elemento de legitimación de los gobernantes no es novedosa en el mundo occidental, aunque en la Antigüedad se la describiera con otra denominación: filósofos, como Platón, Aristóteles y Santo Tomás de Aquino sostuvieron que el fin de la política era la felicidad común de la sociedad (Méndez Francisco, 2003, p.192).

En el S.XVIII con la Ilustración estas ideas se plasman en textos icónicos para el constitucionalismo y los Derechos Humanos: la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776 establece en su artículo primero “que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”.

La Declaración de Independencia de Estados Unidos del 4 de julio de 1776 proclamó “como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.

En Francia, en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se afirma “... el pueblo tenga siempre ante sus ojos las bases de su libertad y de su felicidad”.

En la Constitución francesa de 21 de junio de 1793 su artículo primero establece que “el fin de la sociedad es la felicidad común”.

La Constitución de Cádiz de 1812 en su artículo 13 proclamó que “el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”.

En el discurso de Angostura pronunciado por Simón Bolívar 15 de febrero de 1819, éste afirmó que “el sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible...”.

Afirma Lorca Martín de Villodres (2023, pp.328-330) que “es dentro del contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho donde encontramos el ámbito adecuado para el desenvolvimiento de la felicidad que ha de ser propiciada desde los poderes públicos y, por lo

que a la Constitución española se refiere, será en el artículo 40³ y en el artículo 41⁴ donde hallamos el marco concreto para la realización de la felicidad entendida como bien común o bienestar general”.

2. Estado Social y Estado del Bienestar como instrumentos en la lucha contra la pobreza

Garantizar unos ingresos mínimos a cualquier persona era, según Beveridge, uno de los fines de la Seguridad Social, objetivo asumido entre los valores socio-políticos que impregnan tanto las políticas de la Unión Europea como las de sus Estados miembros.

Pero la instauración del mercado común europeo no trajo consigo la abolición de la pobreza en Europa, sino que uno de cada cinco ciudadanos de la Unión Europea está en riesgo de pobreza o exclusión social según datos de la Oficina Europea de Estadística (Eurostat). En todos los Estados de la Unión Europea la amenaza de la pobreza se encuentra proporcionalmente ligada al nivel educativo del cabeza de familia y a su status socio-profesional. La nacionalidad es otro factor a tener en cuenta, pues cuando el cabeza de familia no tiene la nacionalidad de un Estado miembro el riesgo de pobreza resulta ser más alto que el promedio (Sánchez-Rodas Navarro, 2021, p.631). Puesto que nadie puede ser considerado responsable de su pobreza, ni nadie podría desearla para sí, ha de ser combatida en todas sus causas y en todas sus consecuencias, ya que se trata de una injusticia que no puede aceptar una sociedad basada en principios y valores humanistas (Comité Económico y Social, 1989, p.3).

Es, precisamente, ante esta coyuntura tan desalentadora, cuando la implantación de un nivel no contributivo de prestaciones sociales se presenta como la respuesta social y económica más adecuada del Estado Social, que ha de aspirar sus ciudadanos no sigan sufriendo situaciones de extrema marginalidad y pobreza.

El Estado de Derecho, que surge con los primeros textos constitucionales y pone fin al Antiguo Régimen, fue un Estado Liberal caracterizado por el abstencionismo respecto a la actividad económica. Este modelo evolucionó al Estado liberal democrático “basado en el sufragio universal que permitió el acceso al parlamento de sectores sociales, hasta entonces excluidos de la actividad política, agrupados en torno a partidos políticos socialistas y

³ “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

⁴ “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”.

socialdemócratas. Se empiezan a elaborar, en consecuencia, legislaciones de marcado carácter social que incorporan reivindicaciones colectivas y obreras” (Lorca Martín de Villodres, 2013, p.293). La consagración de la expresión Estado Social llegaría con la etapa del neocapitalismo.

El Estado Social ha sido descrito como la respuesta del capitalismo para adaptarse a las nuevas circunstancias socio-económicas y hacer frente a la alternativa de un Estado socialista. En palabras de Martín-Retortillo Baquer (1977, p.32) su finalidad es “rectificar y ordenar directamente en el marco de un sistema democrático situaciones de marcada injusticia fruto de una sociedad competitiva dejada al libre juego de sus propias fuerzas”.

El término Estado Social será incorporado a los textos constitucionales europeos de la segunda mitad del S.XX (tal y como ilustra la Constitución española de 1978, que proclama en su artículo 1.1 que España es un Estado Social y Democrático de Derecho). El Estado Social se caracteriza por la inclusión de derechos sociales y económicos con la finalidad de propiciar a los ciudadanos ámbitos de bienestar y seguridad. No se limita, por tanto, a reconocer libertades públicas y derechos políticos -que ya hacía el Estado liberal- sino que además le reconoce derechos económicos y sociales y procura hacerlos efectivos (Alarcón Caracuel, 1999, pp.14-15).

Pero el alcance de la fórmula del Estado Social difiere según la perspectiva ideológica y política en que nos situemos, ya que se trata de un concepto difícil de comprender al margen de su análisis histórico-doctrinal. Siguiendo a Álvarez Conde (1983, p.28) cabe señalar que la expresión ha sido reivindicada por ideologías contrapuestas: “en los primeros tiempos del socialismo se concibió como fórmula de tránsito hacia una sociedad sin clases. Para los defensores del sistema capitalista se configura como una simple transformación en el sistema motivado por el propio desarrollo en el modo de producción capitalista que abocaba al tránsito del Estado abstencionista hacia el Estado intervencionista. Con el apogeo de los movimientos fascistas estos intentarían utilizar la expresión como justificación de su ideología totalitaria”.

Se ha defendido que la consecución de la “procura existencial” de los ciudadanos -el “Daseinvorsorge” de la filosofía existencial que retomaría Forsthoff- manteniendo el sistema de producción capitalista va a ser la nota más sobresaliente que va a modular el concepto de Estado Social y a partir del cual se generalizó la expresión “Welfare State”, que al castellano se ha traducido por Estado del Bienestar (De la Villa Gil, 2015, p. 18).

Por lo que al lenguaje científico se refiere, la introducción del término Welfare State se atribuye a los economistas británicos, con base en los postulados del Lord Keynes de los que se haría eco el Informe Beveridge de 1942 (Lucas Verdú y Lucas Murillo, 1987, p.124). Aunque lo cierto es que el término “Wohlfahrtstaat” se utilizaba ya en Alemania en el S.XIX bajo la

orientación de los “Kathedersozialisten”, que constituyó la base para su aplicación práctica por parte de Bismarck (García Echevarría, 2015, p.84).

El Estado del Bienestar ha sido definido como la respuesta económica-política a la consolidación en los Estados occidentales de la noción jurídica del Estado Social. Partiendo de la base de que hay países, como España, cuya Constitución sólo se consagra el término Estado Social, pero no Estado del Bienestar, no sorprende que respecto al primero se haya afirmado que es un “concepto estrictamente jurídico”. Mientras que, por el contrario, Estado del Bienestar sería un concepto “descriptivo, no normativo”. Y aunque “la cláusula del Estado Social abre al legislador la posibilidad de asegurar el Estado del Bienestar, por sí sola no conduce a él”. Es más, Fernández Miranda Campoamor (2003, p.139) concluye “que los más intensos Estados de Bienestar no incorporen en sus Constituciones la cláusula del Estado Social”. Para este autor, la existencia de un Estado del Bienestar (entendido como concepto socio-económico) sería posible “sin que la Constitución incorpore cláusula alguna referida al Estado Social de Derecho e, incluso sin que exista una auténtica Constitución democrática”. Por el contrario, el Estado Social sería una profundización o una matización del Estado Democrático como Estado de Derecho. En este sentido, jurídicamente, el Estado Social o es Estado Social y Democrático de Derecho, o no es nada.

El Estado del Bienestar se predica de Estados Democráticos porque, como afirma Pérez Royo (1995, p.199), “el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado Social en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a la de una parte de la misma”. En la misma línea, Aparicio Tovar (2017, p.233) afirma que “la profundización del principio democrático en cada uno de los Estados miembros (de la Unión Europea) tomó cuerpo jurídicamente en la idea del Estado social”.

En otras palabras, en un Estado democrático, el derecho al voto garantizado a todos los ciudadanos conduce a que tengan la fuerza y capacidad de orientar, modular y modificar las políticas sociales de los dirigentes salidos de las urnas y que los representan. Y, a la inversa, en aras de atraer y mantener el voto del electorado los programas políticos prestarán especial atención a los derechos sociales. Y los ciudadanos, que financian al Estado con sus tributos y cotizaciones, demandan de éste que satisfaga unos fines sociales intrínsecos que constituyen y justifican su propia razón de ser. Y entre estos fines sin duda ocupan un lugar destacado la protección social y la lucha contra la exclusión social y la pobreza.

3. Prestaciones sociales suficientes y dignidad humana en las recomendaciones de la Unión Europea

Resulta del todo evidente que, para luchar contra la pobreza (y la exclusión social que suele llevar aparejada) las prestaciones no contributivas que garantiza un mínimo vital están destinadas a desempeñar un papel protagonista para que no sea una frase hueca la afirmación de que “hoy en día, ser europeo significa tener la oportunidad de alcanzar el éxito y tener derecho a una vida digna” (Comisión Europea, 2020, p.1).

Rentas mínimas, que no renta universal desvinculada del nivel de ingreso de los beneficiarios, existen en todos los Estados de la Unión Europea, que son encuadrables todos ellos en algunos los modelos de Estado de Bienestar existentes, aunque con muy variadas denominaciones y regulaciones jurídicas. De hecho, estas prestaciones resultan imprescindibles para garantizar la justicia social cuando no todas las personas pueden acceder al mercado laboral.

Como es bien sabido, la Recomendación, junto con la Directiva y el Reglamento son fuentes del Derecho de la Unión Europea, pero la primera no genera derechos ni obligaciones para los ciudadanos ni para los Estados de la Unión Europea.

La primera Recomendación que vinculó la dignidad humana con las prestaciones suficientes fue la Recomendación 92/441, “Sobre los Criterios Comunes Relativos a Recursos y Prestaciones Suficientes en los sistemas de Protección Social”. En la misma se recomienda a los Estados miembros adaptar sus respectivos sistemas de Seguridad Social a fin de que se reconozca el derecho fundamental de toda persona en situación de necesidad a disponer de recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana.

Por su parte, la Recomendación 92/44, “Relativa a la Convergencia de los objetivos y de las políticas de Protección Social”, en su apartado 1.a) propugna que se garantice a las personas un nivel de recursos conforme a la dignidad humana específicamente por lo que respecta al riesgo de desempleo, incapacidad laboral y vejez:

- Apartado 3.a) Desempleo:... garantizar recursos mínimos a las personas sin empleo que residan legalmente en el territorio del Estado miembro.
- Apartado 4.a) Incapacidad laboral:...garantizar recursos mínimos a todas las personas minusválidas que residan legalmente en el territorio del Estado miembro.
- Apartado 5.a) Vejez:...garantizar unos ingresos mínimos a las personas de edad avanzada que residan legalmente en el territorio del Estado miembro.

La Recomendación 2008/867 sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, proclama en su primer Considerando que “el respeto de la dignidad humana es uno de los principios básicos de la Unión Europea”. Y en su apartado 4. a) recomienda a los Estados “reconozcan el derecho fundamental del individuo a los recursos y la ayuda social suficientes para llevar una vida compatible con la dignidad humana como parte de un dispositivo global y coherente para combatir la exclusión social”.

El 17 de noviembre de 2017 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron conjuntamente el Pilar Europeo de Derechos Sociales, coincidiendo con la Cumbre Social de Gotemburgo en favor del empleo justo y el crecimiento. El principio 14 del Pilar Europeo de Derechos Sociales establece que “toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación, y que para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”.

Ante las expectativas que el ampuloso título de “Pilar Europeo” pudiera generar hay que aclarar inmediatamente que no estamos ante nuevos derechos que se hayan incluido en el articulado del Tratado Funcionamiento de la Unión Europea. El Pilar tampoco ha sido objeto de regulación por medio de un Reglamento -cuyas disposiciones tienen efecto directo en los Estados miembros y eficacia directa para sus ciudadanos-. Ni tan siquiera está recogido en el texto de una Directiva -que tiene eficacia horizontal pero no vertical (entre particulares)- y ha de ser traspuesta a los ordenamientos internos de los Estados miembros en el plazo que en la misma se disponga. Lo cierto es que la regulación del Pilar Europeo de Derechos Sociales se ha llevado a cabo través de una mera Recomendación de la Unión Europea sobre la base del artículo 292 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Garantizar una vida digna en todas las etapas de la vida es el desiderátum presente en el primer Considerando de la Recomendación 2023/C41/01 “Sobre una Renta Mínima Adecuada que Procure la Inclusión Activa”, cuyo artículo 3 recomienda que los Estados miembros desarrollen y, cuando sea necesario, refuercen unas redes de seguridad social sólidas para garantizar una vida digna en todas las etapas de la vida, combinando una ayuda a la renta adecuada (mediante prestaciones de renta mínima y otras prestaciones económicas complementarias) con unas prestaciones en especie y permitan acceder de manera efectiva a los servicios esenciales y de capacitación. El suministro de prestaciones en especie puede servir de apoyo a una sólida ayuda a la renta”.

Como ha señalado Lázaro Sánchez (2013, p.485) esta Recomendación “conecta con recientes iniciativas, caso de las orientaciones de 2022 para las políticas de empleo de los Estados miembros, que les encomienda “desarrollar e integrar los tres aspectos de la inclusión activa: un apoyo a la renta adecuado, unos mercados de trabajo inclusivos y el acceso a servicios de capacitación de calidad, para responder a necesidades individuales”. En particular, las orientaciones señalan que “los sistemas de protección social deben garantizar unas prestaciones de renta mínima adecuadas para toda persona que carezca de recursos suficientes y promover la inclusión social apoyando y alentando a las personas a participar activamente en el mercado laboral y en la sociedad, entre otras cosas mediante la prestación de servicios sociales específicos”.

4. La coordinación de las rentas mínimas en la Unión Europea

El Pilar económico ha ido siempre por delante del Pilar social en la Unión Europea, hasta el punto que se ha logrado la Unión Monetaria a través de la implantación de una moneda común (el euro) pero no hay un sistema de Seguridad Social único para todos los Estados miembros. Por ello, aunque la existencia de una última red de seguridad económica para la población sea una de las notas características de los sistemas de protección social en la Unión Europea, no existe una renta mínima europea común en todos los Estados, sino que coexisten muy variadas técnicas de protección social para las personas que carecen de los recursos económicos suficientes para su subsistencia.

Esto es así porque la legislación en materia de Seguridad Social no se encuentra entre las competencias nacionales transferidas a la Unión Europea (Miranda Boto, 2009, p.39). Es por ello que, actualmente, coexisten en la Unión Europea tantos sistemas de Seguridad Social como Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable. Cada sistema, fruto de un precipitado histórico, mantiene sus singularidades y diferencias respecto a las vías de financiación, ámbito de aplicación material y personal y procedimiento. Es decir, que no existe un sistema unificado y común de Seguridad Social en la Unión Europea, ni tampoco existe armonización en este campo.

Pero a fin de que esta multiplicidad de sistemas de Seguridad Social no constituyan un obstáculo insalvable para el ejercicio de la libre circulación de trabajadores se estableció la técnica de la coordinación que actualmente está regulada por el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al

procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

Para dar cumplimiento a ese mandato se promulgaron los Reglamentos 3/58 y 4/58 que fueron sustituidos por los Reglamentos 1408/74 y 574/72 que, a su vez, quedaron derogados con la entrada en vigor el primero de mayo de 2010 del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y su Reglamento de Aplicación 987/2009.

No encontramos, sin embargo, una definición del término “coordinación” ni en el Derecho originario de la Unión Europea ni en el Derecho derivado, de ahí que resulte obligada la remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la que se extraen las siguientes conclusiones:

La coordinación no restringe la competencia de los Estados miembros para regular sus sistemas de Seguridad Social, que siguen subsistiendo con todas sus peculiaridades y divergencias de procedimiento.

La coordinación no altera las diferencias de los derechos de las personas que trabajan en dichos Estados.

La coordinación no supone suprimir las diferencias de fondo entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros. Tampoco implica la uniformización de los sistemas, ni mucho menos la unificación.

En conclusión, la coordinación se limita a establecer los criterios de conexión entre las diferentes legislaciones nacionales, así como la distribución de cargas entre los distintos regímenes nacionales, sin que los derechos en materia de Seguridad Social de los migrantes se vean afectados por su lugar de empleo o residencia.

5. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las prestaciones no contributivas

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre prestaciones no contributivas se inicia con la sentencia Frilli⁵, en la que se debatió si la renta mínima garantizada a las personas de edad avanzada regulada por la legislación belga constituía una pensión de vejez no contributiva o una prestación de Asistencia Social a los efectos del Derecho comunitario. El Tribunal concluyó que semejante legislación cumplía en realidad una doble función: de un lado, garantizar unos medios de vida mínimos a aquellas personas excluidas completamente del sistema de Seguridad Social y, por otro, garantizar unos ingresos complementarios a los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social que resulten insuficientes Y, en este último supuesto, la prestación se ha de calificar a los efectos del Derecho comunitario como prestación de Seguridad Social.

De la sentencia Frilli se infiere la conclusión de que uno de los primeros criterios empleados por el Tribunal para deslindar entre prestaciones de Asistencia Social y Seguridad Social fue atender a la posición jurídica del beneficiario. Es decir, que cuando una legislación otorga a los beneficiarios una posición legalmente definida fuera de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades o de las situaciones personales, en principio ha de calificarse como de Seguridad Social. Este mismo criterio fue igualmente seguido por las sentencias Biason⁶, Costa⁷, Fossi⁸, y Vigier⁹.

De la exégesis de estos pronunciamientos judiciales se concluye la preferencia del Tribunal de Justicia por la calificación de Seguridad Social, de manera que la Asistencia Social se configura

⁵ Sentencia de 22 de junio de 1972, -1/72, (Frilli) ECLI:EU:C:1972:56: “constituyen características propias de la Asistencia Social la apreciación de la situación personal del solicitante, así como la remisión al estado de necesidad como criterio esencial de aplicación, haciendo abstracción de cualquier exigencia relativa a períodos de actividad profesional, de afiliación o de cotización y siendo su objetivo la garantía de un mínimo de medios de existencia”.

⁶ Sentencia de 9 de octubre de 1974, -24/74, (Biason) ECLI:EU:C:1974:99: “una prestación que atribuya a los beneficiarios una posición legalmente definida es una prestación de Seguridad Social en el sentido de los Reglamentos comunitarios y, por tanto, exportable cuando el beneficiario traslade su residencia a un tercer Estado miembro. El hecho de que la misma ley también se refiera a los beneficiarios de prestaciones que entren en el ámbito de la asistencia social, no podría alterar, teniendo en cuenta los reglamentos comunitarios, el carácter intrínseco de Seguridad Social de una prestación de invalidez de la que, de pleno derecho, constituye un accesorio”.

⁷ Sentencia de 13 de noviembre de 1974, -39/74, (Costa) ECLI:EU:C:1974:122: “una legislación nacional que conceda un derecho, legalmente protegido, a un subsidio para minusválidos, está sometida en relación con las personas a que se refiere el Reglamento 3 al ámbito de la Seguridad Social, en el sentido del artículo 51 del Tratado y de la reglamentación comunitaria adoptada en aplicación de esta disposición”.

⁸ Sentencia de 31 de marzo de 1977, -79/76, (Fossi) ECLI:EU:C:1977:59: “una legislación que otorga a los beneficiarios una posición legalmente definida, fuera de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades o de las situaciones personales entra, en principio, dentro de la Seguridad Social en el sentido del artículo 51 del Tratado y de los Reglamentos 3/58 y 1408/71”.

⁹ Sentencia de 27 de enero de 1981, -70/80, (Vigier) ECLI:EU:C:1981:19: “una legislación que...forma parte de las disposiciones normativas de un Estado miembro referentes al seguro social de los trabajadores, y que no prevé ninguna apreciación discrecional de la situación personal y de indigencia del interesado, se incluye en el campo de aplicación del Reglamento”.

como subsidiaria y sólo operaría en relación a prestaciones que pueden requerir la “apreciación de la situación personal y de la indigencia del interesado”. No obstante, el propio Tribunal reconoció “que no puede excluirse la posibilidad de que, debido al campo de aplicación personal, a sus objetivos y a sus modalidades de aplicación, algunas legislaciones se vinculan a las dos categorías y escapan a cualquier clasificación global”¹⁰.

Ante las críticas que suscitó entre la doctrina el criterio jurisprudencial de determinar la adscripción de una prestación al ámbito de la Seguridad Social en función de que se reconociese al beneficiario un derecho subjetivo, puesto que ello implicaba, de facto, incluir dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 a la práctica totalidad de las prestaciones de Asistencia Social de los Estados miembros, el Tribunal de Luxemburgo hubo de depurar su propia doctrina. Y así, a la hora de determinar prestaciones sociales que se incluyen dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social, optó, en una segunda etapa, por atender esencialmente a los elementos constitutivos de cada prestación, especialmente sus finalidades y sus condiciones de concesión. Estos criterios aparecen consolidados en la sentencia Piscitello¹¹, y se reiteran en los asuntos Gillard¹² y Even¹³.

Otra indicación valiosa, pero no decisiva, es el carácter suplementario o subsidiario en relación con las contingencias enumeradas en el artículo 4.1 del Reglamento 1408/71. Lo que Rabanser (1994, p. 243) califica como el criterio de la “referencia”, esto es, la prestación suplementaria tiene relación con algún riesgo incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71.

Para el citado autor, al objeto de determinar si una prestación con “doble carácter” pertenece a la Seguridad Social, resulta necesario atender a la finalidad que persigue y su conexión con alguna prestación básica dentro del ámbito del Reglamento 1408/71, respecto a la cual la prestación suplementaria pretende aumentar el importe de la prestación básica. Este último criterio se encuentra presente en las sentencias Scrivner¹⁴, Hoeckx¹⁵ y Acciaradi¹⁶.

¹⁰ En el mismo sentido las sentencias de 28 de mayo de 1974,-187/73, (Callemeyn) ECLI:EU:C:1974:57; y de 13 de noviembre de 1974, -39/74, (Costa) ECLI:EU:C:1974:122.

¹¹ Sentencia de 5 de mayo de 1983,-139/82, (Piscitello) ECLI:EU:C:1983:126:“una asignación como la prevista en el artículo 26 de la Ley italiana citada, se concede en las condiciones y sobre la base de criterios objetivos definidos por esta ley a ciudadanos de edad, con el fin de garantizarles un mínimo de medios de existencia”.

¹² Sentencia de 6 de julio de 1978,-9/78, (Gillard) ECLI:EU:C:1978:152.

¹³ Sentencia de 31 de mayo de 1979,-207/78, (Even) ECLI:EU:C:1979:144.

¹⁴ Sentencia de 25 de marzo de 1985,-122/84 (Scrivner) ECLI:EU:C:1985:145.

¹⁵ Sentencia de 27 de marzo de 1985,-249/83 (Hoeckx) ECLI:EU:C:1985:139.

¹⁶ Sentencia de 2 de agosto de 1993,-66/92 (Acciaradi) ECLI:EU:C:1993:341.

En su sentencia Comisión/Francia¹⁷, el Tribunal entendió que la normativa debatida “en la medida que establece un derecho a prestaciones complementarias destinadas a aumentar el importe de las pensiones de la Seguridad Social al margen de cualquier apreciación sobre las necesidades y situaciones individuales, elemento característico de la asistencia, está comprendida en el régimen de la Seguridad Social a los efectos del Reglamento 1408/71”.

Con la sentencia Newton¹⁸, el Tribunal parece volver a retomar postulados muy próximos a los defendidos en el asunto Frilli¹⁹.

En el asunto Paletta²⁰ el Tribunal estimó que para determinar si una prestación social está coordinada por la normativa comunitaria es preciso atender esencialmente a los elementos constitutivos de dicha prestación y en particular de su finalidad y de los requisitos para su concesión, y no del hecho de que una prestación sea o no calificada por una legislación nacional como prestación de Seguridad Social. En el mismo sentido se pronunció en el asunto Comisión/Gran Ducado de Luxemburgo²¹.

En el asunto Hughes²² el Tribunal interpretó que una prestación no contributiva y sometida a test de recursos, como es el caso del “family credit”, que se concede a las familias que responden a ciertos criterios objetivos, relativos en particular al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, debe quedar asimilada a una prestación de Seguridad Social a los efectos del Reglamento 1408/71.

A pesar de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia reconocía la existencia de una ancha zona gris.

¹⁷ Sentencia de 11 de junio de 1991, -307/89 (Comisión/Francia) ECLI:EU:C:1991:245.

¹⁸ Sentencia de 20 de junio de 1991, -36/89 (Newton) ECLI:EU:C:1991:265: “en relación con trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hubieran estado sometidos a la legislación de un Estado miembro, una asignación prevista por la legislación de dicho Estado miembro que se concede en función de criterios objetivos a las personas aquejadas de una dolencia física que afecte a su capacidad para desplazarse, y a cuya concesión tengan los interesados un derecho legalmente protegido, debe asimilarse a una prestación de invalidez a efectos del Reglamento 1408/71”.

¹⁹ Sentencia de 22 de junio 1972, -1/72 (Frilli) ECLI:EU:C:1972:56.

²⁰ Sentencia de 3 de junio 1992, -45/90 (Paletta) ECLI:EU:C:1996:182.

²¹ Sentencia de 10 de marzo 1993, -111/91 (Comisión/Gran Ducado de Luxemburgo) ECLI:EU:C:1993:92.

²² Sentencia de 16 de julio de 1992, -78/91 (Hughes) ECLI:EU:C:1992:331: “el TJCE. ha declarado reiteradamente que la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 y prestaciones incluidas en él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional. Reiterada jurisprudencia del TJCE precisa que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, la prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento 1408/71”.

6. Las prestaciones especiales no contributivas

La generosa interpretación que del término prestación de Seguridad Social realizó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea provocó que los Estados miembros se vieran obligados a reconocer prestaciones a personas que, según su Derecho interno, no podían reclamarlas. E, incluso, prestaciones calificables por el Derecho nacional como de Asistencia Social fueron declaradas por el Tribunal exportables a terceros Estados miembros.

Pero, cuando el Tribunal toma una orientación en materia de Seguridad Social de los migrantes cuyos efectos no son aceptables para los Estados miembros, puede asegurarse que los Reglamentos comunitarios serán revisados en un breve período de tiempo.

Lo que sucedió, efectivamente, con la promulgación del Reglamento 1247/92²³, que introdujo entre otras reformas, un nuevo artículo 4.2 bis en el Reglamento 1408/71 que define a las prestaciones especiales no contributivas²⁴ como aquellas “sujetas a una legislación o a un régimen distinto de los mencionados en el apartado 1 o que están excluidos en virtud del apartado 4, cuando dichas prestaciones vayan destinadas:

- a) bien a cubrir, con carácter supletorio, complementario o accesorio, las posibilidades correspondientes a las ramas contempladas en las letras a) a h) del apartado 1;
- b) bien a asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos”²⁵.

Como destaca el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea²⁶, “una prestación por el hecho de figurar en el Anexo II bis se rige exclusivamente por las normas de coordinación del artículo 10 bis”, de lo que resultan las siguientes “especialidades”:

²³ Sentencia de 11 de junio 1998, -297/96 (Partridge) ECLI:EU:C:1998:280: “de los considerandos tercero, cuarto, quinto y sexto del Reglamento 1247/92 se desprende que la intención del legislador era establecer un sistema de coordinación concreto que tuviera en cuenta las características específicas de determinadas prestaciones que pueden pertenecer simultáneamente a la asistencia social y a la Seguridad Social y que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se consideraban como prestaciones de Seguridad Social respecto a aquellos trabajadores que ya se hallaban sometidos al sistema de Seguridad Social del Estado cuya legislación se invoca”.

²⁴ La terminología escogida para designar a las nuevas prestaciones no es tan novedosa en el ámbito internacional como a simple vista pudiera parecer, ya en el artículo 9.4.a) del Convenio n° 157 de la OIT se prevé la posibilidad de excluir de las fórmulas de coordinación internacional de la Seguridad Social “a las prestaciones especiales de carácter no contributivo concedidas a título de socorro o para auxiliar a personas en situación de necesidad”.

²⁵ Esta expresa referencia a los minusválidos resulta redundante pues, aunque es cierto que con anterioridad a ser modificado por el Reglamento 1247/92, el Reglamento 1408/71 no mencionaba específicamente entre las ramas de la Seguridad Social a las que resulta aplicable, a las prestaciones destinadas a proteger a los minusválidos, la jurisprudencia comunitaria reiteradamente había interpretado “que las asignaciones para minusválidos están comprendidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71, en virtud de la letra b) del artículo 4.1. que se refiere expresamente a las prestaciones de invalidez”. Cfr. Sentencias de 20 de junio de 1991, -356/89, (Newton) ECLI:EU:C:1991:265; de 27 de mayo de 1993, -310/91, (Schmid) ECLI:EU:C:1993:221; y de 20 de abril de 1994, -58/93, (Yousfi) ECLI:EU:C:1994:160.

²⁶ Sentencias de 25 de febrero de 1999, -90/97, (Swaddling) ECLI:EU:C:1999:96; de 4 de noviembre de 1997, -20/96, (Snares) ECLI:EU:C:1997:518; y de 11 de junio de 1998, -297/96, (Partridge) ECLI:EU:C:1998:280.

-El término prestación especial no contributiva se predica exclusivamente de prestaciones económicas, no de las prestaciones en especie.

-Se les aplica el principio de totalización sin prorrateo, por lo que será el Estado de residencia del beneficiario quien asuma íntegramente el abono de la misma, aunque para su reconocimiento haya tenido que totalizar períodos de empleo, de actividad profesional o de residencia acreditados en otros Estados en los que el Reglamento 1408/71 resulte aplicable.

-No se exige un período mínimo de residencia en el Estado competente para que éste quede obligado a totalizar los períodos necesarios para acceder a su concesión.

-Las prestaciones especiales no contributivas no son exportables, pero sólo en tanto y en cuanto que hayan sido notificadas por los Estados en el Anexo II bis.

6.1 La regulación de las prestaciones especiales no contributivas en el artículo 70 del Reglamento 883/2004

Actualmente, el artículo 70 del Reglamento 883/2004 establece que el mismo “se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social”.

Se entenderá por “prestaciones especiales en metálico no contributivas” aquellas que:

a) tienen por objeto proporcionar:

i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate;

o

ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate,

y

b) cuando la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones,

no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,

y

c) figuren en el anexo X.

De la lectura del citado precepto se deduce que los requisitos que mencionan tienen carácter acumulativo.

Aunque, a simple vista, pudiera parecer que se ha producido una sustancial reforma entre la definición de prestación especial no contributiva contenida en el artículo 70 del Reglamento 883/2004 y la del artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71, en el fondo las diferencias son más aparentes que reales.

Al margen de las definiciones, hay algo que no ha cambiado en absoluto y es que sigue subsistiendo el mismo requisito inexcusable para no aplicar la supresión de cláusulas de residencia: las prestaciones especiales no contributivas para no ser exportables, obligatoriamente han de ser notificadas en un anexo específico, en el caso del Reglamento 883/2004, el Anexo X.

Consecuentemente, lo relevante no es la definición en sí, sino la inclusión de la prestación en el Anexo: aunque una prestación pudiera ser calificada como prestación especial en metálico no contributiva conforme a la nueva definición contenida en el artículo 70 del Reglamento 883/2004, si no figura en el Anexo X será exportable a otros Estados donde sea aplicable el citado Reglamento.

7. El ingreso mínimo vital en España

Se instauró por medio del Real Decreto-ley 20/2020. Se califica jurídicamente como una prestación no contributiva de Seguridad Social, esto implica que sea competencia exclusiva del Estado su regulación conforme al artículo 149.1.17 de la Constitución española.

No es una renta básica garantizada a todos los ciudadanos independientemente de sus recursos económicos, sino que los beneficiarios habrán de acreditar, entre otros requisitos, disponer de ingresos por debajo del umbral de la pobreza. Igualmente, como es común a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social españolas, se exige legalmente que los beneficiarios tengan residencia legal y efectiva en España que este caso es de al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud.

El gobierno español no ha notificado el Ingreso Mínimo Vital como prestación coordinada por el Reglamento 883/2004, ni como prestación de Seguridad Social ni como prestación especial no contributiva. Por tanto, ni se totalizan períodos de residencia cumplidos en otros Estados miembros ni se exporta el Ingreso Mínimo Vital. Pese a ello, la tesis que aquí se defiende es que estamos ante una prestación de Seguridad Social no contributiva a través de la cual se protegen simultáneamente diversas contingencias de Seguridad que se corresponden con riesgos protegidos por el Reglamento 883/2004 y, por tanto, el Ingreso Mínimo Vital quedaría incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004.

Según datos del Ministerio de Inclusión publicados en febrero 2024, 376.073 familias cobran en España a día de hoy el Ingreso Mínimo Vital, una cifra muy lejos de las 850.000 estimadas cuando se instauró la prestación en 2020. En cuanto al desglose de beneficiarios por sexo, es evidente que la pobreza tiene nombre de mujer puesto que dos tercios son mujeres.

8. Conclusiones

La pobreza y la exclusión social ha de ser combatida en todas sus causas y en todas sus consecuencias, ya que resulta inaceptable en una sociedad basada en principios y valores humanistas.

Garantizar unos ingresos mínimos a cualquier persona es un objetivo asumido entre los valores socio-políticos que impregnan tanto las políticas de la Unión Europea como las de sus Estados miembros. Aunque todos los Estados miembros regulan algún tipo de renta mínima, a efectos del Derecho comunitario estas prestaciones suelen estar notificadas en el actual Anexo X del Reglamento 883/2004. Esto provoca que no sean exportables si sus beneficiarios trasladan su residencia a otros Estados donde se aplique el Derecho de la Unión Europea.

En el caso del Ingreso Mínimo Vital español, instaurado en 2020, ni tan siquiera ha sido notificada como prestación coordinada por el Reglamento 883/2004.

Bibliografía

ALARCÓN CARACUEL, R. **La Seguridad Social en España**. Pamplona: Aranzadi, 1999.

ÁLVAREZ CONDE, E. **El Régimen Político Español**. Madrid: Tecnos, 1983.

DE LA VILLA GIL, E. ¿Qué es eso del Estado del Bienestar y cómo se mide, Histórica y Económicamente?. **Revista Derecho Social y Empresa**, nº 3/2015.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. **Dictamen sobre la Pobreza**". Bruselas: SOC/179, 1989.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. El Estado Social. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 69/2003.

GARCÍA ECHEVARRÍA, S. La Crisis del Estado de Bienestar desde la Perspectiva Económico-Empresarial". **Revista Derecho Social y Empresa**, nº 3/2015.

LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M.I. Felicidad y Constitucionalismo. **Revista de Derecho Político**, nº 88/2013.

LÁZARO SÁNCHEZ, J.L. Renta Mínima Adecuada. A Propósito de la Recomendación 2023/41, sobre una Renta Mínima que procure la inclusión activa. **Temas Laborales**, nº 168/2023.

LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. **Manual de Derecho Político**. Madrid: Tecnos, 1987.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. **Derecho Administrativo Económico**. Madrid: Pirámide, 1977.

MÉNDEZ FRANCISCO, L. **La Ética, Aliento de lo Eterno: Homenaje al Profesor Rafael A. Larrañeta**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2003.

MIRANDA BOTO, J.M. **Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social**. Madrid: Thomson-Reuter, 2009.

PÉREZ ROYO, J. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid. Marcial Pons, 1995.2ª ed., Madrid, 1995.

RABANSER, W. Das Neue Pflegegeld im Recht der Sozialen Sicherheit der Europäischen Union. **Soziale Sicherheit**, nº 4/1994.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. El Ingreso Mínimo Vital a la Luz del Derecho de la Unión Europea. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, nº1/2021.

Sobre al autor

Cristina Sánchez-Rodas Navarro: Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. ORCID: 0000-0001-9780-7860. E-mail: csrodas@us.es

Breve comentario a la normativa de la Unión Europea del trabajo en plataformas digitales

Brief commentary on the European Union regulation of work on digital platforms

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Resumen

En el año 2019 el Consejo adoptó unas conclusiones sobre las nuevas formas de trabajo y solicitó a la Comisión, órgano ejecutivo de la Unión Europea, que estudiara una propuesta normativa que garantizara la protección de los trabajadores. El Consejo reconoció que el trabajo digital, la robotización, el uso de la inteligencia artificial y el desarrollo de la economía de las plataformas digitales y, en general, las nuevas formas de trabajo contribuyen a la inclusión social, si bien plantean serios desafíos para las modalidades de trabajo tradicionales, así como a la hora de garantizar unos niveles adecuados de protección de los trabajadores. El 9 de diciembre de 2021, la Comisión Europea presentó la propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. En este trabajo vamos a comentar esta propuesta que, con modificaciones, esperamos que sea aprobada por el Parlamento Europeo en el mes de abril de 2024. Una vez que se publique esta norma, los Estados miembros tendrán un plazo máximo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor (a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea) para elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar los objetivos de la Directiva. Las Directivas son actos legislativos que establecen los objetivos que todos los Estados miembros deben cumplir, pero no se aplican directamente.

Palabras clave: Unión Europea; Trabajo digital; Protección de los trabajadores.

Abstract

In 2019, the Council adopted conclusions on new forms of work and asked the Commission, as the executive body of the European Union, to study a regulatory proposal that would guarantee the protection of workers. The Council admitted that digital work, robotics, the use of artificial intelligence and the development of the digital platform economy, and in general, new forms of work contribute to social inclusion, although they pose serious challenges for traditional working arrangements, as well as in ensuring adequate levels of workers' protection. On December 9, 2021, the European Commission presented a proposal for a Directive on improving working conditions on digital platforms. In this work we will comment on this proposal, which is expected to be adopted with amendments by the European Parliament in April 2024. Once this legislation is published, Member States will have a maximum of two years from the date of its entry into force (20 days after its publication in the Official Journal of the European Union) to develop their own laws on how to achieve the objectives of the Directive. Directives are legislative acts that establish the objectives that all Member States must meet, but they are not directly applied.

Keywords: European Union; Digital work; Protection of workers.

1. Preliminares

El trabajo en plataformas digitales es una forma de empleo en que las organizaciones o las personas se sirven de una plataforma en línea para acceder a otras organizaciones con el fin de solucionar problemas concretos, o de ofrecer servicios específicos a cambio de una contraprestación económica.³ Las funciones desempeñadas por las personas que utilizan esta forma de empleo son muy variadas, permitiendo realizarlas tanto *in situ* como a distancia. Entre las tareas más conocidas están las de reparto de mercancías o transporte de pasajeros. En el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE) se hace hincapié en la importancia de la normativa que se está elaborando sobre los trabajos en plataformas digitales, señalando que la UE es el primer legislador del mundo que intenta proponer normas específicas para esta forma de trabajo digital. Esta normativa introduce dos mejoras fundamentales: a) ayudar a determinar la situación laboral correcta de las personas que trabajan para las plataformas digitales; y b) el establecimiento de las primeras normas de la UE sobre el uso de los sistemas de algoritmos en el puesto de trabajo. Los datos proporcionados en la web de las instituciones de la Unión Europea indican que más de 28 millones de personas en la UE trabajan a través de una o de varias plataformas digitales y se prevé que en el año 2025 esa cifra alcance los 43 millones, según informe realizado por la Comisión Europea en el año 2020. Esto significa que es muy probable el aumento de las cifras dado el auge de estos trabajos.⁴

El 9 de diciembre de 2021 el Diario Oficial de la Unión Europea publicó la propuesta de la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) para mejorar las condiciones laborales de

¹ BENÍTEZ, Esperanza Macarena Sierra. Breve comentario a la normativa de la Unión Europea del trabajo en plataformas digitales. **Labuta**, v. 1, n. 1, p. 38-53, jan./jun. 2024.

² Benítez, E. M. S. (2024). Breve comentario a la normativa de la Unión Europea del trabajo en plataformas digitales. **Labuta**, 1(1), 38-53.

³ Las plataformas digitales de trabajo se diferencian de otras plataformas en línea en que utilizan sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones para organizar el trabajo realizado por personas física a petición, puntual o reiterada, del destinatario de un servicio prestado por la plataforma. Debe limitarse a los proveedores de servicios cuando la organización del trabajo realizado por la persona física, como el transporte de personas o mercancías, o la limpieza, sea un componente necesario y esencial, y no meramente secundario y accesorio. UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. **Consejo Europeo**, Bruselas, 8 de marzo de 2024. Expediente interinstitucional: 2021/0414 (COD), considerando 21 y 22, pp. 11 y 12. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/platform-work-eu/> Consultado el: 27 de marzo de 2024.

⁴ CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Normas de la UE sobre el trabajo en plataformas digitales. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/platform-work-eu/> Consultado el: 27 de marzo de 2024.

las personas que trabajan a través de plataformas laborales digitales en la UE.⁵ Los ministros de Empleo y Asuntos Sociales alcanzaron un acuerdo sobre la orientación general del Consejo en su reunión del 12 de junio de 2023. Las negociaciones con el Parlamento Europeo comenzaron el 11 de julio de 2023 y concluyeron con el acuerdo alcanzado el 8 de febrero de 2024. El 11 de marzo de 2024 el Consejo de ministros de Empleo y Asuntos Sociales de la UE confirmaron dicho acuerdo provisional que, previsiblemente, el Pleno del Parlamento Europeo apruebe el próximo mes de abril y, posteriormente lo haga formalmente el Consejo como requisito previo a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). En todo caso, aunque hay que esperar a la publicación del texto definitivo de esta nueva ley europea, esto no impide que hagamos una breve referencia a los puntos clave de esta iniciativa. La propuesta normativa (que se presenta en forma de Directiva⁶) tiene por objeto mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas y proteger sus datos personales. Estos dos objetivos se persiguen simultáneamente sin que ninguno de ellos sea secundario respecto del otro:

La presente Directiva establece normas destinadas a apoyar la correcta determinación de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en las plataformas y a mejorar las condiciones laborales y la transparencia del trabajo en plataformas, también en situaciones transfronterizas, así como la protección de los trabajadores en el contexto de la gestión algorítmica (Considerando 17, Consejo de la Unión Europea. Bruselas, 8 de marzo de 2024 (OR.en))⁷.

En España se ha regulado una norma destinada a garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales, conocida como la *Ley Riders*⁸. Con carácter previo hubo una abundante litigiosidad, que todavía no ha cesado,

⁵ Se entiende por plataforma digital de trabajo toda persona física o jurídica que preste un servicio en el que se cumplen todos los requisitos siguientes: a) se presta, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, como un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles; b) se presta a petición de un destinatario del servidor; c) implica, como elemento necesario y esencial, la organización del trabajo realizado por personas físicas a cambio de una remuneración, con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado; y d) implica la utilización de los sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones, incluida toda persona física o jurídica que, al objeto de ofrecer trabajo a plataformas o a través de plataformas digitales establece una relación contractual, o se encuentra en una cadena de subcontratación (intermediario). En todo caso, no incluye a los proveedores de un servicio cuyo objetivo principal sea explotar o que permitan a particulares no profesionales la reventa de bienes.

⁶ Las directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. No obstante, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos, en UNIÓN EUROPEA. Tipos de legislación. Disponible en: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_es Consultado el: 27 de marzo de 2024.

⁷ UNIÓN EUROPEA. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Examen del texto transaccional definitivo con vistas a un acuerdo. Consejo de la Unión Europea. Expediente interinstitucional: 2021/0414 (COD). Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7212-2024-ADD-1/es/pdf>. Consultado el: 27 de marzo de 2024.

⁸ ESPAÑA. Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las

sobre la existencia de relación laboral de las personas dedicadas al reparto o distribución de mercancías, por parte de empleadoras que ejercen sus poderes de dirección, organización y control mediante la gestión algorítmica del servicio de las condiciones de trabajo, a través de las plataformas digitales. La labor realizada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social solicitando regularizar la situación de estos trabajadores ha sido, y sigue siendo, muy importante, como también a su vez la de los Tribunales de lo Social declarando la existencia o inexistencia de relación laboral⁹. La STS 25 septiembre 2020¹⁰ declaró la existencia de la relación laboral entre Glovo y uno de sus repartidores y, aunque no ha conseguido poner fin al conflicto, permite afirmar que se está avanzando en la elaboración de la normativa laboral conforme a su carácter dinámico en un período de tránsito hacia la consolidación de la Industria 4.0. Es inevitable observar la insoportable convivencia entre dos formas distintas de realización de la prestación de servicios según se lleve a cabo dentro de un modelo de producción u otro: el modelo industrial, que alcanza su pleno esplendor en el siglo XX, y el modelo digital, que se implanta en el siglo XXI disruptivamente debido a las limitaciones y las restricciones existentes en la realización de la prestación de servicios en un lugar de trabajo determinado (lugar físico perteneciente a la esfera del empleador), y en donde es habitual que los trabajadores permanezcan o accedan por razón de su trabajo¹¹.

Ese modelo digital disruptivo se ha implantado por la necesidad de introducir medidas de seguridad y prevención ante una situación de emergencia sanitaria a nivel mundial a causa del virus de la Covid-19. El 4 de marzo de 2020 el Ministerio de Trabajo y Economía Social

personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, que deroga el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Esta norma es el resultado del Acuerdo adoptado el 10 de marzo de 2021 entre el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida a tal efecto el 28 de octubre de 2020.

⁹ Tras la aprobación de la nueva ley en España, ITSS solicitó regularizar la situación de 2.283 *riders* de Glovo en Valencia y la de unos 8.300 en Barcelona pese a la reciente ley que obliga a las plataformas digitales a contratar a sus repartidores como trabajadores asalariados y, que como se observa, no cumplen. También la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha desestimado el recurso que GLOVO APP 23, S.L. presentó contra la sentencia que declaró que entre ésta y los 329 trabajadores existía una relación laboral por cuenta ajena a los efectos de alta y cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, *vid.* STSJ Aragón, Zaragoza, 19 septiembre 2022, rec. 541/2022. Sobre los diversos posicionamientos de los tribunales, *cfr.* E. Rojo Torrecilla, Plataformas de reparto de productos a domicilio: relación laboral de los repartidores. La ITSS, la TGSS, los JS y los TSJ hacen bien su trabajo. Sobre la legitimación activa en los procedimientos de oficio y la presunción de certeza de las actas de ITSS. Notas a seis sentencias dictadas en 2022 por TSJ y JS, en www.eduardorjotorrecilla.es, 19 junio 2022; J.L. Monereo Pérez, B.M. López Insua, Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 4.

¹⁰ ESPAÑA. Tribunal Supremo. Recurso número. 476/2019, sentencia de 25 de septiembre de 2020. **CENDOJ. Centro de Documentación Judicial.** Poder Judicial. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03>. Consultado el: 27 de marzo de 2024.

¹¹ El art. 3 del Convenio OIT C155 sobre seguridad y salud de los trabajadores define la expresión lugar de trabajo como «todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador».

publicó la [Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo Coronavirus](#), con el objetivo de facilitar la información necesaria sobre la aplicación de la normativa laboral en relación con las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las empresas y las personas trabajadoras¹². Sin embargo, son medidas que han sido reguladas en un corto período normativo bastante prolijo, y conforme se iban sucediendo los acontecimientos en función de la incidencia de los brotes o rebrotes de la pandemia, pero que no cubrieron la prestación de servicios realizados por los *riders* porque, curiosamente, tuvieron la consideración de trabajos esenciales a pesar de su precariedad, y de la problemática jurídica en torno a la relación laboral entre los *riders* y las plataformas digitales.

La Ley *Riders* introdujo dos modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores:

a) La presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto que ejerzan las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

b) El reconocimiento del derecho de acceso por parte de los representantes de los trabajadores a la información (parámetros, reglas e instrucciones) de los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial usados por la empresa para ejercer poder directivo y organizativo del proceso productivo.

Estas reglas relacionadas con la presunción de relación laboral y con el acceso a la información pertinente necesaria para participar en el diálogo social entre sindicatos y organizaciones patronales fuertes e independientes se encuentran reguladas también en el ámbito de la UE. Sin embargo, el ámbito subjetivo de aplicación no se reduce a las personas que realizan trabajos de reparto (*riders*), sino a toda persona física que realice trabajo en plataformas, con independencia de la naturaleza de la relación contractual o de su designación por las partes implicadas. Es decir, toda persona que realiza trabajo en plataformas que tenga un contrato de trabajo o se pueda considerar que tiene una relación laboral tal como se definen en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A continuación, describimos brevemente algunas de las materias abordadas en esta propuesta de

¹² Esta guía articula las pautas de actuación en tres grandes bloques y, en concreto, en lo que afecta a la normativa laboral contempla tres posibilidades que afectan al lugar de trabajo: a) la posibilidad de articular el teletrabajo como medida organizativa temporal y excepcional, acordada individualmente o colectivamente, que no suponga una reducción de derechos ni coste alguno para las personas trabajadoras; b) también la posibilidad de suspender total o parcialmente la actividad, o, reducir la jornada, por ERTE (por ejemplo, por causas ETOP, por fuerza mayor o cierre acordado por decisión acordada de la Autoridad Sanitaria); c) en el caso que la empresa no tramitara el ERTE pero se paralizara la actividad, la persona trabajadora conservaría el derecho a su salario.

directiva europea: la presunción de relación laboral; las nuevas normas sobre gestión algorítmicas, la transparencia y la protección de datos en el trabajo en plataformas y las vías de reparación y cumplimiento efectivo.

2. Situación laboral y la presunción de relación laboral

El capítulo II de esta propuesta de normativa de la UE se distribuye en tres artículos destinados a los siguientes aspectos: a) a la determinación correcta de la situación laboral (art. 4); b) a la presunción legal (art. 5); y c) al marco de medidas de apoyo (art. 6).

El martes 19 de marzo de 2024, la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo aprobó un acuerdo político respecto a la propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas. La propuesta que, como indicamos más arriba, ha sido acordada previamente por el Parlamento y el Consejo, que son los órganos encargados de elaborar las nuevas normas de la UE mediante el procedimiento legislativo ordinario, tiene como objetivo garantizar que los trabajadores de las plataformas de trabajo tengan su situación laboral correctamente clasificada, para evitar el abuso de la contratación del falso trabajo autónomo. El falso trabajador autónomo se produce cuando esa persona es declarada como autónoma aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral. La finalidad de esta falsa clasificación busca, por un lado, evitar los pagos fiscales y las obligaciones jurídicas y, por otro lado, crear una ventaja competitiva respecto de las empresas cumplidoras de la ley (*dumping social*). Al respecto, es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que señala que la calificación de trabajador autónomo con arreglo a la legislación nacional no excluye que la misma persona deba ser clasificada como trabajador a efectos de la legislación de la UE, en el caso que su independencia sea ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral (entre otras, UNION EUROPEA, Tribunal de Justicia de la UE, de 16 de julio de 2020, UX/Gobierno della Repubblica italiana, C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572)¹³. En este sentido la propuesta de Directiva de la UE declara que:

La determinación de la existencia de una relación laboral deberá guiarse principalmente por los hechos relacionados con la ejecución real del trabajo, incluido el uso de sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones en la organización del trabajo en plataformas, independientemente del modo en que se clasifique la relación en cualquier acuerdo contractual que puedan haber convenido las parte implicadas (art. 4.1)

¹³<https://curia.europa.eu/juris/document.jsf?jsessionid=555283E7A3D8CA3EF269A6F9C25180D8?text=&docid=228662&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6927663>. Acceso el: 27 de marzo de 2024.

Esta propuesta normativa nos indica que hay que identificar con claridad a la parte o a las partes que asumen las obligaciones del empleador de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales en los casos que se establezca una relación laboral. El legislador pretende la mejora de las condiciones laborales y de los derechos sociales de las personas que trabajan a través de las plataformas digitales.

Con el fin de garantizar que las personas que trabajan en las plataformas digitales de trabajo tengan la situación laboral correcta, es necesario el establecimiento de una presunción legal efectiva y refutable de empleo. El objetivo de esta presunción es corregir el desequilibrio de poder entre la plataforma y la persona que realiza el trabajo en ese ámbito organizacional. Esto obliga a los Estados miembros a identificar el falso trabajo por cuenta propia y la contratación abusiva. Para ello, las condiciones que determinarán si un trabajador de una plataforma es un trabajador por cuenta ajena o un trabajador por cuenta propia deberán ajustarse a cada norma nacional y a la negociación colectiva, a sí como a las sentencias europeas en este ámbito. “Y las personas que trabajan en esas plataformas, sus representantes o las autoridades nacionales pueden invocar esta presunción legal y alegar que están mal clasificados”¹⁴. La carga de la prueba recaerá en la plataforma, que debe demostrar la inexistencia de relación laboral. Por otro lado, el Estado debe establecer un marco de medidas de apoyo para velar por la aplicación efectiva y el cumplimiento de la presunción legal (como, por ejemplo, adoptando tanto unas orientaciones como unas recomendaciones y prácticas para que se aplique la presunción legal, incluidos los procedimientos para refutarlas; el establecimiento de controles e inspecciones eficaces y específicas que sean proporcionados y no discriminatorios; y, por último, proporcionando una formación adecuada a las autoridades nacionales competentes y asegurando la disponibilidad de conocimientos técnicos en el ámbito de la gestión algorítmica para que dichas autoridades puedan llevar las tareas sobre la correcta determinación de la situación laboral, art. 6)¹⁵.

Atendiendo al histórico de actuaciones y regularizaciones de falsos autónomos desde 2018, el año 2022 supone un hito importante en la lucha en este tipo de fraude. Las actuaciones en 2022 se incrementaron en un 34% con respecto al año anterior, mientras que el aumento del

¹⁴ CONSEJO EUROPEO. Trabajadores de plataforma: el Consejo confirma un acuerdo sobre nuevas normas para mejorar sus condiciones laborales. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=Platform+workers%3a+Council+confirms+agreement+on+new+rules+to+improve+their+working+conditions Consultado el: 28 de marzo de 2024.

¹⁵ La propuesta de Directiva inicial de la Comisión Europea (2021) contemplaba cinco indicios que, de cumplirse dos de ellos, determinaban la existencia de relación laboral (art. 4.2). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762> . Consultado el: 27 de marzo de 2024.

número de regulaciones alcanza el 315%. Esto se debe al impulso llevado a cabo en plataformas digitales de implantación nacional, las cuales, cuando emplean los falsos autónomos lo hacen en un elevado número¹⁶. En otro orden el Ministerio de trabajo y Economía Social ha publicado una Guía práctica y herramientas sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral¹⁷.

En España la presunción de laboralidad se contempla solo en el ámbito de las plataformas digitales de reparto (Disposición adicional decimotercera del Estatuto de los Trabajadores). En la práctica esta regulación, que es necesaria, no es suficiente para frenar las nuevas prácticas empresariales que intentan eludir el control de las normas jurídicas laborales. En muchos casos será imprescindible la actuación responsable de unos sujetos ajenos a la relación laboral, la de los consumidores sensibilizados con las alternativas de consumo responsable¹⁸.

3. Las nuevas normas sobre gestión algorítmica

En el acuerdo provisional relativo a la Directiva sobre el trabajo en Plataformas del mes de marzo de 2024 se incluyen también las nuevas normas sobre gestión algorítmica (Capítulo III, arts. 7 a 15). En estas nuevas normas entendemos que hay dos aspectos muy significativos¹⁹:

a) Por un lado, la garantía de que las personas que realizan trabajos en plataformas no puedan ser despedidas cuando esa decisión sea tomada por un algoritmo o un sistema automatizado de toma de decisiones.

b) Y, por otro lado, la regulación de que las plataformas de trabajo deben garantizar la supervisión de las decisiones humanas que afectan directamente a las personas que realizan el trabajo en la plataforma.

¹⁶ INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2022. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Madrid. 2023, p. 75. Disponible en: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_ITSS_2022_3.pdf. Consultado el: 27 de marzo de 2024.

¹⁷ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. Información algorítmica en el ámbito laboral. Madrid, 2022. Disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf. Consultado el: 27 de marzo de 2024.

¹⁸ Véase el estudio realizado por NEVES DELGADO, G., VASCONCELOS DE CARVALHO, B. GONÇALVES ROCHA, A.L. Desafios civilizatórios para a proteção do trabalho em plataformas digitais: o necessário reforço ao referencial axiológico e jurídico de não mercantilização do trabalho humano. En MÁXIMO TEODORO, C. et AL. (orgs.). Trabalho e consumo: as duas faces da pessoa human no contexto do data driven, RTM, 2020.

¹⁹ PARLAMENTO EUROPEO. NOTICIAS. Platform Work: first green light to new ER rules on employment status, Prensa 19-03-2024. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240318IPR19420/platform-work-first-green-light-to-new-eu-rules-on-employment-status>. Consultado el: 27 de marzo de 2024.

c) La propuesta de normativa contempla las limitaciones al tratamiento de datos personales y la toma de decisiones mediante sistemas automatizados de supervisión (art. 7). En concreto, se establecen seis limitaciones en cumplimiento de la normativa general, recogidas en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo que:

Garantiza la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y, en particular, establece determinados derechos y obligaciones y garantías, relativos al tratamiento lícito, leal y transparente de los datos personales, también en lo que respecta a la toma de decisiones individuales automatizada²⁰.

Sin embargo, esta regulación del Reglamento de la UE de protección de datos es una norma de carácter general necesitada de normas específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades, cuando el tratamiento de datos personales sea realizado con sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones en el contexto del trabajo en plataformas digitales. Esto significa que es necesario proporcionar un nivel de protección más elevado para las personas que realizan trabajo en plataformas digitales, ya sean trabajadores por cuenta ajena o trabajadores por cuenta propia. Así, por ejemplo, las plataformas digitales no deben tratar los datos biométricos de las personas que realizan trabajos en plataformas con fines de identificación, es decir, estableciendo la identidad de la persona mediante el cotejo de sus datos biométricos con los datos biométricos almacenados de una serie de personas que figuran en una base de datos (identificación mediante cotejo múltiple), eso sí, siempre y cuando ese tratamiento de datos personales no sea lícito en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 y otras disposiciones del Derecho de la Unión y del Derecho Nacional²¹.

La gestión algorítmica conlleva también la necesidad de realización de la evaluación relativa a la protección de datos, por lo que las plataformas digitales de trabajo que actúen como responsables del tratamiento recabarán opinión de las personas que realizan trabajo en plataformas y sus representantes. La evaluación de impacto relativa a la protección de datos deberá ser transmitida a los representantes de los trabajadores (art. 8). La propuesta de normativa contempla unas reglas de transparencia en los sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones que exigen información a las personas que realizan trabajos en plataformas, a los representantes de los trabajadores de plataformas y, si así lo solicitan, a las autoridades nacionales competentes sobre el uso de sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones. Esta información se presentará de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo. Estas reglas incluyen el derecho a la portabilidad de los datos personales generados por la ejecución de su trabajo en

²⁰ Considerando 39 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales del trabajo en plataformas digitales, de 8 de marzo de 2014.

²¹ *Ibidem* Considerandos 18, 39, 41 y 42.

dicho contexto, incluidas las calificaciones y revisiones (art. 9). Por otro lado, en lo que respecta a la vigilancia humana de los sistemas automatizados cabe resaltar que toda decisión de restringir, suspender o poner fin a la relación contractual o la cuenta de una persona que realice trabajo en plataformas, o cualquier otra decisión que cause un perjuicio equivalente, será adoptada por un ser humano (art. 10). Los Estados miembros velarán porque las personas que realizan trabajo en plataformas tengan derecho a obtener una explicación de la plataforma digital de trabajo, en relación con cualquier decisión adoptada o respaldada por un sistema automatizado de toma de decisiones. Esta disposición no afecta a los procedimientos disciplinarios y de despido establecidos en la legislación y las prácticas nacionales ni en los convenios colectivos (art. 11, revisión humana).

En materia de seguridad y salud las plataformas digitales de trabajo no pueden utilizar los sistemas automatizados de supervisión ni de toma de decisiones de manera que se ejerza una presión indebida sobre estos trabajadores o se ponga en riesgo de algún modo la seguridad y la salud física y mental de los trabajadores de plataformas. En particular frente a la violencia y el acoso, se estipula que los Estados miembros deben garantizar que las plataformas digitales de trabajo establezcan medidas preventivas, especialmente canales de denuncia eficaces (art. 12). En relación con la información y consulta a los representantes de los trabajadores por parte de las plataformas digitales de trabajo, los Estados miembros deben velar porque esa información y consulta también abarque las decisiones que puedan conducir a la introducción de sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones o a cambios sustanciales en el uso de dichos sistemas. Esta información y consulta se llevarán a cabo por los mismos cauces y normas para el ejercicio de los derechos de información y consulta establecidos en la normativa europea (Directiva 2002/14/CE), art. 13²². En el caso de que no exista representación de los trabajadores de plataformas, los Estados miembros deberán velar para que éstas informen directamente por escrito a los trabajadores afectados sobre las decisiones que puedan conducir a la introducción de sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones, o a cambios sustanciales en el uso de dichos sistemas. El escrito debe presentarse de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo (art. 14).

²² Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-80524>. Consultado el: 27 de marzo de 2024.

4. La transparencia y protección de datos

La propuesta normativa en forma de Directiva introduce normas protectoras en materia de protección de datos. Por ello se establece a las plataformas de trabajo la prohibición de procesar ciertos tipos de datos personales, como los relativos a las creencias personales e intercambios privados con compañeros. El texto de la propuesta de Directiva mejora la transparencia algorítmica desde el momento en que obliga a las plataformas a informar a los trabajadores y a sus representantes sobre cómo funcionan sus algoritmos, y cómo el comportamiento de un trabajador afecta a las decisiones tomadas por los sistemas automatizados.

Es cierto que el trabajo en plataformas digitales requiere algunas medidas específicas destinadas a que el desarrollo del trabajo en dichas plataformas sea sostenible. Y, por lo tanto, además de que la norma de la UE establezca unos derechos mínimos para este tipo de trabajadores y normas para mejorar su protección en los términos que hemos visto más arriba, debe mejorarse la transparencia de esta modalidad de trabajo también en situaciones transfronterizas (art. 16)²³:

Los Estados miembros exigirán a las plataformas digitales de trabajo que declaren el trabajo realizado por trabajadores de plataformas ante las autoridades competentes del Estado miembro en el que se realice el trabajo, de conformidad con las normas y procedimientos establecidos en la legislación de los Estados miembros de que se trate. Esto no afectará a las obligaciones específicas en virtud de la legislación de la Unión según las cuales el trabajo se declarará a los organismos pertinentes del Estado miembros en situaciones transfronterizas (art. 16).

Para que esta declaración del trabajo en plataformas sea posible, es necesario que los Estados tengan acceso a la información pertinente sobre el trabajo en plataformas (art. 17.1). Los Estados miembros son los encargados de que las plataformas digitales de trabajo pongan a disposición de las autoridades competentes, así como de la representación de los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo, la siguiente información necesaria:

a) El número de personas que realizan trabajo en las concretas plataformas de trabajo desglosado por nivel de actividad y por situación contractual o laboral.

b) Las condiciones generales determinadas por la plataforma digital de trabajo y aplicables a dichas relaciones contractuales. (Esta información se debe facilitar cuando se modifiquen sustancialmente las condiciones generales).

²³ Véanse los considerandos 14, 17, 36, 45, 53 y 58 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. De 8 de marzo de 2024.

c) La duración media de la actividad, el número de horas semanales trabajadas por término medio por persona, y los ingresos medios derivados de la actividad de las personas que realizan trabajo en plataformas con regularidad a través de la plataforma digital de que se trate (esta información solo se facilitará previa solicitud).

d) Los intermediarios con los que la plataforma digital de trabajo tiene una relación contractual.

Los Estados miembros deben velar para que estas plataformas faciliten a las autoridades nacionales competentes información sobre el trabajo realizado por las personas que realizan trabajo en plataformas y su situación contractual. La información se facilitará para cada Estado miembro donde haya personas que realicen trabajo en plataformas a través de la plataforma digital de trabajo de que se trate. A su vez, las autoridades competentes y los representantes de estos trabajadores tendrán derecho a solicitar aclaraciones y datos adicionales a las plataformas digitales de trabajo en relación con cualquier información facilitada, incluyendo los detalles del contrato de trabajo. A cambio, las plataformas digitales de trabajo deberán ofrecer sin demora indebida una respuesta motivada (art. 17.4).

La información se debe facilitar cada 6 meses o una vez al año, según dispongan los Estados miembros. En el caso de plataformas de trabajo que sean microempresas o pequeñas o medianas empresas, los Estados miembros podrán disponer que la periodicidad para actualizar la información sea una vez al año (17.5).

5. Vías de reparación y cumplimiento efectivo

Las vías de reparación y cumplimiento efectivo son esenciales para cumplir con la finalidad de estas reglas en cada uno de los Estados miembros que integran la UE. Estas vienen contempladas en el Capítulo V, que recopila un articulado destinado a contemplar: a) el derecho a reparación (art. 18); los procedimientos en nombre o en apoyo de personas que realizan trabajo en plataformas (art. 19); los canales de comunicación para personas que realizan trabajo en plataformas (art. 20); el acceso a las pruebas (art. 21); la protección contra el trato desfavorables y sus consecuencias (art. 22); la protección contra el despido (art. 23) y la supervisión y sanciones (art. 24). Por lo tanto:

es un capítulo dedicado a los recursos y ejecución, así como de reconocimientos de derechos para poder acceder a las autoridades administrativas y judiciales competentes en cada Estado miembro para obtener la reparación debida cuando quede probado el incumplimiento empresarial, incluyéndose aquí el derecho a “una indemnización adecuada”, concepto mucho más indeterminado, y que creo debería ser concretado (...) que puede quedar perfectamente corregida con la expresa mención

(...), a que cuando los Estados miembros regulen las sanciones aplicables a los distintos incumplimientos deberán ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”²⁴.

Es un capítulo respetuoso con otras vías de recursos reguladas en el Reglamento General de protección de datos (RGPD) de la UE²⁵. Esta norma protege a las personas cuando sus datos están siendo tratados por el sector privado y la mayor parte del sector público que permite que controlen mejor sus datos personales. Además, crea un sistema de autoridades de control completamente independientes a cargo de supervisar y velar por su cumplimiento²⁶. En este sentido, en materia de supervisión y sanciones las autoridades de control responsables de supervisar la aplicación del Reglamento de la UE de protección de datos también serán responsables de supervisar y garantizar la aplicación de la norma que estamos comentando (propuesta de Directiva del trabajo en plataformas digitales) en lo que respecta a las cuestiones de protección de datos. Estas autoridades y otras autoridades nacionales cooperarán, cuando proceda, en la garantía de cumplimiento de la propuesta de Directiva. Las mencionadas intercambiarán entre ellas la información pertinente, Y, en su caso, las autoridades nacionales competentes cooperarán mediante el intercambio de información pertinente y de mejores prácticas sobre la aplicación de la presunción legal, con el apoyo de la Comisión Europea (art.24.3). Cuando personas que realizan el trabajo en plataformas lo hagan en un Estado miembro distinto de aquel en el que esté establecida la plataforma digital de trabajo, las autoridades competentes de dichos Estados miembros intercambiarán información a efectos de la aplicación de la normativa de trabajo en plataformas de trabajo de la UE (trabajo transnacional), (art. 24.4). En materia de régimen de sanciones aplicables los Estados miembros establecerán dicho régimen a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de las disposiciones de la presente Directiva en vigor. Las sanciones serán efectivas, disuasorias y proporcionadas a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción de la empresa y al número de trabajadores afectados (24.5). En el caso de infracciones relacionadas con la negativa de las plataformas digitales de trabajo a cumplir una sentencia que determine la

²⁴ ROJO TORRECILLA, Eduardo. El trabajo en plataformas digitales. Análisis de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea el 9 de diciembre y de los textos conexos. La importancia de la “primacía de los hechos” y del control humano de la gestión algorítmica. Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas y cambiantes realidades laborales. 13 de diciembre de 2021, Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/12/el-trabajo-en-plataformas-digitales.html> . Consultado el: 27 de marzo de 2024.

²⁵ UNIÓN EUROPEA. Reglamento (2016). Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOUE, núm. 119, de 4 de mayo de 2016, páginas 1 a 88, DOUE L-2016-80807. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80807> . Consultado el: 27 de marzo de 2024.

²⁶ EUR-LEX. Reglamento general de protección de datos (RGPD). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/general-data-protection-regulation-gdpr.html> . Consultado el: 27 de marzo de 2024,

situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas, los Estados miembros establecerán sanciones incluidas las económicas (24.6).

Por otro lado, regula la posibilidad de que los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas o entidades jurídicas que, de conformidad con la legislación o la práctica nacionales, tengan un interés legítimo en la defensa de los derechos de esas personas puedan participar en cualquier procedimiento judicial o administrativo destinado a hacer cumplir cualquiera de los derechos u obligaciones derivados de la norma (Directiva) que regula el trabajo en las plataformas digitales (art. 19). Así mismo obliga a los Estado miembros a que adopten las medidas necesarias para garantizar que en las plataformas digitales existan o creen canales de comunicación tanto para las personas que realizan el trabajo como para sus representantes para que puedan ponerse en contacto y se comuniquen entre sí en privado y de manera segura. Los Estados miembros deben exigir a las plataformas digitales de trabajo que no accedan ni supervisen dichos contactos y comunicaciones (art. 20).

En relación con el acceso a las pruebas, los Estados miembros deben velar que los órganos jurisdiccionales nacionales o las autoridades nacionales competentes (art. 21):

a) Puedan ordenar la revelación de cualquier prueba pertinente que esté bajo el control de la plataforma digital.

b) Estén facultados para ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial y, en su caso, dispongan de medidas eficaces para protegerla.

En otro orden, los Estados miembros deben introducir las medidas necesarias:

a) Para proteger a las personas que realizan trabajos en plataformas (incluidas entre estas, aquellas que las representan) contra cualquier trato desfavorable o contra cualesquiera consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una reclamación contra la plataforma digital de trabajo (art. 22).

b) Para prohibir el despido, la rescisión del contrato o su equivalente, así como cualquier acto preparatorio de aquellos, por haber ejercido los derechos establecidos en la presente norma (23.1). Las personas que realizan trabajo en plataformas podrán pedirles a éstas que proporcionen las razones debidamente fundamentadas del despido, la rescisión del contrato o cualquier otra medida equivalente. Estas razones deben ser proporcionadas por escrito y sin demora (art. 23.2).

c) Para garantizar que, cuando las personas que realizan trabajos en plataformas a las que se hace referencia en el apartado 2 prueben ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad u organismo competente unos hechos que permitan presuponer que han tenido lugar ese despido, rescisión de contrato o medidas equivalentes, sea la plataforma digital de trabajo la

que debe demostrar que el despido, la rescisión de contrato o las medidas equivalentes se han basado en razones distintas a las mencionadas en el apartado 1 del art. 23. (art. 23.3). Esta medida no obliga a los Estados miembros cuando la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad u organismo competente (23.4). Así mismo, salvo disposición en contrario de los Estados miembros, esta medida no se aplicará a los procedimientos penales (23.5).

6. Consideraciones finales

En este trabajo hemos abordado un estudio general de la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, de 10 de diciembre de 2021. Esta propuesta inicial ha sido modificada por fórmulas más flexibles, que han servido para alcanzar el acuerdo en un texto final que, esperamos, sea aprobado en la cuarta semana de abril por el Pleno del Parlamento Europeo, y posterior y formalmente por el Consejo como requisito previo a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). Esto significa que debemos esperar a la publicación del texto definitivo, y que existe el riesgo de que no sea publicado. No obstante, consideramos que debemos abordar su estudio porque estamos ante una de las tres leyes consideradas como “históricas” de los últimos tiempos. Las otras dos nuevas leyes consideradas “históricas” son: a) El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial; y b) La Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

La Ley de Inteligencia Artificial establece una serie de obligaciones para las empresas en función de los riesgos potenciales de la IA y el nivel de empleo. Esta ley se aprobó recientemente el 13 de marzo de 2024, por una mayoría muy cualificada del Parlamento Europeo, y se espera que entre en vigor el próximo 25 de mayo de 2024. Esta norma general, que ha sido calificada como la primera ley mundial de estas características, supone una posibilidad para que los parlamentarios trabajen en más legislación para el próximo mandato, como por ejemplo en la elaboración de una Directiva sobre condiciones de trabajo en el lugar de trabajo y la Inteligencia artificial.

La segunda ley “histórica” es la propuesta de una Directiva que persigue sancionar a las grandes empresas que no cumplan con la reglamentación sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Al igual que en el caso de la propuesta de la Directiva del trabajo en plataformas digitales, en la tramitación de la norma se han ido flexibilizado los requisitos

exigidos inicialmente para que pueda ser votada próximamente en el Parlamento Europeo, antes de la disolución del mismo y de la convocatoria de elecciones a dicha institución. Como en el caso anterior, de ser aprobada será una norma que complementará otros actos legislativos existentes y futuros como, por ejemplo, el proyecto de Reglamento que prohíbe los productos elaborados mediante trabajo forzoso.

Finalmente, es cierto que la situación geopolítica mundial está muy complicada por la existencia de varios frentes y conflictos bélicos muy lamentables y trágicos que, de alguna manera, están afectando a la configuración del marco sociopolítico europeo. Y en este sentido, no debemos olvidar que la creación tras la segunda guerra mundial de lo que hoy se conoce como la Unión Europea respondió a unos ideales que debemos mantener: una Europa pacífica, unida y próspera. Los valores fundamentales en que se basa la UE son: la libertad, la democracia y la igualdad; el respeto por la dignidad humana, los derechos humanos y el estado de Derecho; la solidaridad y la protección para todos. La propuesta de ley sobre el trabajo en plataformas digitales, de ser aprobada, contribuiría al cumplimiento de estos valores en las nuevas formas de trabajo digital, porque el acuerdo permite un amplio margen de flexibilidad a los Estados miembros para aplicar las normas a nivel nacional²⁷. La propuesta de directiva “establece un equilibrio entre el respeto de los sistemas laborales nacionales y la garantía de unas normas mínimas de protección para los más de 28 millones de personas que trabajan en plataformas laborales digitales en toda la UE, según el Consejo”²⁸. Debemos permanecer atentos a los últimos acontecimientos normativos que tengan lugar en el seno de la UE antes de las elecciones al Parlamento Europeo en junio de 2024. La construcción europea necesita consolidar un marco económico, social y medioambiental sostenible conforme a los estándares del trabajo decente.

Sobre el autor

Esperanza Macarena Sierra Benítez: Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla. ORCID: 0000-0001-5335-0360. E-mail: emsierra|@us.es

²⁷ Sobre cómo se aplican las directivas de la UE en los Estados miembros pueden consultar el siguiente enlace. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM%3Atransposition#:~:text=La%20transposici%C3%B3n%20es%20el%20proceso,Estados%20miembros%20de%20la%20UE>. Consultado el: 27 de marzo de 2024.

²⁸ EURONEWS. Política de la UE. Acuerdo en la UE sobre los trabajadores de plataformas, tras el fracaso del pacto anterior. Noticias de Europa. 11 de marzo de 2024. Disponible en: <https://es.euronews.com/my-europe/2024/03/11/acuerdo-en-la-ue-sobre-los-trabajadores-de-plataformas-tras-el-fracaso-del-pacto-anterior>. Consultado el: 27 de marzo de 2024.

Segurança jurídica e coisa julgada: breves reflexões em torno do julgamento da Revisão da “Vida Toda”

Legal certainty and res judicata: brief comments on the judgment of the “whole life” review

Fábio Zambitte Ibrahim
Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira

Resumo

A revisão da vida toda corresponde a uma tese jurídica elaborada com o fito de permitir que determinados segurados do regime geral de previdência social possam optar por uma regra de cálculo mais vantajosa para o seu benefício. Uma vez que não há amparo em lei, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a questão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, decidindo pela validação da tese, ao menos inicialmente. Ao julgar outras ações com potencial prejuízo ao que restara decidido, houve um aparente revés no entendimento, em que se alterou o panorama observado anteriormente e, por consequência, declarou-se a sua invalidade. A partir desse cenário, questionou-se: o Supremo Tribunal Federal atendeu aos postulados de segurança jurídica, de coisa julgada e proteção da confiança exigidos pelo sistema de precedentes? Para tanto, diversos aportes metodológicos foram utilizados, sendo adotada as metodologias jurídico-compreensiva e histórico-jurídica, além de uma vertente jurídico-prospectiva. O método de pesquisa escolhido foi o bibliográfico aliado ao documental, sendo uma pesquisa de cunho exploratório e descritivo, com o escopo de proporcionar uma visão geral e próxima do movimento observado no caso da revisão da vida toda, delimitando-se uma nova visão do problema a partir da análise dos possíveis prognósticos. Assim, foi possível identificar que houve um ferimento à segurança jurídica e à proteção da confiança, mediante procedimento judicial que não considerou a participação dos segurados interessados na revisão da vida toda e deixou de atender a postulados fundamentais do sistema de precedentes judiciais. A possível solução, porém, residiria no restabelecimento do entendimento anterior em sede de julgamento de embargos de declaração.

Palavras-chave: Revisão da vida toda; Precedentes; Segurança jurídica; Proteção da confiança.

Abstract

The whole life review corresponds to a legal thesis designed with the aim of allowing certain social security general regime beneficiary to opt for a more advantageous calculation rule for their benefit. Since there is no support in law, the Brazilian Supreme Court was called upon to decide on the issue in terms of constitutional judicial review, deciding to validate the thesis, at least initially. By judging other actions with potential prejudice to what had been decided, there was an apparent setback in the understanding, in which the previously observed panorama was changed and, consequently, its invalidity was declared. From this scenario, the following question was formulated: did the Federal Supreme Court meet the postulates of legal certainty, res judicata and protection of legitimate expectations required by the system of precedents? To this end, several methodological contributions were used, adopting legal-comprehensive and historical-legal methodologies, in addition to a legal-prospective aspect. The research method chosen was bibliographic and documentary, with an exploratory and descriptive research, in the aim of providing a general and close view of the movement observed in the case of the whole life review, delimiting a new vision of the problem based on the analysis of possible prognoses. Thus, it was possible to identify that there had been an injury to legal certainty and the protection of legitimate expectations, through a judicial procedure that did not consider the participation of social security beneficiaries interested in the whole life review and failed

to comply with fundamental postulates of the system of judicial precedents. The possible solution, however, would lie in the reestablishment of the previous understanding in the context of the judgment of motions for clarification.

Keywords: *Whole life review; Precedents; Legal certainty; Protection of legitimate expectations.*

Como citar este artigo: ABNT¹ e APA²

1. Introdução

A preocupação individual com a proteção previdenciária, não raro, se reserva aos momentos finais da vida laborativa de cada beneficiário. Por mais que se tenha um amplo rol de benefícios ao segurado e aos seus potenciais dependentes, nenhum benefício recebe maior atenção e consta mais no imaginário dos contribuintes do que a aposentadoria – que, de maneira programada, costuma estar associada a um tempo de contribuição extenso ou, então, à chegada ao marco da velhice, em que a jubilação ocorre por idade.

Nesse momento, não é incomum que diversos segurados questionem o valor que lhes foi concedido e, imbuídos de uma memória eventualmente imprecisa, afirmem que contribuíram muito mais do que vieram a receber quando da aposentadoria. O estranhamento, com efeito, não é para menos: o Brasil possui um sistema previdenciário complexo e com uma grandiloquência de normas que impedem uma tranquila compreensão de seu funcionamento.

Com a mais recente reforma constitucional da previdência, materializada na Emenda Constitucional nº 103/2019, por exemplo, um mesmo segurado poderia ter direito a um verdadeiro catálogo de regras para fins de aposentadoria, com previsões espalhadas em portarias, instruções normativas, decretos, leis e, inclusive, a própria Constituição. Nesse emaranhado de normativos, é natural que teses não previstas inicialmente pelo legislador possam ser gozadas pelos segurados.

Foi assim, por exemplo, no caso das chamadas revisões do “buraco verde” e do “buraco negro”, podendo-se citar a mais recente e quase natimorta tese do “milagre da contribuição única”. Em um caminho natural, os temas costumam enfrentar resistência na via administrativa e, ato contínuo, buscam o judiciário para que se lhes dê guarida – o movimento, evidentemente,

¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte; FERREIRA, Carlos Vinicius Ribeiro. Segurança jurídica e coisa julgada: breves reflexões em torno do julgamento da Revisão da “Vida Toda”. **Labuta**, v. 1, n. 1, p. 54-82, jan./jun. 2024.

² Ibrahim, F. Z., & Ferreira, C. V. R. (2024). Segurança jurídica e coisa julgada: breves reflexões em torno do julgamento da Revisão da “Vida Toda”. **Labuta**, 1(1), 54-82.

não possui garantias de sucesso quando se distribui uma ação em 1ª instância: mas o que dizer de teses que foram validadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal?

A pergunta tem por pano de fundo o ocorrido no caso da revisão da vida toda, cujo substrato jurídico será melhor explorado ao longo desta pesquisa. Em síntese, o Recurso Extraordinário nº 1.276.977/SC, vinculado ao Tema de Repercussão Geral nº 1.102/STF, teve julgamento favorável aos segurados e, após a oposição de embargos de declaração pelo INSS, em que a expectativa pairava sobre uma potencial modulação, houve uma surpreendente alteração de entendimento mediante o julgamento prévio de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que praticamente provocaram uma superação da tese fixada pelo mesmo Tribunal poucos meses antes.

A esse respeito, surge o questionamento em torno de três dos pilares que orientam o ordenamento jurídico: o Supremo Tribunal Federal atendeu aos postulados de segurança jurídica, de coisa julgada e proteção da confiança exigido pelo sistema de precedentes? Para tratar de responder tal pergunta, o primeiro objetivo específico deste trabalho se concentrou em avaliar se o sistema de precedentes que orienta o direito processual civil brasileiro, em teoria e na prática, permite a superação de entendimentos na maneira que ocorreu no julgamento da revisão da vida toda, explorando-se os conceitos elementares do instituto e sua aplicação no caso.

A partir de tal análise, o segundo objetivo específico desta pesquisa reside na verificação da importância atribuída aos postulados da segurança jurídica e da coisa julgada pela legislação e pelos tribunais pátrios, de modo que se pretende averiguar a correlação existente entre a opção pelo sistema de precedentes judiciais e a necessidade de observância de um sistema seguro, estável e não suscetível a mudanças repentinas. Nesse mesmo objetivo reside a preocupação de identificar as bases do princípio da proteção e promoção da confiança no âmbito do direito previdenciário.

O terceiro objetivo específico desse estudo se debruça propriamente no seu problema de pesquisa, de modo que inicialmente serão explorados breves contextos processuais envolvendo o julgamento do RE nº 1.276.977/SC e das ADI's nº 2.110/DF e 2.111/DF, de modo a, a partir do arcabouço teórico construído na elaboração das análises concernentes ao primeiro e segundo objetivo específico, analisar criticamente os resultados dos julgamentos de maneira conjunta.

Nesse sentido, o presente estudo é conduzido segundo um aspecto teórico-metodológico, sob sua vertente jurídico-sociológica, por analisar o direito como uma variável que depende da sociedade e trabalhar com as concepções de eficácia, eficiência e efetividade

das relações direito/sociedade, em um estudo da “realização concreta dos objetivos propostos pela lei, por regulamentos de todas as ordens e de políticas públicas e/ou sociais” (Gustin, Dias, Nicácio, 2020, p. 66).

Para tanto, distintos métodos de abordagem foram utilizados ao longo das seções. Para a primeira, é adotada a metodologia jurídico-compreensiva, por meio do uso do “procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis” (Gustin, Dias, Nicácio, 2020, p. 84). Adota-se, também, o jurídico-projetivo, por partir de “premissas e condições vigentes para detectar tendências futuras de determinado instituto jurídico”, com o fito de identificar as bases e eventuais desafios para eventual necessidade de alteração na lógica atual dos julgamentos em torno de causas previdenciárias (Gustin, Dias, Nicácio, 2020, p. 84).

Para tanto, adota-se o método de pesquisa bibliográfico, que objetiva a realização de “leituras iniciais, que visam arregimentar informações, entender mais detalhadamente o assunto, para auxiliar na proposição da pesquisa, definição do problema e objetivos” (Gustin, Dias, Nicácio, 2020, p. 189). Utiliza-se, também, a pesquisa documental, que analisa “materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa” (Gil, 2002, p. 45), como ações judiciais.

Por fim, esta pesquisa caracteriza-se de cunho exploratório e descritivo, com o escopo de proporcionar uma visão geral e próxima do movimento observado no caso da revisão da vida toda, delimitando-se uma nova visão do problema a partir da análise dos possíveis prognósticos.

2. O sistema de precedentes no direito processual civil brasileiro

Inicialmente, é de bom alvitre consignar que, a despeito de o presente estudo buscar investigar aspectos processuais sob a vertente previdenciária, tem-se por evidente que não é possível dissociar-se do debate envolto na afirmação de que a existência de um sistema de precedentes no direito brasileiro corresponderia a uma imprecisão técnica. Assim, mormente em decorrência da observância metodológica que se pretende, algumas digressões preliminares se fazem necessárias.

Não se pretende, evidentemente, esgotar a temática, mas apresentar as principais correntes que se formam atualmente em seu torno e, de maneira fundamentada, eleger aquela que melhor se adegue como teoria de base, tendo em vista ser “imprescindível correlacionar a pesquisa com o universo teórico, optando-se por um modelo teórico que sirva de embasamento

à interpretação do significado dos dados e fatos colhidos ou levantados” (Marconi, Lakatos, 2021, p. 112).

Nesse diapasão, nos termos da corrente doutrinária que vai ao encontro do entendimento de que há, no Brasil, um sistema de precedentes, tem-se que eles seriam “razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação da decisão”, trabalhando essencialmente sobre “fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada” (Marinoni, Arenhart, Mitidiero, 2017, p. 593). Tem-se, aqui, a doutrina do *stare decisis*³.

Nesse sentido, cumpre registrar, inicialmente, que o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu a necessidade de os tribunais promoverem uma uniformização de sua jurisprudência e, a partir desse movimento, mantê-la estável, íntegra e coerente – não obstante, conforme se abordará a seguir, parcela da doutrina considera que daí não decorre, necessariamente, um fato de que existiria um sistema de precedentes no Brasil.

Conforme aponta Lenio Streck (2024, p. 10), o projeto do código de processo civil previa inicialmente, no tocante ao art. 926, tão somente a necessidade de que a jurisprudência devesse ser estável. Nesse sentido, enquanto a estabilidade diria respeito a julgados anteriores, a integridade e coerência corresponderiam a um “substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso”.

A respeito da previsão do dispositivo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 590) apontam 5 problemas teóricos existentes. Para os fins deste estudo, destacamos apenas a reflexão acerca do termo “uniformizar”, de modo que os autores evidenciam que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) “não devem repetir inúmeras e inúmeras vezes diante de milhares de casos concretos a mesma solução jurídica para uniformizar a aplicação do direito no nosso País”, papel que caberia aos Tribunais de 2ª instância e aos Juízes.

As Cortes Supremas devem, pelo contrário, “dar unidade ao direito a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação Futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema, encarregados de distribuir justiça, a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico” (Marinoni, Arenhart, Mitidiero, 2017, p. 591). As conclusões, entretanto, não encontram consenso.

Na literatura de Streck (2024, p. 114), há digressões no sentido de que um precedente não nasce tão somente porque uma Corte Suprema ou Corte de Vértice assim o declarou. Assim,

³ O nome deriva do brocardo jurídico *stare decisis et non quieta movere*, que, em linhas gerais, se traduz como “estabilize-se a decisão e se lhe mantenha como está”.

Streck aponta como indevido o entendimento de que as decisões das cortes devam ser universalizáveis, “aplicáveis a todo e qualquer caso tido por antecipação como semelhante, de tal modo, até mesmo, a dispensar os juízes de interpretar” (2024, p. 59).

Dessa forma, expõe que, na “teoria dos precedentes à brasileira”, primeiro a Corte de Precedentes, responsável por interpretar e reduzir uma equivocidade dos textos normativos, firmaria a tese, de modo que, posteriormente, os “juízes do andar de baixo somente têm o trabalho de aplicá-las” (2024, p. 61). Assim, haveria um equívoco conceitual ao se pretender afirmar uma cisão entre interpretação e aplicação.

O autor (2024, p. 115) defende, com efeito, que a atribuição do aplicador seria de reconstrução, de modo que os tribunais interpretariam as decisões judiciais com o objetivo de aplicá-las enquanto precedentes para a solução de casos futuros, nos moldes do que defende Thomas Bustamante. Outrossim, haveria uma “típica importação acrítica do elemento central do *common law*”.

Noutro giro, Marinoni (2016, p. 55) aponta que a interpretação no sentido de que a vinculação do juiz a um precedente viria a interferir sobre sua liberdade de julgar corresponderia a um mal-entendido, que decorre de uma incompreensão de que a decisão judicial, e o próprio magistrado, são peças insertas no sistema de distribuição de justiça que, evidentemente, está à disposição do cidadão jurisdicionado.

Ademais, expõe o autor que o *stare decisis* não se confunde com o *common law*, e igualmente não é possível afirmar que ele somente se realiza na medida em que o legislador não atua, de modo que “mesmo a interpretação da lei tem que adquirir estabilidade” (Marinoni, 2016, p. 81-82). Com efeito, a estrita observância da lei, que é traço tradicional do *civil law*, exige a configuração de um sistema de precedentes, com o fito de atender ao princípio de que casos similares devem receber igual tratamento.

Indo um pouco além, tem-se que, no entendimento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 74-75), o constitucionalismo conferiu ao juiz um poder distante do que originalmente lhe seria atribuído na tradição do *civil law*, em decorrência do emprego cada vez maior de cláusulas abertas e da submissão da lei aos direitos fundamentais. Consequentemente, houve especial mudança do papel destinado às Cortes Supremas⁴, cuja interpretação, “mediante

⁴ Na linha do que defende Daniel Mitidiero (2017, p. 93), o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atuam como Cortes Supremas, de modo que “devem ser pensados como cortes de interpretação e não como cortes de controle, como cortes de precedentes e não como cortes de jurisprudência, tendo autogoverno e sendo dotados de meios idôneos para a consecução da tutela do direito em uma dimensão geral de forma isonômica e segura”.

valoração, define o sentido do direito como eficácia geral diante da sociedade e obrigatória perante os tribunais inferiores”.

A corrente que se filia no presente trabalho, com efeito, reside no reconhecimento de um sistema de precedentes no direito processual civil brasileiro – e não somente pelas razões expostas por parte da doutrina supramencionada, mas em decorrência, também, do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede do julgamento do tema de nº 509 da Repercussão Geral (RE nº 655.265/DF), em que o acórdão trouxe as seguintes conclusões, *in verbis* (Brasil, 2016, p. 2-3):

[...] 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (Mitidiero, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “*impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos*”. (Mitidiero, 2017). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais “*é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária*.” (Ávila, 2011). [destaques no original].

Nesse sentido, a consideração da existência de um sistema de precedentes no âmbito do sistema processual brasileiro e a investigação de julgamentos por parte do STF encontram seu fundamento na medida em que se utilizará do instrumento que a própria corte já afirmou utilizar para, em seguida, verificar se os conceitos básicos e necessários do referido sistema restaram observado. Nesse seguinte, cumpre doravante explicitar alguns postulados atinentes ao julgamento por meio de repercussão geral e temas repetitivos.

Insta salientar, inicialmente, que por mais que a menção ao Código de Processo Civil assumo protagonismo doravante, tem-se que a preocupação com a estabilidade do entendimento dos tribunais pode ser apontada, ao menos, desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, quando foi inserido no ordenamento a previsão concernente às súmulas vinculantes – que não se inserem, não obstante, no conceito de precedente.

O instituto pode ser aprovado mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, e tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal,

estadual e municipal, conforme redação do art. 103-A, CRFB/1988. Tratou-se de um passo importante, mas não definitivo, para a segurança jurídica das decisões.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a inserção se deu por meio da Lei nº 11.672/2008, que trouxe a sistemática dos recursos especiais repetitivos para o código processual vigente à época, prevendo-se que, quando houvesse multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial seria processado nos termos do art. 543-C do CPC/1973.

Inegável, porém, que o Código de Processo Civil de 2015 foi pioneiro em diversos aspectos de um sistema de precedentes em si, de modo que, ao dispor que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, I e III), estabeleceu a obrigação de *stare decisis* vertical – isto é, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais devem seguir as decisões dos Tribunais Superiores – STF e STJ.

Não obstante, tem-se que o mesmo artigo traz também o conceito horizontal, com a obrigação de que STF e STJ respeitem os seus próprios precedentes, o que se ressalta pela previsão, constante do art. 927, § 4º, de que eventual alteração de “enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (Brasil, 2024a, np).

É nesse sentido que Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 594) apontam que a “o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes” seja a primeira condição para que exista “um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais”, tendo em vista que, “do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita”.

A observância, porém, do decidido pelas Cortes Supremas, não se resume ao acórdão por elas prolatado. Em verdade, o dispositivo pretende que os Tribunais extraiam as *rationes decidendi* (“razões de decidir”) dos acórdãos e lhes aplique aos casos concretos. A *ratio decidendi*, assim, corresponde a uma “generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz”, de modo que é ela, extraída da justificação, que é capaz de gerar o precedente (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2017, p. 595).

Importante destacar, nesse sentido, que a tese fixada não corresponde necessariamente à *ratio decidendi*. As teses, costumeiramente, apresentam um enunciado que resume o

entendimento do Tribunal a respeito da questão de direito suscitada, mas não necessitam apontar os motivos que levaram ao colegiado interpretar da maneira que o fez. Por outro lado, há passagens do acórdão que representam reflexões que não integram o precedente – algo que foi dito para morrer ou, segundo a expressão, um “*obiter dictum*”, que “é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução” (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2017, p. 595).

Retomando-se brevemente o ponto tratado anteriormente quanto à extinção da função interpretativa dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais sobre os precedentes do STJ e do STF, tem-se que o art. 1.037, § 9º, CPC/2015, demonstra que há uma carga de valoração a ser atribuída ao precedente, na medida em que faculta à parte o requerimento do prosseguimento de seu processo quando ocorrer distinção entre a questão de direito julgada no caso e aquela afetada como representante de controvérsia no Tribunal Superior. Trata-se do *distinguishing* (distinção).

Inserido na teoria dos precedentes há, ainda, os instrumentos destinados à superação, total ou parcial, do entendimento fixado. Caso haja uma alteração completa do entendido anteriormente, trata-se do *overruling*, que “constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica” (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2017, p. 595). Se a superação, porém, for parcial, trata-se da *transformation* (transformação) ou *overriding* (reescrita).

Em se tratando da técnica de *transformation*, o que ocorre é a tentativa de “compatibilizar o resultado do precedente transformado com o resultado alcançado no caso sob julgamento”, de modo que “a Corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressar isso formalmente” (Marinoni, 2016, p. 245). O *overriding*, por sua vez, “apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido, de uma revogação parcial” – ele pressupõe que “o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução” (Marinoni, 2016, p. 247-248).

Por fim, cumpre mencionar a *technique of signaling*, em que “o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação” (Marinoni, 2016, p. 238). O autor (2016, p. 239-240), porém, destaca a importância do advogado neste caso, tendo em vista que a sinalização nem sempre é explícita – quando, por exemplo, professores e juristas respeitados apontam críticas à tese, deve-se inferir a possibilidade de ela não possuir vida longa.

3. Coisa julgada, segurança jurídica e a proteção e promoção da confiança no direito previdenciário

Em 08 de fevereiro de 2023, o Supremo Tribunal Federal formou maioria para entender que as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interromperiam automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. A decisão, proferida no âmbito do Tema 885 da Repercussão Geral, validava a tese da União no sentido de que seria possível cobrar a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) das empresas que obtiveram o direito a não a recolher por meio de decisão transitada em julgado (Brasil, 2023).

A base para o requerimento da União residia no fato de que algumas empresas conseguiram o direito de não serem tributadas a título de CSLL na década de 1990, quando alguns Tribunais entenderam pela inconstitucionalidade da lei. Entretanto, com a ADI 15, que transitou em julgado em 2007, o STF declarou a constitucionalidade da legislação (Brasil, 2007), de modo que defendeu a União que poderia haver a descon sideração da coisa julgada no tocante aos contribuintes que possuíssem provimento judicial a seu favor.

Dias após o julgamento, o Ministro Luiz Fux, que participou do julgamento e foi contrário à tese, proferiu palestra em evento do Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis do Espírito Santo. Durante sua exposição, manifestou-se no seguinte sentido:

Então, aquilo me incomodou muito, porque eu tive uma formação muito sólida. E, nessa formação sólida, sempre se dizia que, na catedral do direito, no altar mor está a coisa julgada. Porque a coisa julgada não tem compromisso com a justiça ou com a verdade, a coisa julgada tem compromisso com a estabilidade e a segurança social. Num dia tem que ter uma decisão definitiva. Agora, se a gente relativiza a coisa julgada, vale a segunda, não vale a primeira. Por que não a terceira? E a quarta? E a quinta? E quando é que nós vamos ter a segurança jurídica? Essa tal de previsibilidade que nós vivemos nem em casa, tem que ter previsibilidade até para você administrar um lar, máxime uma empresa. Então, o que ocorreu foi uma decisão que autorizou o desfazimento daquelas pessoas que já estavam tranquilas quanto a coisa julgada. Como é que se desfaz a coisa julgada, dando ao precedente o efeito retro operante? Então essa solução, isso não é, não pode ser uma solução definitiva. Nós sabemos que as decisões são vinculantes para as partes, são vinculantes para o Judiciário, mas não é vinculante para Legislativo. É muito importante que haja uma preocupação severíssima com as consequências dessa decisão. Porque, trocando em miúdos, a decisão diz o seguinte: se o contribuinte tem uma coisa julgada, de 10 anos atrás, ele não pode dormir com tranquilidade, porque pode surgir um precedente que venha a desconstituir algo que foi julgado há 10, 15, 16 anos atrás. (O Antagonista, 2023).

Com efeito, a proteção à coisa julgada está ligada à dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica (Medina, 2020, p. 769). Este último se traduz como um elemento essencial

do estado de direito, que tem por pilares a estabilidade, uma vez que “as decisões dos poderes públicos, uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”; e a previsibilidade, que “reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos” (Canotilho, 2003, p. 264).

Nesses termos, a coisa julgada é um corolário da segurança jurídica que, por sua vez, corresponde à “relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (Silva, 2022, p. 436). A menção à exposição do Ministro Luiz Fux, assim, se dá em virtude de restar evidenciada a importância atribuída à coisa julgada e, ao mesmo tempo, demonstrar que o instituto mesmo um instituto tão relevante acabou por ser relativizado pela Suprema Corte.

Resta inegável, segundo as conclusões construídas até então, que o sistema de precedentes guarda íntima relação com a segurança jurídica e, como regra geral, com a coisa julgada. Não obstante, cumpre salientar que a coisa julgada não se confunde com o *stare decisis*, tendo em vista que “a coisa julgada garante às partes a imutabilidade da decisão”, enquanto “o respeito aos precedentes confere aos jurisdicionados a estabilidade de dada interpretação jurídica” (Marinoni, 2016, p. 90).

Para a definição do instituto, porém, tem-se que o próprio Código de Processo Civil preocupou-se em estabelecer o conceito, de modo que dispõe o art. 502 que a coisa julgada material⁵ corresponde à “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, de modo que o artigo seguinte estabelece que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (Brasil, 2024a, np).

Em se tratando da área previdenciária, José Antonio Savaris e Maria Fernanda Wirth (2023, p. 117) ressaltam que, em regra geral, o art. 505, I, CPC, estatui a possibilidade de limitação dos efeitos da coisa julgada caso sobrevenha modificação no estado de fato ou de direito. A respeito do precedente que inaugurou a exposição desta seção, os autores afirmam que seria plausível a sua aplicação da *ratio decidendi* no campo previdenciário (2023, p. 118).

Nesse seguinte, os autores (2023, p. 168) consignam que a coisa julgada não restou relativizada, mas que se manteve eficaz enquanto não restasse incompatível, de maneira

⁵ A coisa julgada formal pode ser observada no art. 486, § 1º, ao dispor o Código de Processo Civil que, em alguns casos, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença ser prolatada sem resolução do mérito.

superveniente, com o entendimento do STF. Algumas digressões restam necessárias. Primeiro, tem-se que a coisa julgada pode ser relativizada nas hipóteses previstas para o ajuizamento de ação rescisória, destinada justamente a rediscutir ponto até então protegido pelo trânsito em julgado – e, ressalte-se, o prazo para a sua distribuição é de 2 anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. A preocupação, aqui, é justamente permitir que, em dado momento, a relação reste finalmente estável.

Imagine-se, assim, um segurado que teve um benefício negado judicialmente e, transcorridos 12 meses desde o trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em sede de controle concentrado que abriu as vias para que a sentença, ora transitada, pudesse ser proferida de modo favorável ao jurisdicionado. Neste caso, em um momento inicial, poderia se pensar que bastaria o ajuizamento da ação rescisória para que o benefício pudesse ser concedido. Entretanto, não há essa possibilidade.

Primeiro, tem-se que o Código de Processo Civil, ao prever, em seu art. 966, V, a possibilidade de ação rescisória quando a decisão rescindida violar manifestamente norma jurídica, estabelece nos §§ 5º e 6º que, em se tratando de comando sentencial que adotou enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, cabe tão somente a demonstração do *distinguishing* entre o precedente e o caso que foi julgado, sem possibilidade de aludir a mudança de entendimento.

Em direção oposta, ressalta-se a redação do art. 535, CPC, destinado a regular os meios e prazos para que a Fazenda Pública possa impugnar uma execução. O § 5º do dispositivo estabelece que se considera inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Com um campo de aplicação ainda maior para a Fazenda Pública, tem-se que por mais que o § 7º do art. 535 determine que a decisão do STF tenha de ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda, o § 8º admite, se a decisão tiver sido proferida após esse marco, o ajuizamento de ação rescisória, prevendo que o prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo. O segurado do INSS, porém, não possui essa possibilidade.

De igual maneira, a Súmula de nº 343 do STF estabelece que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Brasil, 2017, p. 57). Até se poderia afirmar que a redação da súmula diz respeito a tese controvertidas e que não se aplicaria a teses

pacificadas que, após novo julgamento, vieram a ter entendimento favorável ao cidadão jurisdicionado – novamente, porém, o entendimento da Suprema Corte não oferece guarida a essa ponderação.

Veja-se que, conforme tese fixada no âmbito do tema nº 136 da repercussão geral, “não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente” (Brasil, 2014, np). Em síntese, o que se tem é a estabilização da decisão favorável à Fazenda Pública e, em se tratando do segurado, restritas hipóteses de rediscussão, sendo que a alteração de entendimento não representa um dos motivos passíveis de ser suscitado.

Para o segurado que ingressa judicialmente, a situação pode ser ainda mais gravosa. Conforme entendimento pacífico do Supremo, “as decisões proferidas por esta Corte são de observância imediata”, de modo que “não é necessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da sistemática da repercussão geral” (Brasil, 2018, p. 1). Nesse sentido, um segurado que possuísse processo judicial atinente à revisão da vida toda poderia requerer o imediato recálculo, inclusive por meio de tutela de evidência (art. 311, II, CPC), a partir do julgamento do colegiado que entendeu pela possibilidade da revisão.

Entretanto, com a mudança repentina de posicionamento, qual o potencial destino do segurado? O risco iminente é que sofra as consequências da tese fixada no âmbito do tema 692/STJ, que dispõe que se houver reforma da decisão que antecipou a tutela final do feito, há a obrigação do autor de devolver os valores recebidos a título de benefícios previdenciários ou assistenciais, de modo que a cobrança pode ser realizada com descontos, não superiores a 30% do valor recebido pelo segurado, sobre o benefício que ele estivesse recebendo (Brasil, 2022a, np).

Ainda há de se considerar as hipóteses de sucumbência. As ações revisionais, não raro, possuem valores vultosos inseridos na causa, ao passo que, restando os pedidos julgados improcedentes, não se tem por incomum a determinação de pagamento de honorários sucumbenciais do segurado ao INSS, que pode alcançar cifras que exasperam a sua capacidade financeira.

Não se ignora que, na sessão de julgamento de 03 de abril de 2024, o Ministro Dias Toffoli tenha informado que contatou o Advogado-Geral da União e realizou a sugestão de que o INSS renunciasse à sucumbência, em favor da União, em se tratando das ações da revisão da vida toda (Migalhas, 2024). A medida, entretanto, não resolve a causa como um todo, mas apenas ameniza uma de suas consequências.

Para os fins deste estudo, porém, há uma pequena questão técnica: como afirmado, pretende-se analisar a revisão da vida toda e seu julgamento pelo STF. O tema, de fato, se enquadra no conceito de precedente, tendo em vista ter sido julgado pelo sistema de repercussão geral. Entretanto, até o fechamento deste estudo, ainda pendiam de julgamento os embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido no julgamento do recurso extraordinário. Nesse sentido, e na melhor técnica processual, evidentemente que não há falar em coisa julgada.

Não obstante, por certo, não há uma hipótese de “tudo ou nada” – é dizer: o fato de não haver trânsito em julgado no caso do Tema 1.102/STF não afasta, necessariamente, a expectativa que milhares de jurisdicionados já atribuíam ao que restara julgado anteriormente. Com efeito, trata-se do instituto principiológico da proteção da confiança, que igualmente ao caso da coisa julgada, orbita o princípio da segurança jurídica e merece especial digressão doravante.

Cumprе definir, inicialmente, que o princípio da proteção da confiança tem por objetivo “garantir continuidade e coerência da atividade do Estado em situações em que demande mudanças de entendimento, sem sobressaltos ao cidadão, não importando a origem específica do agente ou do ato estatal, se legislativo, administrativo ou jurisdicional” (Souza, 2018, p. 147).

Tradicionalmente, o princípio da legalidade era apontado como necessariamente prevalecente quando houvesse conflito com outros interesses públicos ou com interesses particulares. A proteção da confiança, em detrimento da legalidade, surgiu no âmbito da jurisprudência alemã, que paulatinamente foi sendo ampliada a diversos julgados (Araújo, 2009, p. 21, 25).

Um dos casos célebres, porém, que ganhou maior destaque e publicidade a nível mundial, foi o julgado pelo Tribunal Administrativo de 3ª Instância de Berlim. Em 1956, à época com a Alemanha dividida entre Ocidental e Oriental, uma viúva de um inspetor, com residência à República Democrática da Alemanha (Oriental), foi comunicada que teria a sua pensão restabelecida caso promovesse a sua mudança para a República Federativa da Alemanha (Ocidental) (Souza, 2018, p. 141).

A cidadã assim procedeu, de modo que, pouco tempo depois, teve seu benefício suspenso e recebeu a determinação de devolução de todos os valores que havia recebido. Ao ajuizar uma ação, reconheceu-se que “o benefício era efetivamente indevido, mas a pensão acabou sendo mantida judicialmente, uma vez que ela havia modificado a vida da pensionista, de forma incisiva, com base na confiança depositada no Estado” (Araújo, 2009, p. 138).

O caso é emblemático e aponta, justamente, que o correto seria proteger a confiança atribuída pela viúva ao Estado. Nesse sentido, neste e em todos os casos em que o princípio é suscitado, quatro requisitos devem ser observados: a) base da confiança; b) existência da confiança no plano subjetivo; c) exercício da confiança por meio de atos concretos; e d) comportamento estatal que frustre a confiança. Os itens “a” e “d” compõem a base objetiva da confiança, vez que dependem do Estado, enquanto os itens “b” e “c” correspondem à sua modalidade subjetiva (Souza, 2018, p. 146-149, *passim*). Em um sentido prático, aponta Souza (2018, p. 148):

Para aplicação do princípio, portanto, é necessário um comportamento, omissão ou ato normativo estatal do qual se origina a confiança dos particulares (*base da confiança*), provas de que o(s) indivíduo(s) confiou(-aram) subjetivamente (*existência subjetiva da confiança*), provas de que o(s) indivíduo(s) realizou(-aram) atos concretos que confirmem sua confiança no comportamento estatal (*exercício da confiança por meio de atos concretos*) e a ocorrência de um comportamento estatal novo (*comportamento estatal que frustre a confiança*).

No âmbito do direito previdenciário, tem-se que há precedentes que dão guarida à proteção da confiança, como por exemplo o tema repetitivo nº 979 do Superior Tribunal de Justiça. A tese fixada estabeleceu que se houver pagamento indevido ao segurado que tenha se dado por erro administrativo, seja material, seja operacional, e não embasado na equivocada interpretação da Lei pela Administração, os valores são passíveis de devolução, mediante desconto de até 30% do valor do benefício, mas desde que o segurado não possa comprovar a sua boa-fé objetiva (Brasil, 2021a).

Naturalmente, o precedente traz uma situação incomum no campo do direito, tendo em vista que, costumeiramente, a boa-fé é presumida e a má-fé é quem deve ser comprovada. Não obstante, tem-se por positivo que o precedente tenha, ao menos, determinado a não devolução segundo a comprovação de boa-fé, o que permite afirmar que a proteção da confiança de fato é considerada pelas Cortes Superiores.

Restando exploradas as bases da segurança jurídica, da coisa julgada e da proteção da confiança, cumpre discorrer, doravante, sobre a revisão da vida toda, de modo que se abordará, inicialmente, o julgamento do tema 1.102 da repercussão geral, que tem como processo paradigma o recurso extraordinário nº 1.276.977/SC.

4. O Supremo Tribunal Federal e o julgamento da revisão da vida toda

O tema da revisão da vida toda, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, teve seu julgamento oficialmente realizado no bojo do RE nº 1.276.977/SC e, de maneira surpreendente, sofreu revés a partir do julgamento proferido na análise das ADI's nº 2.110 e 2.111, ocorrido no início de 2024. Assim, para que se proceda uma análise conjunta e detida, importa inicialmente verificar a tramitação das duas ações, inserindo-se as conclusões cabíveis em seção seguinte.

4.1 Recurso Extraordinário nº 1.276.977/SC

Anteriormente à criação da Lei nº 9.876/1999, o salário de benefício dos segurados, que representa o valor médio contribuído, equivalia a uma média das 36 contribuições anteriores ao pedido de aposentadoria, vertidas em período não superior a 48 meses. A legislação supracitada, entretanto, alterou sensivelmente a forma de cálculo, criando uma regra de transição e uma regra definitiva.

No caso desta última, a média equivaleria aos maiores salários de contribuição vertidos pelo segurado ao longo de sua vida contributiva, descartadas as menores correspondentes a 20% do período, e posteriormente multiplicada, se fosse o caso, do valor resultante do cálculo do fator previdenciário. Essa modalidade seria aplicável para aqueles segurados que ingressassem no sistema previdenciário após a edição da Lei nº 9.876/1999.

A regra de transição criada possuía sistemática parecida, com o diferencial de que a vida contributiva considerada teria como marco inicial a competência de 07/1994, não podendo ser computadas, para fins de valor do benefício, qualquer montante anterior a essa competência, em que se iniciou a vigência do Plano Real. Naturalmente, a medida se aplicava aos que já estavam no sistema desde antes da alteração da legislação.

Nesse diapasão, sucedeu que diversos segurados possuíam contribuições em valores vultosos e em época anterior ao marco estabelecido pela legislação. Dessa maneira, se a regra definitiva lhes fosse aplicada, o seu salário de benefício e, conseqüentemente, a renda mensal inicial teriam um incremento bastante significativo. Assim, “a Revisão da Vida Toda nasceu na percepção de que, se o objetivo da regra de transição é diminuir os impactos da regra definitiva para os segurados que já estavam no sistema, o que fazer quando a regra definitiva é mais benéfica?” (Ferreira, 2023, p. 164).

O tema foi suscitado judicialmente e iniciou no âmbito da Seção Judiciária de Santa Catarina. À época, o pedido foi julgado improcedente, ante a ausência de previsão da concessão requerida em lei. O ato seguinte foi a interposição de apelação, que igualmente teve provimento negado, assim como os embargos de declaração opostos pelo segurado, pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Brasil, 2024b).

Posteriormente, o segurado interpôs recursos especial e extraordinário, sendo o primeiro autuado no Superior Tribunal de Justiça sob o nº 1.554.596/SC e, ao longo de sua tramitação, foi selecionado como representativo de controvérsia e afetado ao rito dos recursos repetitivos, com a suspensão de todos os processos em trâmite no país que versassem sobre a matéria. Ao final do julgamento, a Primeira Seção do STJ fixou a seguinte tese (Brasil, 2019):

Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999

Em face do referido acórdão, o INSS interpôs Recurso Extraordinário, que foi autuado sob o nº 1.276.977/DF e teve repercussão geral reconhecida em 2020, sendo o tema cadastrado sob o nº 1.102. Sem adentrar especificamente nos detalhes da tramitação do feito, tem-se que, em 01º de dezembro de 2022, o Supremo fixou a seguinte tese jurídica:

Na apuração do salário de benefício dos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei nº 9.876/1999 e implementaram os requisitos para aposentadoria na vigência do diploma, aplica-se a regra definitiva prevista no artigo 29, incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, quando mais favorável que a norma de transição.

Após o julgamento, o INSS opôs embargos de declaração, requerendo, de maneira infringente, a alteração do julgamento e, em não sendo possível, que os efeitos da decisão fossem modulados. Os embargos até tiveram sessão virtual iniciada, que foi interrompida a partir de um pedido de destaque para que o julgado se desse em Plenário físico. A resposta aos embargos do INSS, porém, e até o fechamento deste estudo, se deu por meio de outras duas ações de controle concentrado (2024b).

4.2 Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.110/DF e 2.111/DF

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.110/DF e 2.111/DF tiveram julgamento conjunto, de modo que, para os fins deste estudo, consultou-se mais especificamente a tramitação da primeira. Assim, a Ação, que foi ajuizada pelo PCdoB e pelo PT, tinha como pedido final que fosse declarada a inconstitucionalidade dos arts. 25, 26, 29 e 67, este último

no tocante à previsão de comprovação de frequência escolar a apresentação de atestado de vacinação obrigatória, da Lei nº 8.213/1991, com a redação da Lei nº 9.876/1999 (Brasil, 2024c).

No tocante à Lei nº 9.876/1999, requereram os partidos a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 3º, 5º, 6º, 7º e 9º da referida legislação, sendo este último atinente à parte que revogou a Lei Complementar nº 84/1996 (Brasil, 2024c). A Lei 9.876/1999, lembrando-se, foi a responsável por alterar o modo de cálculo do salário de benefício e, conseqüentemente, constitui o pano de fundo dos requerimentos envolvendo a revisão da vida toda.

Em 16 de março de 2000, o Plenário do STF indeferiu o pedido de liminar, de modo que o pleito voltou a ser analisado em 19 de agosto de 2021, quando inserido em sessão virtual. Em dezembro de 2023, após nova sessão virtual, o Ministro Cristiano Zanin pediu destaque, o que fez com que a ação fosse encaminhada para julgamento no âmbito do plenário físico. O julgamento ocorreu em 21 de março de 2024, oportunidade em que a seguinte ata foi lavrada (Brasil, 2024c):

O Tribunal, por maioria, conheceu parcialmente das ADIs 2.110 e 2.111 e, na parte conhecida, (a) julgou parcialmente procedente o pedido constante da ADI 2.110, para declarar a inconstitucionalidade da exigência de carência para a fruição de salário-maternidade, prevista no art. 25, inc. III, da Lei nº 8.213/1991, na redação dada pelo art. 2º da Lei nº 9.876/1999, vencidos, nesse ponto, os Ministros Nunes Marques (Relator), Alexandre de Moraes, André Mendonça, Cristiano Zanin e Gilmar Mendes; e (b) julgou improcedentes os demais pedidos constantes das ADIs 2.110 e 2.111, explicitando que o art. 3º da Lei nº 9.876/1999 tem natureza cogente, não tendo o segurado o direito de opção por critério diverso, vencidos, nesse ponto, os Ministros Alexandre de Moraes, André Mendonça, Edson Fachin e Cármen Lúcia. Foi fixada a seguinte tese de julgamento: **“A declaração de constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.876/1999 impõe que o dispositivo legal seja observado de forma cogente pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública, em sua interpretação textual, que não permite exceção. O segurado do INSS que se enquadre no dispositivo não pode optar pela regra definitiva prevista no artigo 29, incisos I e II, da Lei nº 8.213/91, independentemente de lhe ser mais favorável”**. Redigirá o acórdão o Ministro Nunes Marques (Relator). Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 21.3.2024 [grifo nosso].

Com efeito, a revisão da vida toda restou derrubada neste julgamento, de modo que algumas reflexões podem ser extraídas desse movimento.

4.3 A alteração do entendimento fixado e seus potenciais efeitos

Conforme tratado anteriormente, no âmbito do sistema de precedentes, as proposições que não se constituem necessárias para a solução da lide representam um *obter dictum*. Nesse

sentido, a partir da análise da gravação integral do julgado, transcreveu-se parte do debate realizado pelos Ministros que, antes de apontar algo “dito para morrer”, representa significativos esclarecimentos do julgado que orientarão a análise que se passa a proceder, nos seguintes termos (STF, 2024, transcrição do tempo de vídeo de 3:22:02 até 3:28:33):

[Min. Alexandre de Moraes]: Permite, Presidente?

[Min. Luís Roberto Barroso]: Pois não?

[Min. Alexandre de Moraes]: Veja: em verdade, o trazido pelo Ministro Zanin... A decisão de relatoria do Ministro Sidney Sanches nem tocou nesse assunto [sobre a revisão da vida toda]. Simplesmente, falou que era constitucional, como, de início, todos falamos na sessão virtual. Inclusive, eu já havia votado acompanhando o Relator, Ministro Kássio, só pela improcedência e pela constitucionalidade.

Como Vossa Excelência [em referência ao Min. Barroso] e o Ministro Gilmar trouxeram esse assunto... Por isso que, desde o início, eu quis pontuar que parecia exatamente que a ADI estaria sendo usada como verdadeiros embargos infringentes em relação à...

[Min. Gilmar Mendes]: Vossa Excelência quem começou a pontuar isso.

[Min. Alexandre de Moraes]: Então, eu retiro. Eu retiro, acompanho o relator e vamos tratar na próxima, então, que é o correto. Eu acompanho o relator, já que Vossa Excelência concordou em tratar na próxima, nós vamos tratar na próxima. Pronto.

[Min. Gilmar Mendes]: É que, agora, Vossa Excelência tinha trazido... Na sessão de hoje...

[Min. Alexandre de Moraes]: Não. Vossa Excelência trouxe isso na sessão virtual. Foi Vossa Excelência que trouxe.

[Min. Gilmar Mendes]: Mas, eu digo agora... Não, e eu estou convencido da correção da tese, na medida em que julgamos improcedente e, portanto, declaramos a constitucionalidade da lei, estamos resolvendo *ipsis iure* também o caso do RE.

[Min. Alexandre de Moraes]: Não. Não necessariamente, Ministro Gilmar. Não necessariamente.

[Min. Luís Roberto Barroso]: Eu penso assim, também, até porque... e aí voltamos se chegarmos ao recurso extraordinário, quando o Superior Tribunal de Justiça deixou de aplicar o artigo 3º na sua textualidade, o que ele fez foi declarar incidentalmente a inconstitucionalidade. E aí teria que voltar porque não observou a reserva de plenário. Essa é a discussão lá.

[Min. Gilmar Mendes]: É o artigo 10... É a súmula [vinculante] 10.

[Min. Alexandre de Moraes]: Essa é outra questão importante porque, na repercussão geral, seis ministros entenderam que não havia necessidade de aplicar o art. 97 [da CRFB/1988] porque ele [o STJ] deu interpretação, não declarou inconstitucional.

[Min. Luís Roberto Barroso]: Eu só estou dizendo que eu continuo a achar o que Vossa Excelência também em algum momento achou, tanto que julgou procedente em parte para interpretar conforme.

[Min. Alexandre de Moraes]: Só porque Vossas Excelências trouxeram essa discussão – como embargos infringentes.

[Min. Luís Roberto Barroso]: Olha, eu acho que a discussão, ela é embutida. Quando você...

[Min. Gilmar Mendes]: É inseparável.

[Min. Luís Roberto Barroso]: Se você estabelece que é constitucional e alguém está deixando de aplicar, só há um fundamento para deixar de aplicar uma regra: é se ela for inconstitucional.

[Min. Alexandre de Moraes]: Não está deixando de aplicar, está interpretando em conjunto com as outras. Mas, no final, nós, dependendo da votação, discutiremos isso.

[Min. Cristiano Zanin]: Ministro Alexandre, só um esclarecimento: na verdade, na cautelar que foi julgada lá no ano 2000, houve uma discussão intensa, inclusive,

expressamente sobre a regra de transição. É um acórdão de mais de 100 páginas e ali os Ministros Sidney Sanches, Moreira Alves... todos discutiram a questão da regra de transição.

[Min. Alexandre de Moraes]: Discutiram a regra de transição, mas não havia, na época, e não discutiram que a regra de transição havia prejudicado – não há uma linha disso.

[Min. André Mendonça]: Isso. Tanto é verdade que...

[Min. Cristiano Zanin]: Porque, à época não tinha...

[Min. André Mendonça]: Perdão.

[Min. Cristiano Zanin]: Estava uma discussão à luz do art. 201 da Constituição, se o sistema atuarial foi observado.

[Min. Alexandre de Moraes]: Mas não havia uma... Não discutiram o retrocesso social e o prejuízo. Não discutiram porque, à época, ainda não tinha, realmente – era um ano depois –, ainda não tinham percebido isso.

[Min. Cristiano Zanin]: Foram feitas todas as análises. E, aí, no sistema atuarial, evidentemente, que há quem ganha e quem perde, para se prestigiar efetivamente a inteireza do sistema previdenciário.

[Min. Luís Roberto Barroso]: O art. 3º diz assim: para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do regime geral, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos tais e quais.

Portanto...

[Min. Gilmar Mendes]: Portanto, a questão do direito adquirido estava totalmente...

[Min. Luís Roberto Barroso]: Equacionada.

[Min. Gilmar Mendes]: Concentrada no art. 3º.

[Min. Luís Roberto Barroso]: E aqui está dito: aos que ainda não adquiriram o direito se aplica esta regra. Para não aplicar essa regra tem que dizer que ela não vale.

[Min. André Mendonça]: Mas eu tanto divirjo disso, com a devida vênia, que se fosse isso, nós não poderíamos estar julgando de forma diferente na repercussão geral. São questões que se interconectam, se complementam...

[Min. Luís Roberto Barroso]: O fato de se ter errado na repercussão geral não impede a gente de acertar agora.

[Min. Edson Fachin]: Mas a maioria acha que acertou.

[Min. Alexandre de Moraes]: Achar que a maioria errou é, realmente, impressionante.

[Min. Gilmar Mendes]: Não é disso que se cuida. Na verdade...

[Min. Alexandre de Moraes]: É disso que se cuida, sim.

[Min. Gilmar Mendes]: Não, não é disso que se cuida. Na verdade, aqui, o que há é, de fato, um jogo em que a toda hora o tema se renova. É o eterno “retornelo”. Porque...

[Min. Alexandre de Moraes]: Esse é o retorno, agora, porque nós já julgamos antes.

[Min. Gilmar Mendes]: Não, não, não. É o recálculo a partir de situações que vão se colocando no tempo e, de fato, eternizam-se as demandas.

[Min. Luís Roberto Barroso]: Ministro Gilmar, eu estou votando na ação direta da mesma forma que eu votei na repercussão geral. Ninguém pode me obrigar a votar diferente do que eu acho que é o certo.

[Min. Gilmar Mendes]: Não estou imputando o juízo, estou dizendo: as partes passam a construir casos a partir de situações que vão se colocando. Agora, é mais benéfico fazer esta ou aquela conta. Qual sistema atuarial que suporta esse tipo de consideração? Isso faz-me lembrar [Pedro] Malan, quando disse que, no Brasil, até o passado é incerto. De fato, aqui, é isso, quer dizer, sempre vai se recalculando e, daqui a pouco, se desdiz. É isso que está em jogo.

Primeiro, tem-se que, ao afirmar que haveria, na prática, efeitos infringentes às ADI's que se encontravam em julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes fez referência ao fato de que a tese jurídica oriunda do recurso extraordinário com repercussão geral já havia sido fixada, inclusive com possibilidade de aplicação pelos Tribunais, de modo que, restaria tão somente a verificação de acolhimento dos embargos de declaração – que poderiam, sim, receber efeitos infringentes, mas na exata delimitação jurídica do recurso extraordinário.

Conforme dispõe o art. 1.022, CPC, os embargos de declaração se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição, de modo que, conforme é de jurisprudência pacífica do próprio Supremo Tribunal Federal, “não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material” (Brasil, 2022b, 1-2).

O que ocorreu, aparentemente, foi uma opção política – que não se traduz em ilícito, ressalte-se. Caso os embargos opostos em face do julgamento do Recurso Extraordinário houvessem sido pautados anteriormente às ADI's, há uma razoável certeza de que o desfecho da tese seria outro, com tão somente, quando muito, a realização de uma modulação dos efeitos do julgado. Os jurisdicionados e, mesmo, os advogados foram surpreendidos com a derrubada da tese.

A esse respeito, repisa-se o conceito de *signaling*, justamente utilizado com o fito de “indicar aos interessados a possibilidade de mudança do entendimento judicial”, de modo que “a Corte não distingue o caso, nem revoga o precedente no todo ou em parte, mas manifesta sua preocupação com a justiça da solução nele expressa”. O instrumento representa, assim, “uma das maneiras pelas quais se busca evitar a traição da confiança legítima do jurisdicionado nos precedentes judiciais” (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2017, p. 597).

Ademais, resta cediço que o controle de constitucionalidade funciona segundo a lógica de que, se uma ADI tiver seus pedidos improcedentes, há a natural condução para que se considere o ato normativo questionado como constitucional. Cumpre explicitar, nesse diapasão, os efeitos possíveis da referida declaração, *in verbis*:

Nada obstante, como já se estudou detidamente em capítulo anterior, a decisão que por maioria absoluta venha a considerar constitucional a norma apreciada – como a que julga procedente a ação declaratória ou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade – não impede que mais adiante se venha a impugnar, em controle por via principal, concentrado e abstrato, sua validade. É que, como assentado, podem sobrevir mudanças no ordenamento constitucional, na situação de fato subjacente à norma ou até mesmo na própria percepção do direito que deve prevalecer em relação a determinada matéria. Por essa razão, não preclui para o próprio Supremo Tribunal Federal a possibilidade de voltar a se manifestar sobre a matéria, se assim alvitrar.

Ao contrário do que se passa com o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma, a declaração de sua constitucionalidade não produz qualquer efeito objetivo. De fato, a lei inconstitucional deixa de integrar o sistema ou perde sua eficácia. Mas a lei declarada constitucional continua o seu ciclo normal de vida, dotada de vigência e validade, já agora remarcadas pela certeza jurídica que se formou (Barroso, 2019, p. 318-319)

É dizer: a constitucionalidade, se não verificada, atinge o plano de validade da legislação, razão pela qual resta prejudicada a verificação de eficácia de lei declarada inconstitucional. Todavia, uma vez restando declarada como válida, torna-se possível, por conseguinte, analisar o plano da eficácia, que pode ser traduzido pela “aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de aplicação jurídica” (Silva, 2001, p. 66).

Dessa forma, tem-se que não é possível depreender, automaticamente, que a declaração de constitucionalidade do art. 3º, Lei 9.876/1999, impossibilitaria a interpretação perfilada no bojo da revisão da vida toda que, inclusive, ainda poderia ser alvo de interpretação conforme a constituição, respeitados os seguintes requisitos:

- 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição.
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal (Barroso, 2003, p. 189).

Nesse mesmo sentido, importa ressaltar a necessidade de superação do critério de aplicação “tudo ou nada” das regras, conforme aponta Humberto Ávila (2022, p. 78) em sua obra quanto ao fato de que “as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões” e, para além dessa hipótese, nos casos de “relação entre a regra e suas exceções”. As exceções, por sua vez, devem ser interpretadas da seguinte maneira:

E a exceção pode não estar prevista no ordenamento jurídico, situação em que o aplicador avaliará a importância das razões contrárias à aplicação da regra, sopesando os argumentos favoráveis e os argumentos contrários à criação de uma exceção diante do caso concreto. [...] O importante é que o processo mediante o qual as exceções são constituídas também é um processo de valoração de razões: em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos – isto é, de ponderação (Ávila, 2022, p. 78)

Nesse seguinte, uma interpretação nos mesmos moldes daquela conforme a Constituição seria plenamente possível nesse caso, nos termos, inclusive, do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Representação de Inconstitucionalidade 1.417-7/DF, cujo trecho transcreve-se a seguir:

A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF — em sua função de Corte Constitucional — atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.

Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. [...]

- No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica (Brasil, 1989, p. 169).

Cumprе ressaltar que a interpretação conforme, no âmbito previdenciário, foi, inclusive, operada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento das ADI's 4.878/DF e 5.083/DF. As ações, que foram julgadas em conjunto, tiveram pedidos relativamente parecidos. No caso da ADI 4.878/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República à época, o pedido se deu no sentido de que fosse dada interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 e restasse incluído no âmbito de incidência os menores sob guarda, tendo em vista que somente o enteado e o menor tutelado deveriam ser protegidos, no âmbito da redação do artigo (Brasil, 2021b).

A ADI 5.083/DF, por sua vez, foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e, como pedidos, trazia o requerimento de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no ponto em que alterou o artigo 16, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91 (revogou em parte); ou que lhe fosse conferida interpretação conforme a Constituição; ou que houvesse a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para o fim de que fosse garantido o benefício de pensão por morte ao menor sob guarda dependente de segurado do INSS (Brasil, 2021c).

Quando do julgamento, prestigiando o texto constitucional, o Ministro Edson Fachin, responsável pelo voto condutor do acórdão, julgou procedente a ADI 4.878/DF e parcialmente procedente a ADI 5.083/DF, de modo que foi conferida interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei 8.213/1991, contemplando-se, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”. Como se pode observar, o texto restou mantido e, tão somente ampliando-se o seu escopo, deu-se interpretação conforme (Brasil, 2021b).

A respeito das especificidades que devem ser observadas para a interpretação conforme, na linha do entendimento do Supremo exposto na Representação de Inconstitucionalidade 1.417-7/DF, tem-se que o STJ prestigiou justamente o objetivo do legislador ao julgar o tema da revisão da vida toda, conforme trecho da decisão que citou a exposição de motivos do projeto de lei, transcrito a seguir:

O nosso entendimento é de que o cômputo dos salários-de-contribuição deveria ser realizado apenas a partir de julho de 1994, o que coincide com o período de reduzidos níveis de inflação, com o Plano Real I. Isso permitiria minimizar eventuais distorções causadas pelo processo inflacionário nos rendimentos dos trabalhadores.

De outro lado, ao se exigir que todo o período contributivo seja considerado no cálculo do benefício, estar-se-á prejudicando os segurados que não têm como manter uma contribuição constante e uniforme durante toda a sua vida laboral. Por isso, propomos flexibilizar a aplicação desse mecanismo, admitindo que parte das contribuições vertidas pelo segurado não seja considerada no cálculo do benefício, levando-se em conta apenas as de valor mais elevado. Assim, propõe-se que somente os oitenta por cento maiores salários-de-contribuição percebidos no período contributivo decorrido desde julho de 1994 seja utilizado como base para o cálculo do valor do benefício (Brasil, 2019, p. 11).

Dessa forma, resta evidente que não houve, por parte do legislador, a mera intenção de instituição de novo sistema de cálculo da média contributiva do segurado, mas de promover a proteção àqueles segurados que tivessem contribuições anteriores a 07/1994 que, se consideradas, representariam verdadeiro prejuízo. O acórdão do Tema 999/STJ se manifestou nesta exata medida: “Desse modo, não resta dúvidas, que a opção legislativa deve ser vista em caráter protetivo” (Brasil, 2019, p. 12).

Outrossim, o fato de não se afastar a validade da redação do art. 3º, Lei 9.876/1999, não conduziria, necessariamente, à impossibilidade de manutenção da interpretação fixada no julgamento da revisão da vida toda, podendo-se aplicar a interpretação conforme ao entendimento que validou a tese e, nesse sentido, permitir-se a revisão dos benefícios daqueles segurados que restaram prejudicados pela desconsideração dos seus salários de contribuição que, efetivamente, foram vertidos.

Não obstante, a redação da tese fixada no julgamento das ADI's foi a responsável por desconfigurar o referido cenário, tendo em vista que previu a necessidade de que “o dispositivo legal seja observado de forma cogente pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública, em sua interpretação textual, que não permite exceção” (Brasil, 2024c). Tal inserção, entretanto, deveria ter sido debatida e julgada no âmbito do Tema 1.102/STF.

Ocorre que, como apontou o Ministro André Mendonça, a interpretação vitoriosa nas teses das ADI's deveria ter sido objeto de apreciação quando do julgamento do Recurso Extraordinário – que teve resultado distinto devido, em parte, à configuração da Corte no

momento do julgamento, que possuía outra composição, de modo que parte dos Ministros que votaram de maneira favorável à tese veio a se aposentar no interstício entre sua votação no RE e revogação nas ADI's.

Não se ignora que se tratava de uma tese complexa, mas o respeito à segurança jurídica e a proteção à confiança exigem que eventual mudança de tese se desse por meio de julgamento no âmbito do Recurso Extraordinário 1.276.977/SC, em que já havia tese fixada e milhares de segurados aguardavam tão somente eventual modulação – sendo lhes entregue, entretanto, o cancelamento do tema.

5. Conclusão

A revisão da vida toda não representou a primeira alteração de entendimento judicial na seara previdenciária, de modo que outras ações tiveram análise positiva pelo Superior Tribunal de Justiça e, quando foram vislumbradas pelo Supremo Tribunal Federal, restaram canceladas, como no caso da “desaposentação” e da extensão do adicional de 25% às aposentadorias que não fossem por incapacidade permanente.

O caso do Tema 1.102/STF, porém, resultou em um julgamento emblemático em virtude de ter sido, inicialmente, validado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e, após 2 anos, sem o devido enfrentamento das razões que levariam à alteração do entendimento e apartado de maiores debates e participações dos interessados, ter sido revogado, mediante o julgamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade.

Como foi possível observar, resta plenamente possível que a Suprema Corte altere o seu entendimento. Entretanto, a mudança deve ser fundamentada e se dar de modo a permitir que os interessados participem do julgamento, inclusive mediante audiências públicas, conforme prevê o Código de Processo Civil. Sem esse instrumento, o que se tem é um grave ferimento à segurança jurídica e à proteção da confiança legitimamente depositada no julgamento.

A confiança no sistema previdenciário é condição essencial para a sua existência e pleno funcionamento, mormente no Brasil, em que o sistema oferece ampla gama de autonomia de contribuições para os segurados que não se enquadrem na típica relação de emprego. É necessário, assim, que o segurado identifique que contribui para um sistema que efetivamente integra – de modo que a revisão da vida toda seria um importante mecanismo de favorecimento dessa confiança.

Não obstante e por fim, sendo certo que, até o fechamento deste estudo, os embargos de declaração no recurso extraordinário da revisão da vida toda ainda não haviam sido pautados, espera-se, no sentido de favorecer os debates e cooperar para que a segurança jurídica e a proteção à confiança sejam restabelecidas, que a tese seja novamente confirmada e garantida a plena justiça a milhares de segurados.

Referências

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2003.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula do STF**: Versão Resumida. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 28 mar. 2024.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. 2024a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Petição 12.482/DF**. Tema 692 dos Recursos Repetitivos. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 11 de maio de 2022a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=154035534®istro_numero=201803262812&publicacao_data=20220524. Acesso em: 22 mar. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.381.734/RN**. Tema 979 dos Recursos Repetitivos. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS versus Francisco Eusébio Gaudêncio. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 10 de março de 2021a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1684770&tipo=0&nreg=201301512182&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210423&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 22 mar. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.554.596/SC**. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS versus Vanderlei Martins de Medeiros. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1684770&tipo=0&nreg=201301512182>

&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210423&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 22 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 655.265/DF**. União versus Jaeline Boso Portela de Santana. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator do Acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, Acórdão de 13 de abr. 2016. Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 25 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 955.227/BA**. União versus Braskem S.A. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 08 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357657888&ext=.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF**. Requerente: Confederação das Associações de Microempresas do Brasil. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 15 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.110/DF**. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido dos Trabalhadores – PT. Relator: Min. Nunes Marques. Brasília, 21 de março de 2024. 2024c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1795150>. Acesso em: 26 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.878/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 08 de junho de 2021. 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4332894>. Acesso em: 26 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.083/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Gilmar Mendes. Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 08 de junho de 2021. 2021c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4516931>. Acesso em: 26 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 30.003/SP**. Estado de São Paulo versus Wesley Pinto Oliveira. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 04 de junho de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314571799&ext=.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Reclamação 51.440/DF**. Clarice Pereira Pinto versus Associação de Poupança e Empréstimo Pouplex. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 23 de maio de 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351571601&ext=.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.276.977/DF**. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS versus Vanderlei Martins De Medeiros. Relator: Min. Marco Aurélio; Relator para o Acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de dezembro de 2022. 2024b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5945131> [item “Peças”]. Acesso em: 18 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade 1.417-7/DF. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Volume 41, 1989. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1989. Disponível em:

<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODI2Mw%2C%2C>. Acesso em: 18 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 136 da Repercussão Geral**. Recurso Extraordinário 590.809/RS. Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=282111123&ext=.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA, Carlos Vinicius Ribeiro. **O argumento financeiro na Previdência Social: o falso embate entre a proteção social e a escassez orçamentária**. Curitiba: Juruá, 2023.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5ª. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 9ª edição, atualizada por João Bosco Medeiros. São Paulo: Atlas, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**: atualizado com a Lei 13.256/2016. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MIGALHAS. **Toffoli diz que INSS abrirá mão da sucumbência em revisão da vida toda**. Redação, 03 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/404812/toffoli-diz-que-inss-abrira-mao-da-sucumbencia-em-revisao-da-vida-toda>. Acesso em: 03 abr. 2024.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O ANTAGONISTA. **“Risco sistêmico absurdo”, diz Fux sobre decisão tributária no STF**. YouTube, 14 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fuJkViKu4vs>. Acesso em: 14 mar. 2024.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Atualizado por Maria Fernanda Wirth. 11ª edição, revista e atualizada. Curitiba: Alteridade, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 44ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2022.

SOUZA, Victor. **Proteção e Promoção da Confiança no Direito Previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2018.

STF. **Sessão Plenária (AD)** - Segurado não pode escolher cálculo para benefício da Previdência 22/3/24. YouTube, 22 de março de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GniVxubztgQ>. Acesso em: 25 mar. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

Sobre os autores

Fábio Zambitte Ibrahim: Doutor em Direito (UERJ). Mestre em Direito (PUC-SP). Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Parecerista. ORCID: 0000-0003-1519-0540. E-mail: fabio.zambitte@uol.com.br

Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira: Doutorando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na linha de Direito do Trabalho e Previdenciário (PPGD/UERJ). Mestre em Direito Previdenciário pelo PPGD/UERJ. Graduado em Direito pela UFRRJ. Advogado, sócio do escritório Fábio Zambitte Ibrahim & Advogados. Parecerista. Professor de cursos de graduação e pós-graduação. ORCID: 0000-0002-1983-6743. E-mail: cviniciusf@gmail.com

O Direito à Renda Básica Familiar: a constitucionalização do direito a uma renda mínima no Brasil¹

The Right to a Family Basic Income: the constitutionalisation of the right to a minimum income in Brazil

Ingo Wolfgang Sarlet
Thiago Santos Rocha

Resumo

O presente estudo analisa a configuração do direito a uma Renda Básica Familiar, tal qual introduzido no parágrafo único do art. 6º da Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 114/2021. A pesquisa aborda aspectos relevantes do processo de elaboração da norma, bem como o contexto normativo que a precedeu, em especial o Programa Bolsa Família, o Auxílio Emergencial ao Trabalhador e a Renda Básica de Cidadania, bem como o Mandado de Injunção n. 7300, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da omissão na regulamentação da lei que cria esta última. Analisa-se também o Novo Programa Bolsa Família, que se apresenta como pretensa etapa de implementação da Renda Básica Familiar e da Renda Básica de Cidadania, destacando-se as características normativas que o tornam incoerente com o atendimento de tal propósito. Demonstrem-se as diferenças de desenho entre as políticas de renda mínima e as de renda básica, classificando-se no primeiro grupo o objeto do direito fundamental à Renda Básica Familiar, assim como o dos direitos às prestações das demais políticas de proteção de renda já implementadas no Brasil, e, no segundo grupo, o do direito à Renda Básica de Cidadania, que apenas em suas fases iniciais pode se configurar como uma renda mínima, focalizada na parte mais necessitada da população.

Palavras-chave: Renda Básica Familiar; Renda Mínima; Renda Básica de Cidadania; Direitos Fundamentais; Estado Social.

Abstract

This study analyses the configuration of the right to a Family Basic Income, as introduced in the sole paragraph of art. 6 of the 1988 Constitution, through Constitutional Amendment n. 114/2021. The research addresses relevant aspects of the process of drafting the rule, as well as the normative context that preceded it, in particular the Bolsa Família Programme, the Emergency Aid to Workers and the Citizens' Basic Income, as well as the Writ of Injunction n. 7300, in which the unconstitutionality of the omission to regulate the law creating the latter was recognised. Also analysed is the New Bolsa Família Programme, which is presented as a supposed stage in the implementation of the Family Basic Income and the Citizen's Basic Income, highlighting the normative characteristics that make it inconsistent with fulfilling this purpose. The differences in design between minimum income policies and basic income policies are demonstrated, classifying the object of the fundamental right to a Family Basic Income in the first group, as well as the rights to payments of the other income protection policies already implemented in Brazil, and the right to a Citizen's Basic Income in the second group, which only in its initial stages can be configured as a minimum income, focused on the neediest part of the population.

Keywords: Family Basic Income; Minimum Income; Citizens' Basic Income; Fundamental Rights; Social State.

¹ Este texto é uma versão revista, expandida e atualizada do originalmente publicado em SARLET, Ingo Wolfgang; ROCHA, Thiago Santos. Direito à Renda Básica Familiar (art. 6º, parágrafo único). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur; Almedina; IDP, 2023, pp. 539-545.

1. Introdução

A pandemia de COVID-19 expôs a todas as luzes a inefetividade da estrutura brasileira de proteção social para cumprir a tarefa de erradicar – e não só amenizar – a pobreza e a marginalização social e reduzir as desigualdades sociais e regionais, definida pelo artigo 3º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) como um dos objetivos fundamentais da República.

Ante a necessária contenção da propagação do vírus, foram adotadas medidas de distanciamento social que inviabilizaram – ou, ao menos, alteraram substancialmente – as práticas laborais de um contingente significativo da população brasileira. Todo este movimento amplificou aquilo que já era realidade para grande parte da sociedade brasileira, a qual, mesmo antes da pandemia, já se encontrava fora do mercado laboral, ou inserida de forma precária, e, por via de consequência, privada de uma quantidade mínima de recursos para suprir suas necessidades básicas. Em outros termos, as medidas de contenção sanitária adotadas durante a pandemia colocaram em xeque os já esgarçados limites de uma estrutura de proteção social que possui como seu eixo central a cada vez mais escassa figura do emprego.

De fato, não se pode ignorar a importância que o trabalho remunerado por outrem, uma das possíveis formas de execução do trabalho em uma sociedade, assume no arcabouço constitucional. Isto resta claro, por exemplo, em dispositivos que tratam do direito ao trabalho (artigo 6º, *caput*, CF/88), dos direitos laborais (artigo 7º, CF/88), das políticas de pleno emprego (artigo 170, VIII, CF/88), da configuração da seguridade social por meio de medidas previdenciárias contributivas (artigo 201, CF/88) e da promoção da integração no mercado de trabalho como objetivo de políticas de assistência social (artigo 203, III, CF/88).

Entretanto, reconhecer a relevância da figura do emprego para o projeto constitucional não implica em acreditar na sua efetividade, ou mesmo eficácia, para, isoladamente, atingir o pleno cumprimento do mandado que, nos termos do objetivo fundamental acima referido, caracteriza o paradigma do Estado social brasileiro. Some-se a isto o fato de que o uso das inovações tecnológicas, cada vez mais presente em diversos setores da economia, intima as

² SARLET, Ingo Wolfgang; ROCHA, Thiago Santos. O Direito à Renda Básica Familiar: a constitucionalização do direito a uma renda mínima no Brasil. **Labuta**, v. 1, n. 1, p. 83-106, jan./jun. 2024.

³ Sarlet, I. W., & Rocha, T. S. (2024). O Direito à Renda Básica Familiar: a constitucionalização do direito a uma renda mínima no Brasil. **Labuta**, 1(1), 83-106.

disciplinas especializadas a refletirem sobre as consequências da crescente automatização das mais diversas atividades até então exclusivamente desempenhadas pelo trabalho humano. Assim, o atendimento do inciso III do artigo 3º não só autoriza, como, em determinados casos – notadamente aqueles em que se alia ao respeito à dignidade da pessoa humana –, pode exigir a adoção de medidas públicas totalmente desvinculadas da inserção laboral e, inclusive, diversas daquelas expressamente previstas, genérica ou especificamente, no texto constitucional.

2. Contexto histórico da norma

O Auxílio Emergencial ao Trabalhador (AET) foi a resposta infraconstitucional, imediata e temporária, encontrada pelo Estado brasileiro para amortecer os impactos da pandemia de COVID-19 sobre a renda das pessoas que dependiam da venda permanente de sua mão de obra para o acesso às condições materiais de vida.

Criado pela Lei n. 13.982, em 2 de abril de 2020, como medida para garantir uma renda mínima à população com menores rendimentos durante a pandemia de COVID-19, o AET foi prorrogado pela Medida Provisória n. 1.000/2020 e pela Medida Provisória n. 1.039/2021. No total, o programa foi pago em 9 parcelas mensais em 2020 e 7 em 2021. O valor base, inicialmente de R\$ 600,00 por pessoa, sofreu um decréscimo ao longo de sua duração, sendo de R\$ 250,00 em seus últimos meses. O AET, embora pago individualmente, era baseado na renda familiar per capita e limitado a duas pessoas por família.

A implementação do AET sublinhou a insuficiência das medidas de proteção de renda até então vigentes. Devido às condições legais restritivas de elegibilidade para o Benefício de Prestação Continuada (BPC), em 2020 este alcançou apenas 3,1% de todas as famílias brasileiras. No mesmo ano, o Programa Bolsa Família (PBF) atingiu 7,2% dos lares. Entretanto, no mesmo período, além das beneficiárias do BPC e do PBF, 23,7% das famílias brasileiras se viram forçadas a recorrer a outros programas sociais, principalmente o AET (IBGE, 2021, p. 8). Isso sem ignorar a variedade de elementos que dificultaram o acesso dos indivíduos à prestação (Barbosa; Sarlet, 2022, p. 139).

Mesmo com o AET, de acordo com os dados de 2021, após o recebimento de todas as prestações públicas, 29,4% da população brasileira vivia em situação de pobreza, com renda mensal inferior a R\$ 486,00 (US\$ 5,50 PPC 2011/dia), enquanto 8,4% estavam em situação de extrema pobreza, com menos de R\$ 168,00 por mês (US\$ 1,90 PPC 2011/dia), conforme

critérios internacionalmente adotados pelo Banco Mundial (IBGE, 2022, p. 61). Além disso, no final de 2021 e início de 2022, 58,7% da população vivia sob algum grau de insegurança alimentar e 15,5% das pessoas no Brasil estavam passando fome (Rede Penssan, 2022, p. 37).

Foi neste contexto histórico que a Emenda Constitucional n. 114, de 16 de dezembro de 2021, introduziu o parágrafo único no artigo 6º da Constituição do Brasil de 1988, incluindo no rol dos direitos sociais fundamentais expressos a previsão do direito a uma “renda básica familiar” (RBF). Em linha com a dimensão objetiva da norma jusfundamental que se extrai deste enunciado, a referida Emenda também inseriu entre os objetivos expressos da assistência social “a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza” (artigo 203, VI).

Seguindo-se o fio imediato dos debates e das proposições que resultaram na EC n. 114/2021, verifica-se que ela é fruto da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 46/2021 que, por sua vez, congregava temas originalmente constantes na PEC 23/2021, mas foram desmembrados desta por não encontrarem consenso entre as casas congressuais no processo constituinte reformador que resultou na EC n. 113/2021, a primeira parte da chamada “PEC dos Precatórios”.

Tomando-se como referência o debate político que a precedeu, a positivação do direito fundamental à RBF não constitui o único e, sob certa perspectiva, tampouco o principal objetivo da PEC n. 46/2021, que veio a ser conhecida como a segunda parte da “PEC dos Precatórios”. Em um texto normativo que apresenta em sua ementa o objetivo de “estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências”, claro está que a modificação ora sob comento encontra abrigo nas secundárias, e talvez disfarçadas, “outras providências”.

A proposta de criação do direito à RBF sequer estava presente na versão inicial da PEC 23/2021, sendo introduzida durante a sua tramitação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, a partir da proposição da Emenda n. 18⁴, parcialmente acolhida pela CCJ em 30 de novembro de 2021.

⁴ A Emenda n. 18 à PEC 23/2021 propunha que: “Art. A Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 6º (...) § 1º Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade de renda terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em Lei. § 2º A renda básica familiar de que trata o § 1º do art. 6º será instituída por lei, devendo sua implementação considerar, no mínimo, os seguintes aspectos: I – priorização dos cidadãos em situação de insuficiência de renda; II – articulação ao Sistema Único de Assistência Social; III – reajuste periódico dos benefícios e linhas de pobreza e extrema pobreza, de acordo com índice oficial de inflação; IV – previsão de condicionalidades relacionadas à saúde e à frequência escolar.’”

Uma vez que, em seu conjunto, as normas que constituíam a “PEC dos Precatórios” permitiam o aumento dos valores dos benefícios de assistência social, a motivação da Emenda n. 18 era, em linhas gerais, assegurar que a ampliação dos valores destinados aos programas de transferência de renda não fosse casuística e exclusivamente realizada em ano eleitoral, mas sim fizesse parte da atualização das quantias de um programa permanente de transferência de renda.

A Emenda n. 18 não se tratava de ideia totalmente nova entre as proposições de reforma constitucional, haja vista que ela fora expressamente inspirada na PEC n. 29/2020⁵ que, apresentada em 13 de agosto de 2020 no Senado Federal, já se encontrava, desde novembro de 2021, aprovada nesta casa e tramitando na Câmara dos Deputados. Assim, a partir da instigação expressa na Emenda n. 18, ao longo dos debates no Senado Federal, acordou-se que se incluiria na PEC n. 23/2021 o teor da PEC 29/2020 e, para tanto, apresentou-se a Emenda n. 79 do Plenário do Senado Federal.⁶ Entretanto, o enunciado da Emenda 79, que é o mesmo que veio a ser aprovado na EC n. 114/2021, além de se afastar bastante da proposta da Emenda n. 18 à PEC 23/2021, não coincide exatamente com o da PEC 29/2020.

A redação apresentada pela Emenda n. 18 era algo mais detalhada do que o texto que veio a figurar na Constituição. Note-se que por mais detalhada não necessariamente se entende mais bem elaborada ou abrangente no que se refere ao conteúdo do direito. A análise do contraste entre as diferenças entre o texto da Emenda n. 18, o da PEC 29/2020 e aquele que fora aprovado, mais do que um valor histórico vinculado à origem da norma, contribui para o entendimento dos elementos definidores do direito fundamental sob comento.

A primeira diferença que merece referência é que o texto da Emenda n. 18 trazia a RBF como direito de “todo brasileiro em situação de vulnerabilidade de renda”, ao passo que o texto aprovado trata de “vulnerabilidade social”, expressão mais ampla que a proposta pela Emenda n. 18, uma vez que permite que a legislação que regulamente o exercício do direito configure a situação de vulnerabilidade social a partir de causas diversas da insuficiência de renda, ou mesmo por uma perspectiva multidimensional, pautada na combinação de mais de uma causa de vulnerabilidade.

⁵ Segundo proposto pela PEC 29/2020: “Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: ‘Art. 6º (...) Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade de renda terá direito a uma renda básica, garantida pelo poder público, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei.’ (NR). Art. 2º A renda básica de que trata o parágrafo único do art. 6º da Constituição Federal será instituída por lei, que poderá prever sua implementação por etapas, priorizando os cidadãos em situação de insuficiência de renda.”

⁶ Veja-se o Parecer n. 328, de 2 de dezembro de 2021, do Plenário do Senado Federal.

Assim, ao adotar o gênero “vulnerabilidade social”, do qual a “vulnerabilidade de renda” é uma das tantas espécies possíveis, o enunciado reconhece que a insuficiência de renda, embora tenha o potencial de amplificar os efeitos das demais causas de vulnerabilidade social, não é o único elemento de vulnerabilidade que pode habilitar o sujeito titular do direito (“todo brasileiro”) ao seu efetivo exercício, nos termos a serem definidos em lei.

Por óbvio, ao se tratar de um direito a uma prestação econômica, ele traz inerente a si a ideia de que a situação de vulnerabilidade que habilita o seu exercício tem por causa direta, ao menos em parte, a ausência de recursos materiais que, portanto, pode ser equacionada, ou ao menos mitigada, por meio da garantia de uma quantia mínima de recursos pelos poderes públicos.

Na mesma linha do enfoque na vulnerabilidade de renda, o texto da Emenda n. 18 estabelecia que um dos aspectos mínimos da legislação de implementação do “direito à renda básica familiar” seria a “priorização dos cidadãos em situação de insuficiência de renda”, previsão esta ausente no texto aprovado.

Tanto a especificação da renda como causa da vulnerabilidade, quanto a priorização da parte da cidadania em situação de insuficiência de renda, guardam relação direta com o já então previsto pela PEC 29/2020. Entretanto, uma característica não considerada pela PEC 29/2020, mas proposta pela Emenda n. 18 à PEC 23/2021 e aprovada no texto EC n. 114/2021 é a de que a renda básica teria caráter familiar. Como se verá mais adiante, tal elemento é de grande importância para a classificação da política pública de implementação e garantia do direito em questão entre os diversos tipos de política de transferência de renda.

Outro aspecto mínimo que, segundo o texto proposto pela Emenda n. 18, deveria ser levado em conta pela legislação de implementação do direito, era o reajuste periódico, não só dos valores dos benefícios, mas das linhas de pobreza e de extrema pobreza – que tradicionalmente orientam a focalização dos benefícios assistenciais –, de acordo com o índice oficial de inflação. Não confessados são os motivos que levaram à não aprovação deste enunciado como parte da norma. Fato é que representaria um grande aporte para a estabilidade das políticas de transferência de renda no Brasil.

Isto porque, ao contrário do que ocorre, por exemplo, em países da União Europeia, que se valem dos critérios do Serviço de Estatística da União Europeia (Eurostat), no Brasil, não há uma linha de pobreza monetária oficial. Assim, a análise da pobreza, e das políticas públicas que se orientam em torno dela, fundamenta-se em diferentes critérios e indicadores que coexistem, de modo que os termos “pobre”, “pobreza” ou “extrema pobreza” podem adquirir diferentes conteúdos semânticos de acordo com os critérios utilizados.

Entre aqueles que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) considera como principais indicadores de pobreza monetária no Brasil, conforme o último relatório Síntese de Indicadores Sociais, publicado em dezembro de 2023 com dados referentes a 2022 e todos eles tendo por referência a linha de renda mensal per capita, existem nada menos que 5 linhas de pobreza diferentes, e 3 de extrema pobreza. Aponte-se que, dentre tais linhas, as mais baixas eram as adotadas pelo Programa Auxílio Brasil (PAB) que, assim o como seu predecessor, o PBF, não acompanharam a atualização de outros benefícios, como, por exemplo, o Benefício de Prestação Continuada (BPC), justamente por não terem seus valores periodicamente atualizados pela aplicação de algum indicador (IBGE, 2023, p. 72).

Assim, a redação apresentada pela Emenda n. 18, embora não tratasse da criação de um índice oficial para objetiva e permanentemente mensurar a pobreza e a extrema pobreza, pretendia levar ao âmbito constitucional a segurança de uma atualização periódica e conforme o índice oficial de inflação de suas quantias referenciais, da prestação da RBF e, por via de consequência, de outros benefícios eventualmente a elas relacionados.

Por fim, não pode passar despercebido que o texto da EC n. 114/2021 não acolheu a previsão da Emenda n. 18 à PEC 23/2021 no sentido de que a legislação de implementação da RBF deveria prever, entre seus elementos mínimos, condicionalidades relacionadas à saúde e a frequência escolar, bem como não acrescentou qualquer outra imposição de conduta à vida das pessoas receptoras da prestação.

3. O caráter inovador da norma

O direito à RBF, como um direito subjetivo de todas as pessoas brasileiras, a ser por elas exercido quando se encontrem em situação de vulnerabilidade social, e que tem por objeto específico uma prestação monetária, apresenta um aspecto que pode se considerar inovador no constitucionalismo brasileiro.

A novidade se dá não por atribuir às pessoas brasileiras a titularidade de um direito fundamental a medidas de assistência social, a ser exercido quando se cumpram os requisitos que configurem a situação de vulnerabilidade social. De certa forma, como direito à “assistência aos desamparados” (artigo 6º, *caput*), por meio de uma estrutura objetiva destinada a atender “a quem dela necessitar” (artigo 203, *caput*), isto já estava presente na própria CF/88, desde sua versão originalmente promulgada.

Tampouco é algo novo a previsão constitucional de uma prestação monetária assistencial como objeto de um direito fundamental, haja vista a já existência, também na própria CF/88, da garantia do benefício de prestação continuada (BPC), devido a toda pessoa portadora de deficiência ou idosa que não tenha recursos pessoais ou familiares para a sua manutenção (artigo 203, V). Ademais, para além de deixar clara a natureza pecuniária da prestação do BPC, referido enunciado determina a sua periodicidade mensal e a sua quantia equivalente a um salário mínimo, elementos que contribuem para a uma prestação com contornos constitucionais melhor delineados do que os do direito à RBF.

Ao comparar-se com os seus antecessores, o que o direito fundamental criado pela EC n. 114/2021 traz de inovador em sua estrutura é a combinação da especificação da prestação pecuniária, definida como elemento necessário do objeto do direito, com um requisito de exercício que, embora delimite dentro da universalidade das pessoas titulares aquelas se encontram aptas a aceder à prestação em determinado momento histórico, não o faz de forma a delimitar um único grupo dentre todos aqueles socialmente vulneráveis, como seria um direito cujo exercício fosse exclusivamente atribuído a, por exemplo, pessoas menores, idosas, desempregadas, com deficiência ou historicamente discriminadas.

Como fruto das diferentes fases e manifestações do constitucionalismo social, uma parte significativa das Constituições estrangeiras hoje vigentes trazem medidas de assistência social como ferramentas de implementação do mandato do Estado social e, portanto, orientadas à promoção das condições para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos sejam reais e efetivas.

Todavia, ainda que recorrentes as previsões genéricas sobre a assistência social, seja desde sua perspectiva objetiva, como uma garantia institucional ou um princípio informador da estrutura prestacional do Estado, seja como um direito a medidas assistenciais genericamente consideradas, sempre tendo-se em vista os obstáculos à plena eficácia de tais normas, não é usual a previsão de um direito a uma prestação pecuniária específica destinada a uma situação genérica – desvinculada de uma causa determinada – de vulnerabilidade social.

Ao deixar ampla margem para os poderes constituídos na conformação da estrutura de implementação da assistência social, ou mesmo do regime jurídico de exercício de um direito fundamental à assistência – nos casos em que se pode extrair uma dimensão subjetiva da norma constitucional –, não são raras as situações em que o Poder Legislativo de determinado país tenha escolhido, entre as tantas ferramentas possíveis, uma política pública de garantia de renda mínima com características semelhantes – respeitadas as devidas especificidades de cada contexto – ao conteúdo do direito do parágrafo único artigo 6º da CF/88. De certa forma,

atualmente, esta é uma característica comum, por exemplo, a todos os sistemas de proteção social dos países da União Europeia (Álvarez Alonso, 2022), sendo um dos mais recentes o Ingresso Mínimo Vital implementado em Espanha, por meio do Real Decreto-Lei 20/2020, de 29 de maio, posteriormente convertido na Lei 19/2021, de 20 de dezembro.

Entretanto, por mais que construções doutrinárias e jurisprudenciais como a proibição do retrocesso social possam ter acolhida majoritária em determinados ordenamentos estrangeiros, funcionando como ponto de não retorno do estágio de desenvolvimento de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais, como são as políticas de garantia de renda mínima, isso não equivale a afirmar que estas específicas políticas foram uma escolha direta e vinculante do poder constituinte, tal como ocorreu no Brasil por meio da EC n. 114/2021.

Entre as raras normas constitucionais estrangeiras que se aproximam do caso brasileiro, merece referência o artigo 12 da Constituição Federal da Confederação Suíça de 1999⁷.

4. Alinhamento com normas e documentos de Direito Internacional

Embora não sejam previsões específicas de um direito a uma renda mínima, há, no âmbito do Direito Internacional, alguns documentos que merecem referência neste estudo, na medida em que tratam, ainda que de modo genérico, da importância da erradicação da pobreza e da garantia de um nível adequado de vida para a garantia do sistema de direitos humanos.

De acordo com o artigo 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), todas as pessoas, e não apenas as que possuam um trabalho ou adotem determinada conduta de vida, têm direito a um padrão de vida adequado, ou seja, um padrão que garanta a saúde e o bem-estar para si e para sua família. Para indicar o conteúdo mínimo do bem-estar que os Estados Partes devem garantir, o mesmo artigo 25.1 afirma que deve ser dada atenção especial à alimentação, ao vestuário, à moradia, à assistência médica e aos serviços sociais necessários. Além disso, todas as pessoas devem ter assegurado o acesso aos meios de subsistência caso os percam por motivos alheios à sua vontade.

Ressalte-se que, como já apontado pelo STF, o direito a uma vida digna, previsto no artigo 25.1 da DUDH/ONU, alinha-se ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º,

⁷ “Art. 12. Direito à assistência quando em situação de necessidade. As pessoas necessitadas e incapazes de prover seu próprio sustento têm direito a assistência e cuidados, bem como aos meios financeiros necessários para um padrão de vida decente.” NT: tradução livre a partir da versão em inglês disponibilizada em THE FEDERAL COUNCIL OF SWITZERLAND. **Fedlex. The publication platform for federal law.** Disponível em <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/em> Acesso em: 27 mar. 2024.

III, CF/88) e ao objetivo de erradicação da pobreza e da marginalização social (artigo 3º, III, CF/88) na fundamentação de um direito ao mínimo existencial, que é intangível mesmo ante a suposta escassez de recursos públicos cuja gestão e destinação é de responsabilidade dos poderes constituídos⁸.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), por sua vez, nos termos do artigo 11.1, além de prever o reconhecimento do direito a um nível de vida adequado para toda pessoa e sua família, inclui no objeto desse direito a melhoria contínua das condições de existência, de modo que a configuração de estruturas públicas e sociais que permitam ou mesmo promovam o retrocesso das condições de vida dos indivíduos e grupos mais vulneráveis não seria coerente com essa disposição.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) da ONU já enfatizou que a indivisibilidade, a inter-relação e a interdependência dos direitos humanos não podem ser confundidas com o entendimento de que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais será uma consequência necessária e secundária de outro fato, mesmo que este seja o gozo dos direitos civis e políticos. Acreditar no contrário não encontra respaldo nos princípios básicos dos direitos humanos, muito menos na realidade. Portanto, ambos grupos de direitos necessitam de políticas públicas especialmente desenhadas para garanti-los, de modo que a promoção da estrutura de proteção social deve ser realizada a partir de uma perspectiva de direitos, e não ser vista como um ato de caridade ou generosidade⁹.

Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH) já declarou que o conteúdo dos direitos civis do PIDCP, como o direito à vida¹⁰, e dos direitos políticos, como o direito ao voto¹¹, obrigam o Estado a tomar medidas positivas para evitar que situações como a pobreza e a falta de moradia impeçam as pessoas de exercer tais direitos.

A Carta da Organização dos Estados Americanos inclui entre seus objetivos essenciais (artigo 3) a erradicação da pobreza crítica, identificando-a, em uma perspectiva semelhante à da Convenção da Filadélfia de 1944, como um obstáculo ao livre desenvolvimento democrático dos povos do hemisfério. Juntamente com a erradicação da pobreza, a OEA manifesta o propósito de promover o desenvolvimento não apenas econômico, mas também social e cultural por meio da ação cooperativa. Esses objetivos alinham-se aos princípios reafirmados pelos Estados membros da OEA, entre os quais está o reconhecimento de que a eliminação da

⁸ STF, ARE 639337 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2º T, j. 23/08/2011, DJe 15/09/2011

⁹ Vide Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1993, parag. 1, 3, 5 y 10.

¹⁰ Vide Human Rights Committee, 1982, parag. 5, 1999, parag. 12, 2018, parag. 26.

¹¹ Vide Human Rights Committee, 1996, parag. 12.

pobreza, além de ser um fim em si mesmo, é parte essencial da promoção e consolidação da democracia representativa e, portanto, uma responsabilidade comum e compartilhada dos Estados americanos. Na mesma linha, a justiça social e a segurança são afirmadas pelo Artigo 3 da Carta da Organização como os fundamentos para uma paz duradoura.

5. O conteúdo do direito

O direito sob comento possui como objeto uma “renda básica familiar”, ou seja, uma prestação material em moeda, que não se confunde com a entrega de bens ou a prestação de serviços, que deve ser regular e periódica, na medida em que assegurada por uma estrutura permanente de transferência de renda, e deve ser suficiente para, aliada a outras medidas levadas a cabo pelos poderes públicos, afastar a situação de vulnerabilidade social.

Ao ser uma quantia básica que ataca diretamente as causas de vulnerabilidade ocasionadas ou agravadas pela insuficiência de ingressos, não se pode afirmar que tal direito se destina a assegurar, integral e isoladamente, um mínimo existencial a toda a população socialmente vulnerável. Como muito, a depender da configuração legal a ser dada à situação de vulnerabilidade social, será uma ferramenta apta a suprir necessidades fisiológicas, o mínimo vital, a parte mais elementar do mínimo existencial. Em outros termos, a RBF insere-se no arcabouço das medidas constitucionalmente previstas para dar concreção ao paradigma do Estado social e, em conjunto e de forma coordenada com outras ferramentas, assegurar o direito ao mínimo existencial. O enunciado constitucional deixa ainda claro que faz parte do conteúdo do direito uma prestação normativa, definidora de normas e requisitos de acesso.

Note-se, também, que o direito a um mínimo existencial, de acordo com a concepção de matriz germânica recepcionada no Brasil, não se limita ao chamado mínimo vital (mínimo existencial fisiológico), mas abarca o mínimo sociocultural, que visa assegurar as condições materiais básicas para o livre desenvolvimento da personalidade, mediante acesso a educação, saúde (que vai além da mera preservação da vida), moradia digna, cultura e possibilidade de participação crítica na formação da vontade política, citando-se aqui os mais importantes.

Relembrando-se a conhecida categorização proposta por Robert Alexy (2017, p. 499), o direito à RBF se caracteriza como direito a uma prestação fática (direito à prestação em sentido estrito), pois, embora sua consecução exija a estruturação de uma cadeia de ações, inclusive algumas normativas, implica um resultado material (entrega de um valor específico a cada titular) que independe da forma jurídica para sua consecução.

Enquanto a dimensão positiva do direito faz-se notar na obrigação de entrega da quantia pecuniária ao indivíduo titular, e em todas as obrigações acessórias a ela referentes, a dimensão negativa, relacionada aos deveres de respeito e proteção, faz-se perceptível em aspectos como a isenção dessa quantia pecuniária perante a ação tributária do Estado, bem como a sua impenhorabilidade diante de qualquer tipo de atividade executória, seja ela voltada à satisfação das demandas do poder público ou da iniciativa privada. Embora não expressamente previstos no enunciado, negar a existência destes aspectos da dimensão negativa do direito seria ignorar a sua inerente relação com a garantia do mínimo existencial.

No que se refere aos seus destinatários, o enunciado normativo determina que caberá ao “poder público” as prestações relacionadas à garantia do direito. Como o objeto do direito claramente se encaixa nas delimitações constitucionais da assistência social (artigo 203, VI, CF/88), a sua estrutura de proteção se insere na macroestrutura da seguridade social, tratando-se de competência legislativa privativa da União (art. 22, XXIII, CF/88).

A depender dos elementos utilizados pela legislação federal para a configuração da situação de vulnerabilidade social, deverá observar-se a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 24 do CF/88, para legislar sobre alguns aspectos específicos que possam se relacionar com a proteção e a integração social das pessoas com deficiência (art. 24, XIV) e a proteção à infância e à juventude (art. 24, XV).

Além disso, todos os entes federativos podem ser envolvidos na implementação da RBF, na medida em que faz parte da competência material comum de todos eles combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (artigo 23, X). Ademais, não se pode afastar a eficácia horizontal do direito à RBF, notadamente em situações como, por exemplo, a já mencionada impenhorabilidade ante a execução por dívidas de natureza privada.

Analisando-se a titularidade do direito à RBF, ela é indistintamente atribuída a “todo brasileiro”, mesmo que o seu exercício esteja restrito à situação de vulnerabilidade social. Assim, a EC n. 114/2021 introduziu uma especificação que, até então, não constava no âmbito dos direitos fundamentais sociais expressamente previstos na Constituição, qual seja, a de que tal direito será de titularidade das pessoas de nacionalidade brasileira. Se, por um lado, tal opção não inclui – ao menos expressamente – as pessoas estrangeiras residentes no Brasil, por outro alcança aquelas de nacionalidade brasileira independente de sua residência. Além disso, deixa igualmente de abranger as estrangeiras não residentes.

É claro que nada impede a legislação estender tal direito às pessoas estrangeiras residentes no Brasil e mesmo às não residentes, visto que tanto a doutrina prevalente quanto a

jurisprudência do STF reconhecem que estrangeiros não residentes são, em determinados casos, titulares de direitos fundamentais, inclusive de alguns direitos sociais, sobretudo quando envolvam exigências da dignidade da pessoa humana.

Ademais, esta possível extensão estaria em linha com a universalidade específica que decorre do art. 203 da CF/88, no sentido que a assistência social “será prestada a quem dela necessitar”. Nessa mesma linha, veja-se, por exemplo, a decisão proferida pelo STF no caso paradigmático RE 587.970,¹² reconhecendo que a titularidade do Benefício de Prestação Continuada (art. 203, V, CR/88) alcança não só os brasileiros natos e naturalizados, mas também os estrangeiros residentes no país, atendidos os requisitos constitucionais e legais.

Mais questionável seria eventual tentativa dos poderes constituídos, entre eles o Legislativo, de limitar a titularidade de tal direito de modo a excluir as pessoas brasileiras pelo fato único de não residirem no Brasil. Isso porque, além do respeito à isonomia (art. 5º, *caput*), a discricionariedade do Legislativo ao estabelecer as “normas e requisitos de acesso” para operacionalizar o programa de transferência de renda, tal qual lhe incumbiu o parágrafo único do artigo 6º, não alcança o poder de limitar o que a própria Constituição considera como “brasileiros” (art. 12).

É certo que, entre as “normas e requisitos de acesso” se encontra o detalhamento dos requisitos de exercício do direito fundamental à RBF. Todavia, estes requisitos não podem ser tais que desvirtuem a titularidade do direito. No que se refere ao sujeito deste direito, cabe ao Poder Legislativo definir o que se entende por “situação de vulnerabilidade social”, sendo constitucionalmente legítimas tão somente as limitações relacionadas a este requisito, como a fixação de critérios objetivos para sua caracterização, a exigência de participação em um cadastro público, entre outras.

Tal como positivado pela EC n. 114/2021, o direito à RBF consiste em um direito que tem por foco as pessoas brasileiras em situação de vulnerabilidade social, mas incondicionado, ou seja, compete ao Legislativo definir qual parte da cidadania brasileira será considerada socialmente vulnerável, mas não impor qualquer outra condição para que a pessoa que comprove tal situação exerça o seu direito fundamental. Desse modo, vincular o exercício de tal direito a, por exemplo, critérios relativos à participação no mercado laboral, no sistema de educação ou no sistema sanitário, não parecem ser elementos razoáveis para a caracterização da vulnerabilidade social, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador não inclui a prerrogativa de ampliar os requisitos para a fruição daquele direito fundamental. Diferente

¹² STF, RE 587.970, rel. min. Marco Aurélio, j. 20/4/2017, P, DJE de 22/9/2017, Tema 173.

seria, por exemplo, se o poder constituinte reformador tivesse optado pela redação sugerida pela Emenda n. 18 à PEC 23/2021, que admitia na configuração do direito à RBF a “previsão de condicionalidades relacionadas à saúde e à frequência escolar”. Não é demasiado lembrar que, ao fim e ao cabo, o objetivo da norma constitucional sob comento é assegurar a parte mais comezinha do mínimo existencial, elemento da dignidade da pessoa humana, cuja garantia possui fundamento constitucional em si mesma, e não deve ser instrumentalizada para se obter do indivíduo determinados comportamentos sociais, por mais virtuosos que possam parecer desde determinada perspectiva.

6. A questão terminológica

O objeto do direito fundamental em questão, como já aludido, é uma “renda básica familiar”. Esta terminologia, por si só, não é capaz de dar a exata compreensão daquilo que o direito assegura a quem dele seja titular. Pelo contrário, ela é bastante infeliz quando se compara o que a íntegra do enunciado constitui com aquilo que a doutrina especializada, nacional e internacional, entende por “renda básica”.

A doutrina especializada define a renda básica como um pagamento periódico, realizado pela comunidade política, em moeda corrente, em valor igual para todas as pessoas, a título individual, sem exigência de comprovação de insuficiência de recursos ou cumprimento de quaisquer condições.¹³ Esta conceituação expõe cinco características importantes: a) regularidade, e não um pagamento único em determinado momento da vida; b) em moeda corrente, e não por entrega de bens ou prestação de serviços; c) individual, e não em base de estruturas coletivas, como a família, o lar ou a unidade econômica; d) universal, a todos os indivíduos de determinada comunidade política independente de sua condição socioeconômica; e e) incondicional, de modo que não se exige de quem a recebe que trabalhe, comprove a busca de trabalho ou tenha qualquer conduta específica em relação à sua vida individual.

Mesmo respeitando-se as cinco características acima descritas, em termos gerais, existe uma diversidade de formas pelas quais uma renda básica pode se relacionar com os demais

¹³ Conforme definição prevista no art. 3º do estatuto vigente da Basic Income Earth Network. “(...) Basic Income, that is, a periodic cash payment delivered to all on an individual basis, without means test or work requirement”. (BIEN, 2020). No mesmo sentido, a literatura especializada: “(...) a basic income as a right, paid in cash (or equivalent) to all individuals regardless of age, gender, marital status, work status and work history”. (STANDING, 2017) “(...) what is now commonly called a basic income: a regular income paid in cash to every individual member of a society, irrespective of income from other sources and with no strings attached.” (VAN PARIJS; VANDERBORGHT, 2017)

elementos de proteção social de um Estado. Frente a isto, a *Basic Income Earth Network* (BIEN), atualmente a principal entidade em escala global na matéria, acertadamente decidiu, em sua Assembleia Geral de 2016, posicionar-se pela defesa de um modelo cuja implementação signifique uma prestação em quantia suficiente para que, em combinação com outros serviços sociais, seja parte de uma estratégia para eliminar, e não somente aliviar, a pobreza material e permitir a participação social e cultural de todos os indivíduos (Yamamori, 2016).

Referida diretriz possui relevância por dois aspectos, que refletem nas considerações jurídico-constitucionais sobre o tema, quais sejam, o de que a renda básica não se trata de uma substituição – ao menos não integral – das demais ferramentas do Estado social, e o de que a renda básica, embora não se destine a, isolada e completamente, assegurar um mínimo existencial, deve desempenhar relevante função – uma verdadeira base – em uma estrutura que seja capaz de alcançar tal finalidade.

Isso permite afirmar que, ao se implementar a renda básica em determinada comunidade política, é razoável que a quantia seja fixada de maneira a, pelo menos, garantir permanentemente um mínimo vital a todas as pessoas, independente da posição que ocupem na estrutura social de distribuição de rendas e patrimônio, deixando aos demais serviços e prestações dos poderes públicos o papel de complementar de modo suficiente a garantia de um “mínimo existencial sociocultural”. Tal complementação assume destacado papel no que se refere ao atendimento de causas de especial vulnerabilidade, que coexistem com a pobreza e, em respeito ao princípio da igualdade material, não podem ser satisfatoriamente atendidas por meio de uma prestação em igual quantia para todas as pessoas.

É prescindível maior aprofundamento em cada uma das características da renda básica para se constatar que não é exatamente este o objeto do direito que se encontra positivado no parágrafo único do artigo 6º. A própria nomenclatura adotada, “renda básica familiar”, indica que a prestação será concedida a uma pessoa titular, mas em benefício de todo o seu grupo familiar, o que implicaria a consideração das características de todos os membros de tal grupo para a aferição da situação de vulnerabilidade social.

Assim, a escolha constitucional não está em linha com a conceituação amplamente difundida de renda básica, que considera inerente ao conteúdo de tal direito o seu caráter individual, não sendo pertinente qualquer matiz relacionado ao grupo familiar. Ademais, o direito fundamental em tela, como já mencionado, afasta-se da universalidade da renda básica ao impor como requisito de seu exercício a situação pessoal de vulnerabilidade social, ou seja, trata-se de uma prestação de assistência social focalizada.

Sobra dizer que, em um sistema constitucional autorreferencial, o direito à renda básica é aquilo que a sua Constituição estabelece. Todavia, é possível anotar, maior rigor técnico teria o poder constituinte se optasse pela nomenclatura “renda mínima”. Ao contrário da renda básica, a renda mínima, em linhas gerais, consiste na garantia de uma quantia mínima de recursos às pessoas ou famílias que, pelos próprios meios, não a logram obter. Enquanto esta é um ponto de chegada, aquela é um ponto de partida, a base a partir da qual o indivíduo pode agregar rendas de outras fontes (Standing, 2017).

Assim, o direito introduzido pela EC n. 114/2021 se acomodaria no conceito doutrinário de renda básica se, como tal, além de ser concedida exclusivamente a título individual, estivesse orientada pelo objetivo de constituir uma base de renda, igual ou superior à linha que caracteriza a vulnerabilidade social, abaixo da qual nenhuma pessoa precisaria viver um só dia de sua existência.

Ao contrário, o que se nota na conformação dada pelo enunciado constitucional é o direito a uma renda mínima que, embora desprovido de outras condicionalidades, admite – ou, melhor dito, exige – que as pessoas vivam em situação de vulnerabilidade social para que, só então, considerem-se atendidos os requisitos de exercício do direito de complementação de sua renda pelo menos até a linha que a legislação estabeleça como referência.

Enquanto a renda básica se configura para atuar como uma vacina, ou seja, assume a condição de uma medida preventiva (*ex ante*) em relação às situações pessoais de vulnerabilidade social, a RBF, como prevista no parágrafo único do artigo 6º da CF/88, é uma tentativa de remediar (*ex post*) a situação de vulnerabilidade, utilizando-se uma medida semelhante a outros fármacos (políticas de renda mínima) que já demonstraram sua limitada eficácia para combater a mazela. Sem ignorar os efeitos positivos que podem ser alcançados por tais remédios (veja-se, por exemplo, os diversos estudos sobre os efeitos da primeira versão do PBF, uma típica política de renda mínima), fato é que, ao não se adotar uma vacina, admite-se a ampla ocorrência da enfermidade e, por consequência, a existência das mais diversas sequelas que ela pode causar na vida das pessoas afetadas.

7. A relação com as normas e os programas pré-existent

7.1 A Renda Básica de Cidadania – a Lei n. 10.835/2004 e o Mandado de Injunção n. 7300

Ao contrário da RBF, a Renda Básica de Cidadania (RBC), tal como configurada pela Lei n. 10.835, de 8 de janeiro de 2004, não só atende a todos os requisitos considerados pela literatura especializada para a caracterização de uma renda básica, como colocou o Brasil na posição de primeiro país a prever juridicamente a implementação de tal direito em âmbito nacional.

A Lei n. 10.835/2004 estabelece que a RBC, a partir de 2005, seria instituída como direito de todas as pessoas brasileiras residentes no país e estrangeiras residentes há pelo menos cinco anos, independentemente de sua condição socioeconômica, receberem anualmente um benefício monetário (art. 1º). Os parágrafos do art. 1º definem que o pagamento da RBC poderá ser feito em parcelas iguais e mensais (§ 3º), mas deverá ser de igual valor para todas as pessoas, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada uma com alimentação, educação e saúde, respeitados o grau de desenvolvimento e as possibilidades orçamentárias do país (§ 2º). Nota-se que se trata de uma medida destinada a proteger o mínimo vital (fisiológico), não sendo suficiente para – de maneira isolada – assegurar todo o conteúdo do mínimo existencial (sociocultural), razão pela qual seria essencial a sua coordenação com outras ferramentas de proteção social.

A mesma lei prevê que a universalidade da fruição do direito será alcançada por etapas, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população, de acordo com critérios a serem definidos pelo Poder Executivo (§1º). Nesse contexto, importa notar que a discricionariedade que a Lei atribui ao Executivo não alcança o início da implementação do Programa, que deveria ter ocorrido em 2005, tampouco outros aspectos do direito, além do estabelecimento de requisitos de sua fruição direta e razoavelmente relacionados à definição daquilo que se consideram como “camadas mais necessitadas da população”. Tendo-se em tela os cinco elementos que caracterizam uma renda básica, a discricionariedade deixada ao Executivo está no escalonamento das fases em direção à universalidade, não na incondicionalidade. Ou seja, uma vez que um indivíduo esteja entre o universo de titulares do direito que, segundo critérios de necessidade estabelecidos para cada etapa de implementação da RBC, estejam aptos a

receber o pagamento, não cabe a imposição de qualquer outra condição em relação à sua conduta para que se faça jus à prestação.

Ocorre que no dia seguinte à publicação da Lei n. 10.835, veio à luz a Lei n. 10.836, que criou o PBF, cuja implementação e desenvolvimento ao longo dos anos acabou deixando de lado – como se isso fosse constitucionalmente admissível – os deveres que a Lei n. 10.835 impôs ao Poder Executivo para que, já em 2005, fossem dados os primeiros passos no caminho rumo à plena implementação da estrutura de garantia do direito à RBC.

Em 2020, ano em que a Lei n. 10.835 completou 16 anos de vigência sem regulamentação, tal omissão foi questionada perante o STF, por meio do Mandado de Injunção n. 7300, impetrado, sob o intermédio da DPU, por um cidadão brasileiro em situação de rua que à época alegava ter como única renda mensal a quantia de R\$ 91,00 que recebia do PBF. Após um debate pautado pela vedação da proteção insuficiente nas ações destinadas ao combate à pobreza e pela garantia do mínimo existencial em face da cláusula da assim chamada reserva do possível, o Tribunal concedeu parcialmente a ordem injuncional. No julgamento, o relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, considerou procedente o pedido inicial e se manifestou no sentido de estabelecer a RBC, até a sobrevinda da ação do Executivo (para a qual se fixava o prazo de um ano), no valor de um salário-mínimo, por analogia ao BPC (artigo 20, *caput* e § 3º da Lei n. 8.742/1993) e considerando-se o artigo 7º, IV, da Constituição.

Entretanto, a maioria dos membros do STF, seguindo a posição divergente levantada no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, decidiu por: i) determinar ao Presidente da República que fixe, no exercício de 2022, o valor disposto no art. 2º da Lei n. 10.835/2004 para a população brasileira em situação de vulnerabilidade econômica, assim consideradas as pessoas que vivam em extrema pobreza e pobreza, com renda per capita inferior a R\$ 89,00 e R\$ 178,00, respectivamente, devendo adotar todas as medidas legais necessárias para tanto; e ii) apelar aos demais Poderes para que tomem as medidas necessárias para atualizar os valores dos benefícios do PBF, ademais de aprimorarem, ou mesmo unificarem os programas de transferência de renda em vigor, notadamente o criado pela Lei n. 10.835/2004.

Ou seja, a decisão do STF determinou a implementação da primeira fase do programa de RBC previsto na Lei n. 10.835/2004, direcionada às camadas mais necessitadas da população, tal como estabelece o § 1º de seu artigo 1º, e não do programa completo, que alcançaria universalmente todas as pessoas titulares previstas no *caput* do mesmo artigo, independentemente de sua condição socioeconômica. Isto não significa, todavia, que seja inconstitucional a atribuição legal de uma RBC às pessoas que não se encontrem em situação

de vulnerabilidade econômica, mas sim, que a definição das etapas de universalização da fruição de tal direito está sob a margem de disponibilidade dos poderes constituídos.

Uma vez definido o objeto do direito criado pela Lei n. 10.835, bem como sumariamente referido o teor da decisão do STF no MI 7300, não seria de estranhar que eventuais leitores deste comentário possam sentir-se tentados a afirmar que a RBF equivale à elevação ao status jusfundamental do direito à RBC, ao menos no que se refere à fase inicial desta. No entanto, calha frisar que não é o caso. Isto porque resta a divergência em dois dos seus elementos: 1) o direito previsto no parágrafo único do art. 6º da CF/88 é atribuído em base familiar, enquanto o previsto na Lei n. 10.835/2004 é individual e, inclusive em suas primeiras etapas, deve ser pago em valor igual para todas as pessoas que atendam – individualmente e desvinculado de qualquer critério familiar – os requisitos para ser consideradas como parte das “camadas mais necessitadas da população”; 2) ao contrário do texto da Lei n. 10.835/2004, o enunciado constitucional não inclui expressamente as pessoas estrangeiras residentes no país. Embora o segundo ponto seja perfeitamente contornável, pela extensão legal do direito constitucional às pessoas estrangeiras residentes no país, o primeiro exigiria um pouco mais de trabalho hermenêutico, pois se refere a um elemento caracterizador essencial e, portanto, diferenciador do objeto de cada um dos dois direitos em tela.

7.2 O Programa Auxílio Brasil

Uma vez que, desde 16 de dezembro de 2021, a RBF consta como objeto de um direito fundamental expresso na CF/88, faz-se pertinente a análise das principais políticas públicas adotadas pelos poderes constituídos para, ao menos pretensamente, garantir o exercício de referido direito às pessoas titulares.

A Lei n. 14.284, de 29 de dezembro de 2021 (a partir da conversão da MP n. 1.061, de 9 de agosto de 2021), estabeleceu que o PAB substituiria o PBF, e se apresentou como uma etapa do processo de implementação da universalização da RBC prevista na Lei n. 10.835/2004.

Além de 4 diferentes “benefícios financeiros” previstos em seu art. 4º, a Lei n. 14.284/2021 criou, sob o título de “incentivos ao esforço individual e à emancipação”, cinco tipos de auxílio, com condicionalidades bastante específicas. Os benefícios financeiros que faziam parte do PAB não eram estritamente individuais, mas sim destinados à família (art. 3º, *caput* e § 1º da Lei n. 14.284/2021). Esta característica aproximava tal programa da RBF, ao passo que o afastava da RBC.

A caracterização objetiva de pobreza ou extrema pobreza, critério de elegibilidade para o PAB, verificava-se a partir da renda familiar per capita mensal, ou seja, o resultado da divisão entre a renda familiar mensal e o total de indivíduos da família, um critério objetivo e unidimensional. A Lei 14.284/2021 definia como em situação de pobreza as famílias cuja renda familiar per capita mensal fosse de R\$ 105,01 a R\$ 210,00, considerando-se em extrema pobreza aquelas que apresentem tal indicador igual ou inferior a R\$ 105,00 (art. 4º, § 1º).

Além dos requisitos específicos de cada benefício financeiro ou auxílio do PAB, o art. 18 da Lei n. 14.284/2021 estabelecia como condicionalidades genéricas a serem cumpridas para a manutenção do status de família beneficiária do Programa aquelas, segundo critérios a serem fixados pelo regulamento, relativas à realização do pré-natal, ao cumprimento do calendário nacional de vacinação, ao acompanhamento do estado nutricional e à frequência escolar mínima. Deve-se sublinhar que uma coisa é considerar diversos elementos para a caracterização multidimensional da situação de pobreza ou vulnerabilidade social, e outra bastante diferente – e constitucionalmente questionável – é impor às pessoas determinados comportamentos sociais como condição para assegurar-lhes uma parte do mínimo vital, núcleo mais elementar do mínimo existencial. Como já referido, a exigência de tais condicionalidades, alheias à caracterização da situação de vulnerabilidade, parece extrapolar o âmbito de conformação deixado ao Legislativo pelo parágrafo único do art. 6º da Constituição.

Por razões semelhantes, resta difícil considerar que o PAB seja uma fase da implementação da RBC sem que se desvirtue a natureza incondicional do objeto previsto na Lei que a instituiu. Embora não pareça ser o caso, uma vez que a Lei n. 14.284/2021 expressamente apresenta o PAB como “uma etapa do processo gradual e progressivo de implementação da universalização da renda básica de cidadania a que se referem o *caput* e o § 1º do art. 1º da Lei n. 10.835, de 8 de janeiro de 2004”, não se pode negar a possibilidade formal da derrogação tácita da Lei da RBC por outra norma de igual estatura. Entretanto, nesta hipótese, mesmo que – sob a ótica da proibição da prestação insuficiente – o resultado fosse uma estrutura normativa eficaz para a segurança de renda coerente com a sua função na garantia dos mais primários aspectos do mínimo existencial, ela também deveria passar pelo crivo do princípio da proibição do retrocesso social. Há de se admitir que isto não seria uma tarefa simples quando o paradigma reside na avançada opção normativa feita pelo Legislativo em 2004, ao dar um corpo legal, por meio do direito à RBC, ao espírito constitucional da proteção ao mínimo vital.

Como se isso já não fosse suficiente para descaracterizar o cumprimento da decisão proferida no MI 7300, não cessam aí os fatores que impediam que o PAB fosse, materialmente,

uma efetiva implementação da primeira fase da Lei n. 10.835/2004. Segundo a Lei n. 14.284/2021, o Benefício de Superação da Extrema Pobreza (BSEP), única prestação permanente do PAB que tinha em conta exclusivamente o critério de renda, “corresponderá ao valor necessário para que a soma da renda familiar mensal e dos benefícios financeiros supere a linha de extrema pobreza” (art. 4º, § 7º, III). Ou seja, tratava-se de uma complementação de renda, um valor variável, e não atendia o objeto da Lei n. 10.835, cujo art. 1º, § 2º determina que “o pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos”.

7.3 O Novo Programa Bolsa Família

Em 2 de março de 2023, a Medida Provisória 1.164 substituiu o PAB e implantou o Programa Bolsa Família (doravante, Novo PBF). Em 19 junho de 2023 referida MP foi convertida na Lei n. 14.601, vigente à época da conclusão deste estudo¹⁴. O § 1º do artigo 1º da Lei n. 14.601/2023, nominalmente, apresentou o Novo PBF como uma etapa de implementação da RBC, “na forma estabelecida no parágrafo único do art. 6º da Constituição e no *caput* e no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004”, como se a RBF pudesse coincidir com a primeira fase da RBC, ignorando que esta é, necessariamente e em todas suas etapas, individual, enquanto aquela leva em conta elementos do grupo familiar.

Nos termos da Lei n. 14.601/2023, o Novo PBF utiliza apenas uma linha de pobreza, estática e unidimensional, de modo que apenas são elegíveis ao programa famílias cuja renda per capita mensal seja igual ou inferior a R\$ 218,00 (art. 5º, II). O benefício básico, chamado de Renda de Cidadania, paga R\$ 142,00 por cada integrante de uma família elegível. Aquelas famílias cuja soma dos valores recebidos pelos seus integrantes não atinja R\$ 600,00 receberão um Benefício Complementar suficiente para alcançar-se dito valor. As famílias elegíveis receberão ainda o Benefício Primeira Infância no valor de R\$ 150,00 por integrante com idade entre zero e sete anos incompletos, e o Benefício Variável Familiar, no valor de R\$ 50,00, caso possuam em sua composição gestantes, crianças com idade entre sete anos e doze anos incompletos, ou adolescentes, com idade entre doze anos e dezoito anos incompletos (art. 7º).

Note-se que, ao contrário do que ocorria com o BSEP, prestação básica do PAB, a Renda de Cidadania do Novo PBF é paga em valor igual a todas as pessoas elegíveis e, neste aspecto, seria coerente tanto com a RBC quanto com a RBF. Ademais, o escalonamento das prestações observa diversas causas de vulnerabilidade social, na mesma linha de uma RBF que reflete a

¹⁴ Para fins desta análise, considera-se o texto da norma vigente em 27 de março de 2024.

opção do poder constituinte em estruturar em focalizar suas ações para além do combate à insuficiência de renda.

Entretanto, de maneira semelhante ao que ocorria com o PAB, o Novo PBF se implementa por meio de transferência condicionada de renda, sendo a manutenção da família como beneficiária do Programa subordinada a que todas as pessoas que a integram cumpram condicionalidades relativas à realização de pré-natal, ao cumprimento do calendário nacional de vacinação, ao acompanhamento do estado nutricional – para os beneficiários que tenham até sete anos de idade incompletos, e à frequência escolar mínima, além de outras que possam vir a ser previstas em regulamento (arts. 2º e 10).

Como já mencionado, nem a RBF (art. 6º, parágrafo único, CF/88), nem a RBC (Lei n. 10.835/2004, salvo a hipótese de sua derrogação tácita), comportam em sua configuração, em qualquer de suas etapas de implementação, o controle social das condutas individuais de seus titulares como forma juridicamente razoável de condicionar o exercício do direito ao recebimento da prestação pecuniária.

O conteúdo de ambos os direitos, embora admita, no caso da primeira etapa da RBC, ou estabeleça, no caso da RBF, a focalização na população socialmente mais vulnerável, em nenhum caso parece coadunar com a ideia de que tal segmento da população, pelo simples fato de se apresentar em uma posição de desvantagem social, deva submeter-se ao cumprimento de condicionalidades, por vezes estigmatizantes e substrato para práticas sociais aporofóbicas, para ter acesso aos elementos básicos do mínimo existencial.

Por óbvio, não se nega aqui a importância do desenvolvimento de políticas sociais de promoção do direito à educação e do direito à saúde. O que não parece ser juridicamente admissível, em um ordenamento que atribui relevante posição ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual o constituído pela CF/88, é que as condutas relacionadas à educação e à saúde se convertam em verdadeiros deveres, eufemisticamente denominados condicionalidades, caminhos necessários a serem trilhados em direção às condições materiais mínimas de dignidade. Tudo isto, sob o permanente controle da sociedade e dos poderes públicos, como deixam claros os artigos 16 e 17 da Lei n. 14.601/2023.

8. Considerações finais

Embora a Renda Básica Familiar não se configure como aquilo que a doutrina especializada internacional reconhece como uma renda básica, por carecer-lhe as características

de individualidade e de universalidade, ou seja, trata-se de uma renda destinada às pessoas em situação de vulnerabilidade social, considerando-se o seu núcleo familiar, não se pode ignorar o mérito do constitucionalismo social brasileiro ao erguê-la à condição de objeto de um direito fundamental expressamente positivado.

Assim, o parágrafo único do artigo 6º da Constituição traz novo status jurídico para os contornos da proteção de renda no país, colocando fora do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos o direito às prestações de uma política permanente de renda mínima, que não admite a imposição de requisitos de acesso que sejam alheios à caracterização da situação de vulnerabilidade social.

A compreensão das exatas características do conteúdo deste novo direito fundamental, incluindo suas virtudes e limitações, é importante desafio que se impõe à comunidade jurídica para que se lhe assegure a imediata aplicação prevista no § 1º do artigo 5º da Constituição, de modo que as conquistas que ele representa para o fortalecimento do Estado social brasileiro não sejam esterilizadas por uma hermenêutica enviesada, construída a partir de uma inadequada interpretação que tente impor à regulação e implementação do direito à RBF as condicionalidades de outras políticas de renda mínima que são com ele incoerentes.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁLVAREZ ALONSO, Diego. Ingreso Mínimo Vital y Rentas Mínimas en Europa: una panorámica comparada. Em: GARCÍA MURCIA, Joaquín. (Ed.). **El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social**. Oviedo: Krk Ediciones, 2022. p. 669–724.

BARBOSA, Jeferson Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. Desafios da COVID-19 à seguridade social brasileira. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 2, p. 128–157, ago. 2022.

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. Annex III - Statement to the World Conference on Human Rights on behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Em: **Report on the 7th session, 23 November-11 December 1992. E/1993/22**. New York: United Nations, 1993. p. 82–86.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **General comment No. 6 on article 6 (right to life)**. United Nations, 30 abr. 1982. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em: 3 out. 2021.

_____. **General comment No. 25 on article 25 (The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service)**. United Nations, 12 jun. 1996. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em: 3 out. 2021.

_____. **Concluding observations of the Human Rights Committee. Canada.** United Nations, 1999. v. I

_____. **General comment No. 36 on article 6 (right to life).** United Nations, 2 nov. 2018. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em: 3 out. 2021.

IBGE. **Rendimento de todas as fontes 2020.** Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

_____. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira.** Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101979.pdf>>. Acesso em: 2 maio. 2022.

_____. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira.** Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102052.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

REDE PENSSAN. **II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil.** São Paulo: Fundação Friedrich Ebert, Rede PENSSAN, 2022.

STANDING, Guy. **Basic Income: and how we can make it happen.** London: Penguin Books, 2017.

THE FEDERAL COUNCIL OF SWITZERLAND. **Fedlex. The publication platform for federal law.** Disponível em <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/em> Acesso em: 27 mar. 2024.

YAMAMORI, Toru. **BIEN: The report from the General Assembly.** Disponível em: <<https://basicincome.org/news/2016/10/bien-report-general-assembly/>>. Acesso em: 6 set. 2019.

Sobre os autores

Ingo Wolfgang Sarlet: Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität München), Professor Titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), onde também coordena o Mestrado e o Doutorado em Direito e atua como professor do Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), advogado e parecerista. ORCID: 0000-0002-2494-5805. E-mail: iwsarlet@gmail.com

Thiago Santos Rocha: Doutor em Direito pela Universidade de Oviedo (Espanha), em cotutela com a PUC/RS. Mestre em Direito e Ciência Jurídica, especialidade de Direitos Fundamentais, pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. ORCID: 0000-0003-3042-7059. E-mail: thiago.rocha@unoesc.edu.br

Elementos estruturais dos sistemas previdenciários: cobertura, regimes financeiros, modalidades de benefícios e modelos protetivos

Structural elements of social protection schemes: coverage, financing methods, types of benefits and models of social protection

Luis Lopes Martins

Resumo

O presente artigo busca oferecer, no lugar de uma perspectiva cronológica ou constitucional (que geralmente são os pontos de partida para o estudo das políticas de proteção social) uma abordagem dos seus elementos estruturais fundamentais, a fim de compreender seus objetivos centrais e quais são as formas possíveis para arquitetar juridicamente um mecanismo institucional capaz de alcançá-los. Para isso, trata dos principais parâmetros para aferição dos objetivos de um regime (cobertura pessoal, material e financeira), bem como das formas possíveis de estruturação (regime financeiro e modalidade dos benefícios). Em seguida, descreve como essas alternativas são tradicionalmente utilizadas nos formatos jurídicos mais comuns dos regimes de proteção social, tanto dos não contributivos (assistência social, universais e de renda básica universal) quanto nos contributivos (básicos e complementares). Por fim, traz as reflexões sobre a necessidade de combinação desses diferentes formatos para a organização de um sistema protetivo baseado em múltiplos níveis protetivos, que seja capaz de alcançar segurança econômica para os diferentes setores da sociedade.

Palavras-chave: Regimes Protetivos. Estrutura Jurídica. Modelos de Proteção Social. Modelo de múltiplos Pilares de Previdência.

Abstract

This article seeks to offer, instead of a chronological or constitutional perspective (which are generally the beginning of the examination of social protection schemes) an approach to their fundamental structural elements, in order to understand their objectives and what are the possible ways to legally architect an institutional mechanism capable of reach them. To this end, it deals with the main parameters for measuring the objectives of a scheme (personal, material and financial coverage), as well as the possible forms of structuring (financial scheme and type of benefits). It then describes how these alternatives are traditionally used in the most common legal formats of social protection regimes, both non-contributory (social assistance, universal schemes and universal basic income schemes) and contributory (basic and complementary). Finally, it reflects on the need to combine these different formats to organize a protective system based on multiple tiers and capable of achieving economic security for different sectors of society.

Keywords: Social Protection Schemes. Legal Structure. Social Protection Archetypes. Multi-tier Social Security.

1. Introdução: objeto e roteiro

O estudo dos mecanismos de proteção social,³ principalmente da assistência social, da previdência social e da previdência complementar, geralmente parte de lições iniciais sobre a história de seu desenvolvimento ou sobre suas bases constitucionais. Essas abordagens não são desarrazoadas: no primeiro caso elege-se a habitual perspectiva cronológica, enquanto no segundo o tema é iniciado a partir da hierarquia de normas, tão típica do Direito.

A ideia do presente artigo é oferecer um ponto de partida um pouco distinto, que permita analisar a previdência de forma estrutural, isto é, a partir de seus objetivos fundamentais e das diferentes estruturas existentes para alcançar esses objetivos.

Há uma razão para essa escolha. Quando o estudo da proteção social parte da análise das normas constitucionais, tende a deixar em segundo plano que a própria Constituição já efetuou uma série escolhas sobre os objetivos e as estruturas, o que pode omitir alternativas que valem a pena ser conhecidas, inclusive para fins de eventuais modificações constitucionais futuras. Da mesma forma, a abordagem cronológica pode dar pouca ênfase às alternativas que não foram implementadas no passado, bem como dos seus possíveis impactos e consequências.

Por isso, alguns questionamentos permanecem nessas duas perspectivas, em especial na constitucional. Como avaliar se o desenho normativo dos regimes protetivos definida na Constituição brasileira efetivamente alcança seus objetivos? O desenho institucional definido pela Constituição é o melhor para alcançar esses objetivos? Quais são as principais consequências tradicionalmente associadas ao desenho normativo definido pela Constituição? O que acontece caso o constituinte derivado modifique as escolhas originárias?

A noção de conceitos como cobertura financeira, material e populacional, regimes financeiros ou modelos de proteção social pode ser central para compreender melhor algumas das respostas possíveis para as questões anteriormente levantadas e, por isso, útil quem pretenda se aprofundar no estudo do direito previdenciário.

¹ MARTINS, Luis Lopes. Elementos estruturais dos sistemas previdenciários: cobertura, regimes financeiros, modalidades de benefícios e modelos protetivos. *Labuta*, v. 1, n. 1, p. 107-134, jan./jun. 2024.

² Martins, L. L. (2024). Elementos estruturais dos sistemas previdenciários: cobertura, regimes financeiros, modalidades de benefícios e modelos protetivos. *Labuta*, 1(1), 107-134.

³ Embora o título use o termo *previdência social* para simplificação e para evitar a utilização do termo *proteção social*, que pode gerar mais dúvidas que certezas, o estudo do presente trabalho é mais abrangente, incluindo também modelos não contributivos (como assistência social ou regimes universais) e de regimes previdenciários complementares. Essa diferenciação é adotada de forma mais precisa no texto.

Por isso, o presente artigo, com uso de metodologia descritiva, expõe as principais categorias e instituições elementares do direito previdenciário a partir de uma perspectiva estrutural dos regimes protetivos. Sempre que possível, buscou-se trazer exemplos de regimes protetivos concretos, nacionais e estrangeiros, para ilustrar as possibilidades de formatação.

Após a presente introdução, o texto descreve algumas categorias relacionadas aos objetivos de um regime previdenciário, ou seja, categorias que ajudam a mensurar de forma concreta a efetiva capacidade de um regime protetivo em garantir segurança econômica, notadamente: (i) o escopo populacional da cobertura; (ii) o escopo material da cobertura e (iii) o escopo financeiro da cobertura.

Em seguida, são apresentadas as formas de estruturação de regimes protetivos em si, isto é, (i) seus regimes financeiros e (ii) suas modalidades de benefícios. Por fim, a partir dos objetivos e das opções estruturais, são esmiuçados os modelos protetivos (i) não contributivos e (ii) contributivos, bem como as relações e combinações desses diferentes modelos para a formatação de um sistema de múltiplos níveis protetivos.

2. Como avaliar se um regime protetivo efetivamente garante segurança econômica?

Não faltam debates recentes sobre reforma dos regimes protetivos de diferentes países, com grande crescimento da percepção da importância dessas ferramentas para o orçamento público, para a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico ou mesmo no âmbito político. Embora esses sejam efeitos colaterais relevantes, algo elementar tem sido deixado para o segundo plano: todo regime de proteção social, seja ele assistencial, previdenciário ou de outra natureza, tem como objetivo central a garantia de segurança econômica aos seus destinatários.

Na prática, essa segurança econômica tem três dimensões principais, (i) redistribuição, (ii) compartilhamento de riscos e (iii) suavização da perda de renda dos indivíduos. Note-se que podemos, ainda, falar de tais objetivos em termos mais jurídicos, tais como garantia da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, bem-estar e outros, não raramente previstos no texto constitucional.

Todavia, mesmo tendo com clareza tais objetivos, a mera palavra do Direito não sustenta a realidade (Barcelos, 2016), especialmente quando não dispomos de mecanismos para monitorar os resultados reais das disposições normativas. Por isso, inicia-se esse trabalho com

três parâmetros que ajudam a definir e avaliar mais concretamente tais objetivos, a fim de aferir em que condições a segurança econômica é efetivamente prestada. São eles (i) o escopo populacional da cobertura (quem é coberto?), (ii) o escopo material da cobertura (quando é coberto?) e (iii) o escopo financeiro da cobertura (quanto é coberto?).

2.1 Escopo pessoal da cobertura (quem é coberto?)

O primeiro aspecto para a avaliação de qualquer regime institucional protetivo é o seu escopo pessoal (ou escopo populacional) de cobertura, ou seja, quem são os indivíduos protegidos. Nenhum regime protetivo, por mais generoso que seja, oferece cobertura ampla e irrestrita a todos, de modo que cada modelo estabelece critérios próprios para delimitar quem tem acesso às suas prestações, com as limitações que lhe são típicas.

Por exemplo, modelos assistenciais têm como uma de suas principais características a existência de regras de demonstração de renda (*means-test*) que limitam seu escopo pessoal à população mais pobre. Nos regimes modelos previdenciários securitários, públicos ou privados, há a conhecida exigência contributiva, que restringe sua proteção aos indivíduos previamente filiados e que cumpram com requisitos mínimos de cotização. Até mesmo os chamados regimes universais, embora bastante abrangentes quando comparados com os demais, não são tão fiéis assim ao seu nome, já que sempre contam com critérios relacionados à cidadania ou ao tempo de residência no país, que podem excluir parte relevante da população nacional.⁴

Além dessas limitações inerentes à própria natureza dos arranjos descritos, há aquelas que decorrem de falhas ou insuficiências na implementação da política protetiva, exclusões que não são consequência das características fundamentais do regime, mas sim de problemas na sua efetivação.

Por exemplo, países com sistemas protetivos imaturos frequentemente limitam a proteção institucional a regimes assistenciais modestos e/ou regimes previdenciários destinados exclusivamente a servidores públicos e, apenas posteriormente a estendem aos demais grupos.⁵ Mesmo sistemas mais consolidados podem excluir percentuais relevantes da população, em especial grupos de maior grau de informalidade, como donas-de-casa, trabalhadores autônomos e/ou migrantes internacionais.

⁴ Esses outros modelos protetivos são explicados mais detalhadamente no capítulo 4.

⁵ Foi exatamente essa a trajetória da maior parte dos países ocidentais e que vemos hoje ainda hoje em países da região da Ásia e Pacífico ou da África Subsaariana, como Nigéria e Moçambique, em que, respectivamente, apenas 4,4% e 10,9% das populações contam com cobertura em face de ao menos um risco social (International Labour Office, 2017).

Na América Latina e Caribe, região com razoável tradição em matéria de proteção social, acima de um terço dos indivíduos não estão cobertos por qualquer regime, com a maior parte da população desprotegida em países como Equador, Bolívia e Colômbia. Inclusive na Europa, continente com as maiores taxas de cobertura protetiva no mundo, há países que contam com parcelas não desprezíveis de suas populações desprotegidas, como Espanha (19,1%) e Portugal (9,8%) (ILO, 2017).

O Brasil não foge à regra e conta com altos níveis de desproteção social, ou seja, de indivíduos que não se enquadram nos critérios exigidos para a concessão nem de prestações assistenciais, nem de prestações dos regimes básicos. A medida exata depende da metodologia adotada, mas é conservador afirmar que ao menos uma entre cada quatro brasileiros adultos está socialmente desprotegido⁶.

Vale destacar que, em alguns casos, uma cobertura populacional baixa pode não apenas ser insuficiente, mas inclusive tornar aquele regime um instrumento socialmente regressivo. Na prática, um regime previdenciário destinado apenas a trabalhadores com remunerações mais elevadas e que dependa intensamente do custeio por tributos gerais acaba por destinar rendas de camadas pobres para grupos em melhor situação econômica, um debate recorrente no Brasil em função de regras previdenciárias específicas para algumas categorias de trabalhadores⁷.

São muitos os desdobramentos e debates possíveis sobre o tema, mas o núcleo duro é a compreensão da cobertura populacional como um dos elementos centrais para aferir a efetiva capacidade protetiva de um mecanismo institucional de segurança econômica.

⁶ Por exemplo, Ansiliero *et alli* trazem estimativas dentro desse intervalo, todavia considerando apenas os trabalhadores. Nesse sentido, Ansiliero; Constanzi; Cifuentes, 2021. Em sentido similar, Ansiliero; Constanzi; Fernandes, 2019.

⁷ Naturalmente, esse efeito depende de outras variáveis, como a estrutura tributária nacional. No caso Brasileiro, Porto e Caetano tratam do tema nos seguintes termos: “Pesquisas com utilização de técnicas estatísticas mais sofisticadas confirmam o achado da regressividade da previdência dos servidores apontada pelos dados do déficit per capita. Medeiros e Souza (2013) concluem que o Estado reproduz desigualdades pré-existentes por meio da diferenciação de direitos previdenciários entre RPPS e RGPS, e que a previdência de servidores públicos e militares contribui com 4% da desigualdade total do país, mas atende somente a 1% da população. De modo análogo, Afonso e Fernandes (2005) concluem que é razoável inferir que, dada a diferenciação de regras, existe distribuição de renda intrageracional entre trabalhadores do setor privado e servidores públicos, ou seja, a taxa interna de retorno do RPPS tende a superar aquela do RGPS. Seguindo a mesma linha de conclusão, Hoffmann (2009) afirma que a previdência não contribui para redução da elevada desigualdade de renda brasileira em função da dualidade de regimes previdenciários entre RGPS e RPPS” (Porto; Caetano, 2015).

2.2 Escopo material da cobertura (quando é coberto?)

Outro determinante dos regimes de segurança social é seu escopo material, ou seja, os riscos sociais⁸ por ele atendidos. Praticamente todos os formatos tradicionais de proteção social exigem a ocorrência de determinados riscos sociais para a concessão de prestações,⁹ o que faz da cobertura material um dos principais parâmetros para compreender o efetivo alcance de um determinado regime protetivo.¹⁰

Historicamente, os riscos sociais cobertos foram limitados aos principais eventos relacionados com a perda da capacidade física de trabalhar, em especial velhice, incapacidade laborativa e morte. Essa concepção começou a ser alterada no período do pós-guerra, diante de um contexto social, econômico, demográfico e político favorável para um processo de ampliação protetiva¹¹ e a cobertura material superou o paradigma da simples perda da capacidade física de manter a própria renda via força de trabalho, passando a compreender também acontecimentos da vida social e econômica agora considerados legítimos para ensejar a proteção institucional, como maternidade, desemprego e encargos familiares¹².

⁸ Riscos sociais podem ser definidos como eventos a que as pessoas estão sujeitas na vida em sociedade e que provocam grande impedimento ou tornam socialmente indesejável que um indivíduo mantenha seu sustento ou de sua família pela utilização de sua força de trabalho. Sua cobertura é o objetivo central da maioria dos programas protetivos, à exceção de algumas propostas de renda básica, como detalhado mais adiante.

⁹ Isso vale inclusive para os modelos universais (beveridgianos), que devem ser diferenciados dos modelos de renda básica universal. Ambos os modelos asseguram a proteção sem a imposição de critérios contributivos (ao contrário dos regimes securitários) ou econômicos (ao contrário dos regimes assistenciais). Todavia, os modelos universais dirigem sua cobertura exclusivamente na hipótese de ocorrência de um risco social previsto, rol que, aliás, costuma ser bastante restrito. Assim, mesmo em um país com um regime universal, a demonstração de ocorrência de um determinado risco social (por exemplo, idade avançada) ainda será um dos critérios para a concessão de prestações. Isso é bem diferente das propostas de renda básica universal, que, ao menos em sua concepção mais tradicional, não é condicionada a tais riscos. Esse ponto será retomado no capítulo 4. As duas exceções que valem menção são os modelos de renda básica universal, em estágio ainda embrionário, e as políticas de transferência condicionada de renda, que também são tratadas no capítulo 4.

¹⁰ Tradicionalmente, são oito os principais riscos sociais cobertos pelos regimes de proteção social, (i) idade avançada, (ii) incapacidade permanente (também chamada de invalidez) ou deficiência, (iii) morte, (iv) acidentes laborais, (v) incapacidade temporária, (vi) desemprego, (vii) maternidade e (viii) encargos familiares. Aqui, ressalte-se, estão considerados apenas os regimes de proteção social econômica, e não os regimes de saúde. Essa lista de riscos, no entanto, está longe de ser uniforme nos trabalhos sobre o tema ou mesmo nos sistemas protetivos. Deficiência e incapacidade permanente por vezes são considerados riscos distintos, diferentes de incapacidade.

¹¹ Sobre o tema, Ibrahim (2011) expõe que: “No Pós-Guerra, surge uma tendência universalizadora do seguro social, com base nas premissas teóricas do Plano Beveridge. As maiores taxa de natalidade e crescimento econômico geraram a *euforia protetora*, com a consequente universalização da clientela, sem maiores distinções em razão das atividades econômicas, privilegiando a solidariedade”.

¹² Sobre a ascensão desses novos riscos sociais, vale reproduzir as palavras de Ibrahim: “Os reflexos negativos da pós-modernidade, no aspecto específico da imprevisibilidade de riscos sociais ou, ao menos, da maior consciência de tal imprevisão, têm evidenciado, mais claramente, a sociedade humana como maior causadora dos riscos existentes, e não mais a natureza, assim como, paradoxalmente, a importância da ação articulada da sociedade visando criar mecanismos mínimos de controle” (Ibrahim, 2011).

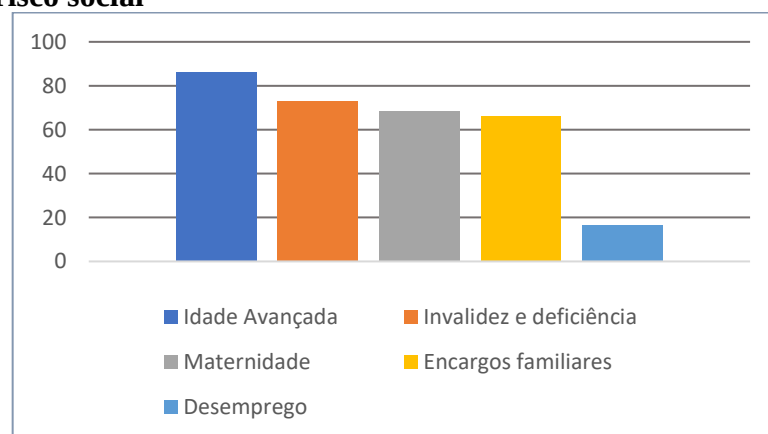
É interessante ver que esse o processo de ampliação da cobertura material não necessariamente foi alcançado em todos os países. Veja-se que, enquanto a imensa maioria dos países conta com cobertura em face de eventos como idade avançada (presente em 99% dos países), invalidez (98,3%), morte (98,5%) e acidentes laborais (98%), outros riscos como maternidade (78,6%) prestações familiares (61%), desemprego (50,6%) e paternidade (55,2%) não gozam da mesma abrangência (ILO, 2017).

Além disso, há diferenças marcantes entre os diferentes regimes de um mesmo país e o caso brasileiro é ilustrativo. Embora o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) conte com um extenso escopo material de ao menos nove riscos sociais, a assistência social tem cobertura limitada apenas à idade avançada e à deficiência. Da mesma forma, nos regimes complementares a cobertura pode depender dos termos contratuais de cada plano, mas geralmente são inferiores à do RGPS.

A previsão normativa da cobertura de um determinado risco social pela legislação nacional, no entanto, oferece um quadro apenas parcial da capacidade protetiva do sistema analisado. Além da cobertura legal, deve-se examinar a cobertura efetiva de cada regime no âmbito nacional, ou seja, qual percentual da população de fato está protegida em face de um determinado risco social. Por exemplo, uma pessoa que já tenha completado a idade exigida para aposentadoria, mas que tenha trabalhado por tempo inferior ao exigido pela legislação para a sua concessão está *legalmente* coberta pelo regime, mas não conta (ao menos não ainda) com a cobertura *efetiva* em face da idade avançada.

Ao analisar o indicador da cobertura efetiva é perceptível um aprofundamento das diferenças entre os riscos tradicionais e os mais recentes, como mostra a Figura 1, que traz a comparação de algumas dessas coberturas nas Américas:

Figura 1 – Cobertura populacional efetiva de riscos sociais nos sistemas protetivos nas Américas, por risco social



Fonte: ILO, 2017. Elaborado pelo Autor.

Por fim, ainda sobre a cobertura material efetiva, devem ser considerados outros fatores relacionados com a capacidade protetiva das prestações concedidas, como a duração dos benefícios. Enquanto determinadas prestações são usualmente vitalícias ou com duração vinculada à permanência do risco social (como aquelas relativas à idade avançada ou à incapacidade permanente), outras, como os benefícios em face da maternidade e do desemprego, habitualmente têm duração limitada, com períodos que podem variar expressivamente entre diferentes países ou regimes.¹³

Ou seja, os indivíduos cobertos por um determinado arranjo terão sua proteção efetiva balizada, em larga medida, pelo escopo material de cada regime, considerado a partir não apenas dos riscos sociais previstos pela legislação, mas da cobertura material efetiva.

2.3 Escopo financeiro da cobertura (quanto é coberto?)

Por fim, por mais que os mecanismos previdenciários sejam muitas vezes tratados em termos jurídicos de definição controvertida (como dignidade ou bem-estar), essa segurança econômica é, no final das contas, dinheiro. Ao fim e ao cabo, a segurança viabilizada pelos sistemas protetivos se concretiza na forma de prestações pecuniárias, que devem ser aptas a garantir adequadamente a subsistência econômica do indivíduo.¹⁴ Seria pouco útil um regime que, mesmo com ampla cobertura populacional e material, conferisse prestações irrisórias. Por isso, a análise dos níveis financeiros dos benefícios está ligada à própria capacidade dos regimes em alcançar seus objetivos, seja a garantia de níveis mínimos de subsistência, o compartilhamento de riscos ou suavização da perda de renda.

Dentre os indicadores mais relevantes para aferir a efetiva capacidade de proteção econômica de um regime protetivo, destaca-se o nível médio de reposição financeira, isto é, o percentual do benefício médio quando comparado com os ganhos médios dos trabalhadores durante atividade.

Além disso, a compreensão do escopo financeiro da cobertura permite uma melhor análise de seus efeitos para diferentes grupos e de eventuais efeitos progressivos ou regressivos.

¹³ Por exemplo, benefícios em face do desemprego podem ter duração de vários anos ou mesmo prazo indefinido, tal como ocorre na legislação belga ou também podem ter curtíssima duração, de apenas alguns meses, exemplo do próprio Brasil. Na maternidade, apenas 11 países oferecem proteção por mais de 26 semanas às mães, como Venezuela, Índia, Reino Unido e Noruega, enquanto, no outro extremo, 79 garantem a cobertura por período igual ou inferior a 14 semanas, dentre os quais Argentina, Bolívia e Alemanha (International Labour Office, 2015).

¹⁴ É bem verdade que existem outras prestações não pecuniárias no âmbito dos sistemas de proteção econômica, inclusive no Brasil, com a reabilitação. Apesar da importância dessas prestações, às quais podem ser acrescidas ainda outras como garantia de emprego, auxílio alimentar ou creches, o foco do presente trabalho são as prestações pecuniárias de cunho econômico, que, sem dúvidas, compõem o núcleo duro de tais mecanismos.

Por exemplo, todos os modelos não contributivos (como assistência social) e, não raramente, também alguns contributivos (como regimes previdenciários básicos) costumam contar com limites mínimos para as prestações, o que permite viabilizar uma efetiva garantia do mínimo existencial (que também pode ser referida como dignidade da pessoa humana, bem-estar ou redistribuição, a depender da abordagem).

No mesmo sentido, é comum que arranjos previdenciários, principalmente os públicos, garantam maiores níveis de reposição para pessoas com rendas menores, algo coerente com um objetivo de redistributivo e de compartilhamento de riscos. Por outro lado, essa análise do aspecto financeiro igualmente permite identificar efeitos indesejáveis, como os frequentes níveis de reposição inferiores para mulheres ou trabalhadores autônomos¹⁵ ou, ainda, a existência privilégios protetivos, uma discussão frequente no âmbito de regimes ou regras especiais voltadas para categorias específicas de trabalhadores.

Deve ser destacado, ainda, que há diversos tratados internacionais previdenciários e documentos de organismos multilaterais com indicadores objetivos para parametrizar tais debates, estipulando ou sugerindo o nível de reposição financeira mínimo de cada tipo de prestação. Esses são pontos particularmente úteis para debates dos limites para reformas previdenciárias nacionais, inclusive em âmbito judicial.¹⁶

Outro ponto de atenção nessa análise é que arranjos distintos podem colaborar para a garantia da reposição financeira dos indivíduos, tema que será melhor explorado no capítulo 4, que trata do modelo de múltiplos pilares.¹⁷ Por exemplo, os Estados Unidos possuem regime previdenciário básico relativamente tímido em termos de cobertura financeira, capaz de garantir reposição de apenas 50,5%, montante bem inferior à média de 61,4% da OCDE. Todavia, quando são considerados também os regimes complementares, a cobertura norte-americana média sobe para 87,7%, bastante superior aos 66,9% observados na média da organização.

A partir da cobertura pessoal, material e financeira, é possível fugir de generalidades e de conceitos indeterminados, para ter uma dimensão muito mais objetiva e dos pontos fracos e

¹⁵ Sobre essa discussão, ver Chłóń-Domińczak, 2017.

¹⁶ Como exemplo, a Convenção nº 102 da OIT trata sobre normas mínimas da seguridade social e, no âmbito dos limites mínimos de reposição financeira, prevê o piso de 50% para as prestações em face da incapacidade para o trabalho e de 40% para velhice.

¹⁷ Nesse ponto, outra característica relevante na perspectiva financeira é a capacidade de redistribuição dos diferentes regimes, bem como garantias asseguradas às rendas inferiores, em especial para os mecanismos de limites financeiros mínimos de proteção. Em geral, essas garantias são materializadas em quatro formas: (i) benefícios condicionados a critérios de renda, tais como nos regimes assistenciais ou complementações para benefícios mais baixos em regimes securitários, (ii) benefícios básicos sujeitos a critérios de residência, (iii) benefícios básicos sujeitos a critérios contributivos e (iv) benefícios contributivos mínimos, os dois últimos típicos de regimes securitários.

fortes de cada regime protetivo, ou seja, de quem, quando e quanto cada regime consegue proteger.

3. Quais são as principais escolhas estruturais para o desenho de um regime protetivo?

Tendo em vista os objetivos de um regime protetivo e os parâmetros para a sua avaliação, cabe partir para as formas de arquitetar uma política pública a fim de alcançá-los. Uma vez que a proteção aqui tratada, como dito, quase sempre se materializa em dinheiro, duas perguntas são as fundamentais: como custear esses benefícios (regimes financeiros) e como pagar esses benefícios (modalidades de benefícios)?¹⁸

A análise de tais elementos estruturais deve, ainda, ser acompanhada da avaliação dos fatores fazem cada uma dessas alternativas serem mais ou menos interessantes para cada um dos agentes envolvidos nessa relação, em particular os beneficiários, o Estado e os empregadores.

3.1 Regime financeiro (como custear os benefícios?)

A primeira técnica de custeio é, naturalmente, via tributos gerais, ou seja, sem vincular contribuições específicas à finalidade protetiva. Por ser a forma mais comum de financiamento de outras políticas públicas, não há necessidade de maiores detalhamentos no presente artigo. Todavia, existem outras duas¹⁹ possibilidades típicas da estruturação financeira de regime protetivos contributivos e que merecem atenção de qualquer interessado na nessa área, notadamente (i) a repartição simples e (ii) a capitalização.

¹⁸ A essas duas perguntas, poderia ser acrescida, ainda, uma terceira: quem irá administrar o regime? Isto é, esse será um regime de gestão pública ou privada. Todavia, por delimitação e estrutura do texto, escolheu-se não focar nesse debate e trazê-lo apenas lateralmente no tópico 4.2, que trata dos regimes contributivos. Sobre esse debate, ver Barr, 2020.

¹⁹ Há, ainda, o regime de repartição de capitais de cobertura, espécie intermediária entre a repartição simples e a capitalização. Todavia, a ideia do presente artigo é apresentar as alternativas estruturais mais relevantes para permitir um contato inicial com tais conceitos, sem prejuízo da ressalva necessária sobre a existência de outras possibilidades.

3.1.1 Repartição Simples

No regime financeiro de repartição simples (ou *pay-as-you-go*) as contribuições vertidas pelos indivíduos vinculados ao regime são utilizadas para pagar os benefícios mantidos pelo regime naquele mesmo período. Dessa forma, o segurado contribui para o regime hoje e tais contribuições servem ao pagamento dos benefícios mantidos hoje.

Há, aqui, um pacto entre gerações, em que a geração ativa paga os benefícios dos atuais aposentados, com a expectativa de que a próxima geração irá custear seus benefícios na futura inatividade. Daí decorre a tão falada solidariedade intergeracional da repartição simples, caracterizada por essa relação de dependência e de responsabilidade entre distintas gerações.

Naturalmente, a repartição simples tende a ser fortemente influenciada por variáveis que alterem características fundamentais de cada geração, em especial mudanças demográficas (tal como aumento da expectativa de vida ou redução da natalidade) e econômicas (como produtividade ou rotatividade), de modo que alterações drásticas ou não adequadamente antevistas podem desequilibrar a relação entre o passivo herdado por uma geração e sua capacidade contributiva. Basta imaginar uma sociedade que passe por um processo de inversão de pirâmide etária e que saia de uma relação de cinco trabalhadores ativos para cada aposentado, para uma relação de igualdade ou mesmo de maior número de aposentados. Esse exemplo, embora bastante repetido, é pedagógico sobre alguns dos desafios atuais enfrentados nas últimas décadas pelos regimes que adotam esse modelo.

Quanto aos ajustes, eles costumam se dar majoritariamente via reformas paramétricas, ou seja, reformas que mudam os parâmetros e requisitos para a concessão dos benefícios, tais como aumento da idade mínima de aposentadoria, majoração do tempo contributivo ou aumento das contribuições, dentre outros, um processo visto em todos os regimes previdenciários públicos brasileiros.

Embora as críticas à técnica de repartição simples sejam bastante conhecidas e reproduzidas, não devem ser desprezadas algumas de suas qualidades, bem como alguns dos obstáculos para a modificação de regimes com essa configuração.

Em primeiro lugar, a própria solidariedade intergeracional gera efeitos que podem ser considerados desejáveis, por exemplo, ao conferir maior segurança e independência em relação ao mercado de capitais.²⁰ Além disso, existem dificuldades consideráveis para a realização de reformas estruturais que mudem o financiamento de repartição para capitalização, tendo em

²⁰ Sobre esse debate, veja-se Ibrahim, 2011; e Sinn, 2004.

vista que uma geração inteira já cumpriu com suas obrigações contributivas, mas ainda não auferiu seus direitos adquiridos ou acumulados ao gozo de prestações previdenciárias. Caso a solidariedade intergeracional seja interrompida e a próxima geração ativa passe a custear os próprios benefícios (o que acontece na capitalização, como será visto adiante), os direitos previdenciários da geração anterior deverão ser custeados de alguma maneira alternativa (comumente via tributos gerais), o que impõe um custo de transição tão elevado que, no limite, pode inviabilizar qualquer alteração significativa.²¹

3.1.2 Capitalização

Nos modelos capitalizados, as contribuições da geração em atividade não se destinam ao pagamento imediato de qualquer benefício, e sim são acumuladas em fundos com finalidade previdenciária, que serão investidos ao longo do tempo. Depois de capitalizadas (isto é, investidas), tais contribuições deverão produzir montantes equivalentes aos valores atuais dos benefícios a serem pagos aos beneficiários no respectivo período.

Ou seja, os recursos vertidos são acumulados e investidos, de forma que o montante resultante dessa soma (contribuições acrescidas do retorno dos investimentos) seja suficiente para pagamento dos benefícios no futuro. Em outras palavras, aqui não há transferência imediata de recursos de uma geração para outra, mas sim o acúmulo de recursos de uma geração em poupança e investimentos previdenciários. É essa reserva acumulada durante a fase ativa que custeará as prestações futuras do próprio indivíduo ou grupo.

Assim, a dinâmica de custeio ora descrita difere daquela observada na repartição simples, já que não há responsabilidade previdenciária de uma geração com outra, o que faz com que questões como o envelhecimento da população tendam a ser menos impactantes para esse regime financeiro. Ademais, a formação de fundos capitalizados pode ajudar a promover objetivos macroeconômicos interessantes, como aumento do nível de investimento e fomento ao mercado de capitais nacional²². Isso faz com que países com regimes capitalizados relevantes possam alcançar ativos previdenciários acumulados extraordinários, como nos casos de Países Baixos (151% do PIB nacional), Austrália (131%) e Estados Unidos (79%), enquanto outros países com sistemas com maior protagonismo dos regimes de repartição costumam apresentar

²¹ Veja-se, sobre a discussão de tais custos no caso brasileiro, Giambiagi, 2018.

²² O que depende da existência de outras condições, tais como uma adequada estrutura regulatória. Sobre o tema, ver Mesa-Lago, 2021.

montantes muito mais modestos, casos do próprio Brasil (11%), França (9%) e Alemanha (6%) (OECD, 2024).

Embora tais benefícios devam ser levados em conta, muitas vezes o regime de capitalização é tratado como uma solução absoluta a todos os problemas atribuídos à técnica de repartição simples, o que é um equívoco, dado que a mera ausência de solidariedade intergeracional direta não significa a inexistência de riscos. Permanecem como fatores sensíveis nesse formato os riscos regulatórios, de mercado e demográficos, já que, em alguma medida, a capitalização de longo prazo depende da capacidade dos indivíduos em adquirir bens de consumo no futuro, o que também externaliza algum grau de dependência geracional.²³

A ausência de solidariedade intergeracional tampouco representa a inexistência de outras formas de solidariedade. Mesmo um plano capitalizado pode viabilizar outras formas de compartilhamento dos riscos, tais como solidariedade entre gêneros (e.g. homens contribuem para subsidiar eventual aposentadoria antecipada das mulheres), entre carreiras (e.g. os profissionais que se aposentam com maior tempo de contribuição subsidiam a aposentadoria de profissionais que se aposentam mais cedo) ou entre indivíduos (e.g. indivíduos que faleceram antes do esperado subsidiam a aposentadoria de indivíduos que tenham sobrevivido além da expectativa média).

Isto é, a existência de um regime capitalizado não significa (ao menos não necessariamente) a necessidade de adoção de uma capitalização *individual*. A existência de mecanismos de solidariedade como os acima mencionados pode ser influenciada, dentre outros fatores, pela modalidade dos benefícios.

3.2 Modalidade de benefícios (como pagar os benefícios?)

Um dos fatores mais centrais para a definição dos efeitos de um regime previdenciário é a escolha da modalidade de benefícios, ou seja, a forma como os benefícios programados²⁴ serão pagos.

²³ Sobre o tema, Ibrahim, 2011.

²⁴ Há uma distinção importante entre riscos sociais programados e os não programados (ou de risco). Fundamentalmente, consideram-se benefícios programados aqueles em que a materialização do risco social coberto é passível de ser prevista com razoável certeza. Eventos como idade avançada, por exemplo, podem ser antecipados com alguma precisão, como benefícios em face da idade avançada. Nesses casos, os regimes geralmente exigem critérios mais severos para a concessão do benefício, sejam nos contributivos (e.g. número elevado de contribuições) ou nos não contributivos (e.g., número elevado de anos de residência). Os benefícios programados contrapõem-se aos chamados não programados ou de risco, que garantem a cobertura em face de acontecimentos de ocorrência mais incerta, tais como incapacidade laborativa, desemprego ou maternidade. Justamente pela indeterminação da ocorrência ou do momento da ocorrência do risco social, não seria razoável exigir o cumprimento de critérios temporalmente maiores para garantir a proteção em face desses infortúnios, sob

A divisão central nesse ponto é entre as modalidades de benefício definido (BD) e contribuição definida (CD), cujas características principais são constrangedoramente autoexplicativas. Nos planos BD, a prestação é definida, enquanto a fase contributiva varia para se ajustar ao nível necessário para pagamento da prestação. Nos planos CD acontece o contrário, com predefinição do nível contributivo e, portanto, eventuais ajustes no benefício para que se adeque ao montante acumulado.

Vale ressaltar, embora pedagógica, essa dicotomia entre as categorias ‘puras’ de BD e CD, todo o mundo (inclusive o Brasil), presencia recentemente o fortalecimento de opções híbridas, que tentam combinar atributos de ambas as categorias que tentam aproveitar as vantagens e, principalmente, mitigar seus riscos associados a cada modalidade. Feita essa pequena antecipação, cabe detalhar um pouco melhor cada uma das duas categorias.

3.2.1 Benefício Definido

Como dito, na modalidade BD há uma predefinição da fórmula para o cálculo de um benefício geralmente vitalício. Como a reserva necessária para o pagamento do benefício é função desta fórmula, o que varia no período de sua constituição é a contribuição necessária, que será avaliada ao longo do tempo e ajustada sempre que necessário, por exemplo, caso haja alteração na expectativa de sobrevida dos futuros beneficiários.

Em outras palavras, nos planos BD existe um resultado previamente estabelecido para o segurado, pois ele receberá um benefício vitalício e com valor previamente calculado, que pode ser um montante fixo, um percentual da última remuneração ou mesmo uma fórmula um pouco mais complexa. Essa é a forma mais tradicional de concessão de prestações previdenciárias e, na verdade, aquilo que a maior parte dos indivíduos associa ao que é, verdadeiramente, um benefício de aposentadoria. Tal intuição tem fundamento, na medida em que prestações BD tendem a se alinhar com o objetivo final de qualquer plano previdenciário, que é garantir que os indivíduos efetivamente contarão com a cobertura durante toda a sua idade avançada. Traduzindo tais características em termos dos objetivos anteriormente descritos, trata-se de modalidade que é marcada por uma forte capacidade de compartilhamento de riscos, bem como de suavização da perda da renda durante a aposentadoria.

Aqui, enquanto a fase de gozo da prestação é estável e segura, na medida em que o indivíduo sabe exatamente o montante que poderá auferir mensalmente até o final de sua vida,

perigo de desamparar boa parte dos trabalhadores. Como indicado no texto, a determinação da modalidade do plano de benefícios é dada principalmente pelos benefícios programados.

o contrário ocorre com a fase ativa, que é mais incerta, diante da dificuldade de mensurar qual será o gasto total do plano com cada indivíduo.

Note-se que é possível que um segurado sem dependentes faleça no mesmo dia de sua aposentadoria e, assim, tenha vertido décadas de contribuições sem auferir qualquer benefício em retorno. Por outro lado, outro segurado que sobreviva à expectativa de sobrevida média poderá receber um total de prestações bem superior ao que verteu ao regime. Veja-se, que, nesse caso, há necessária solidariedade entre os indivíduos cobertos pelo plano, de modo que o foco em seu equilíbrio atuarial não é aferido individual, mas coletivamente. Em outros termos, esse formato admite que determinados indivíduos contribuam mais do que recebam e outros contribuam menos do que recebam, desde que haja um equilíbrio coletivo. A ideia de tal modalidade (e seu principal desafio) é justamente equilibrar esses riscos individuais dentro do coletivo coberto.

Além disso, caso necessário, o regime deverá identificar eventuais desequilíbrios ao longo do tempo e ajustar o nível das contribuições tempestivamente. Essas alterações podem ser necessárias, por exemplo, por mudanças na expectativa de sobrevida da sociedade, em sua estrutura familiar, no mercado de trabalho ou mesmo nos resultados dos investimentos das reservas capitalizadas (se for o caso), dentre outros. Como se percebe, caso não sejam feitos os ajustes necessários a tempo, esse formato pode conduzir à insuficiência das contribuições para custeio dos benefícios, ou seja, a um déficit no plano.

Note-se que não há um vínculo necessário dessa modalidade com um regime financeiro específico, de modo que prestações BD podem perfeitamente ser pagas tanto via repartição simples (caso do RGPS) ou via capitalização (como muitos planos complementares fechados no Brasil).

3.2.2 Contribuição Definida

Os planos CD partem da lógica inversa dos planos BD e tentam garantir maior estabilidade durante o período contributivo, ainda que às custas de aumento da incerteza na fase inativa.

Assim, os planos estruturados na modalidade CD não predeterminam o valor do benefício a ser auferido, que variará em função das reservas acumuladas no período contributivo. Como a própria nomenclatura indica, o que é previamente definido é a contribuição, que pode ser um valor fixo ou relativo (um percentual da remuneração, por exemplo). Ao final do período contributivo, será apurado quanto foi acumulado na conta

individual do indivíduo, resultado das contribuições vertidas acrescidas do retorno dos investimentos.

Esse montante acumulado limita o direito previdenciário do segurado, ou seja, ele poderá auferir na inatividade tão somente o valor de sua reserva. Em geral, permite-se que o segurado escolha o valor e o prazo de recebimento do benefício, como dividir o valor acumulado ao longo de um número pré-determinado de anos escolhido pelo segurado ou convencionada previamente. Durante esse período, as reservas acumuladas serão permanentemente ajustadas de acordo com a rentabilidade dos investimentos e, uma vez esgotadas as reservas do participante, cessará o benefício.

Se o benefício é cessado e o segurado segue vivo, qual é a solução dada por um plano CD? A resposta é que cessa a cobertura daquele risco e o regime não mais oferecerá qualquer prestação, eis que foram esgotados os montantes acumulados individualmente. Justamente por isso, essa modalidade sofre críticas quanto à sua caracterização enquanto instrumento verdadeiramente previdenciário, por não garantir uma cobertura efetiva, mas apenas oferecer um mecanismo de poupança individual.

Percebe-se que, nesse caso, inexistente a solidariedade interpessoal observada nos planos BD, com uma extrema individualização da cobertura. Justamente por isso, regimes CD costumam ser associados ao regime financeiro de capitalização, ainda que atualmente tenha ganhado relevância a proposta da chamada capitalização nocional, que permite a formatação de prestações mais individualizadas no âmbito de regimes de repartição simples.

No mesmo sentido, como forma de equilibrar essa característica de individualização extrema típicas da CD, têm ganhado força modalidades intermediárias, chamadas de contribuição híbrida ou contribuição variável (CV), que tentam combinar características CD ou algum grau de solidariedade interpessoal. A título de exemplo, é possível que, ao término da fase de acumulação, seja oferecida uma alternativa vitalícia, com base no montante acumulado e, portanto, com riscos menores do que os observados em um BD puro.

4. Como estruturar um sistema protetivo?

Tendo em vista os elementos anteriormente descritos, bem como os objetivos centrais de redistribuição, compartilhamento de riscos e/ou a suavização da perda de renda, passa-se a mostrar como eles usualmente são combinados, a fim de apresentar os desenhos estruturais mais tradicionais de regimes protetivos.

Aqui, vale a pena ter em mente que geralmente tais modelos são falhos em promover ao menos um dos objetivos. Isso não significa, em absoluto, que tal modelo não sirva como mecanismo válido em um sistema nacional de proteção social, mas apenas que é necessário ter em vista quais problemas ele é capaz de promover e quais deverão ser enfrentados por outros instrumentos.

4.1 Regimes não contributivos

Arranjos não contributivos são os primeiros regimes protetivos institucionais modernos, tanto em termos cronológicos, dado seu surgimento de forma institucionalizada ainda no século XV, com as *Poor Laws* inglesas, quanto em termos estruturais, eis que constituem um primeiro nível de segurança dos sistemas protetivos.

A característica fundamental desses mecanismos, como a própria nomenclatura evidencia, é a inexistência de exigências contributivas prévias, de forma que a concessão das prestações jamais depende da demonstração de custeio individual anterior, mas sim de outros requisitos que serão detalhados adiante.

Ao confrontar tal formato com os aspectos estruturais descritos no capítulo 3, fica claro que, diante da ausência de custeio individual, seu custeio se dá via tributos gerais, não cabendo falar em adoção de repartição simples ou de capitalização. Da mesma forma, a ausência de financiamento individualizado obriga a adoção da modalidade de benefício definido, utilizada como padrão em todos os modelos ora tratados. Além disso, durante a leitura de cada um dos modelos, sugere que as características descritas sejam pensadas também a partir dos conceitos descritos no capítulo 2, isto é, de cobertura pessoal, material e financeira.

São diversas as formatações possíveis, mas três merecem maior destaque: (i) regimes assistenciais, (ii) regimes universais ou *beveridgianos* e (iii) regimes de renda básica universal.

4.1.1 Assistência Social

A assistência social foi o primeiro modelo de proteção social institucional moderno, surgido com o objetivo de reduzir os ânimos e os movimentos migratórios das classes pobres em um cenário de profunda crise econômica e social vivida pela Inglaterra no século XV. Ainda que esse formato tenha passado por uma série de modificações ao longo do tempo desde então, suas características fundamentais ainda são as mesmas, em especial a vinculação dos direitos

assistenciais a três requisitos fundamentais: (i) demonstração de pobreza (*means-test*); (ii) a materialização de um risco social (e.g., idade avançada ou incapacidade laboral) e (iii) o cumprimento de critérios de ordem geográfica (geralmente nacionalidade ou residência por um período mínimo).

A demonstração da pobreza é o mais paradigmático dos critérios da assistência social e implica sua limitação apenas aos grupos economicamente mais vulneráveis da população. Essa característica torna a assistência uma proteção *a posteriori*, ou seja, garantida como último recurso, apenas caso efetivamente demonstrado que, sem ela, o indivíduo situa-se em um patamar abaixo do mínimo existencial estabelecido para aquela sociedade. Esse requisito pode ser empregado de distintas formas, como a partir da renda individual, da renda familiar ou inclusive de maneira residual a outros mecanismos protetivos, isto é, garantindo a proteção assistencial sempre que demonstrado que o indivíduo não auferia renda de regimes contributivos (*pension-test*).

Quanto aos demais requisitos, a exigência de ocorrência de um risco social deixa claro que tal modelo não tem como objetivo o combate à miséria *per se*, mas apenas de uma miséria decorrente de um motivo considerado como socialmente legítimo (à época da criação das *Poor Laws*, usava-se o conceito de ‘pobreza honesta’), tais como idade avançada ou deficiência, os dois riscos sociais cobertos pela assistência brasileira.²⁵ Dessa forma, caso um indivíduo esteja em situação de miséria por razões não previstas no rol coberto (no caso brasileiro, podem ser mencionados incapacidade temporária, maternidade, desemprego ou outras fatalidades da vida), ele não estará coberto.

Por fim, tendo em vista que não há contribuições prévias para vincular o indivíduo ao regime, a assistência, como todos os regimes não contributivos, costuma valer-se de critérios geográficos, com a exigência de que o assistido seja cidadão daquele país ou que cumpra com requisitos de residência no país. Geralmente exige-se que tal residência seja regular e por um período mínimo, que podem chegar a até vinte anos, como para algumas prestações assistenciais na Argentina.²⁶

Uma outra faceta da assistência social que merece menção são os programas de transferência condicionada de renda, tal qual o Bolsa-Família brasileiro. Muitas vezes esses mecanismos são classificados em uma categoria própria, o que é justificado não apenas pela

²⁵ Fala-se, aqui, do benefício assistencial previsto na Constituição da República e na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS e não dos programas de transferência de renda, como o Bolsa-Família. Esse tópico será detalhado mais adiante.

²⁶ Sobre o tema, ver Martins, 2022.

sua relevância e certa autonomia dos programas assistenciais clássicos, mas também pela diferença nos seus requisitos de elegibilidade.

Das diferenças principais, destacam-se duas: (i) a ausência da exigência de ocorrência de um risco social para a concessão do benefício (embora em alguns casos tal ocorrência possa gerar majoração das prestações) e (ii) a existência de condicionalidades para a concessão e manutenção da prestação, principal marca desse formato. Por condicionalidade, entende-se a exigência de certas obrigações relacionadas ao desenvolvimento de capacidades básicas, principalmente no âmbito de educação ou saúde, como o cumprimento de cronograma vacinal ou participação em cursos educacionais.

Em função de tais características, em especial seu requisito econômico, a assistência social se materializa como um regime altamente progressivo, na medida em que os recursos dessa política costumam alcançar os estratos mais pobres da população. Por outro lado, sua estruturação exige significativos dispêndios administrativos, por exemplo, para controle das informações de renda, da composição familiar ou do preenchimento das condicionalidades. Ainda nos problemas tipicamente associados a esse formato, estão a estigmatização de seus beneficiários e a chamada “armadilha da pobreza”, ou seja, que os limites à percepção de outras fontes de renda acabem por criar uma estrutura de desincentivos que dificulte sair da condição de miséria.²⁷

4.1.2 Regimes Universais ou Beveridgianos

Tradicionalmente, a formatação dos sistemas de proteção nacional partiu da combinação de programas assistenciais com regimes contributivos securitários, ainda hoje um dos desenhos mais comuns no mundo e, inclusive, o utilizado pelo Brasil. Os problemas típicos desse desenho são bastante conhecidos, em especial o risco que parte significativa da população reste desprotegida, por não cumprir com os requisitos de pobreza para a assistência, ao mesmo tempo em que não preencher os requisitos contributivos exigidos pelo arranjo securitário.

Os regimes universais surgem com o objetivo de enfrentar esse problema e oferecer uma proteção social mais ampla, que fugisse dos dois paradigmas anteriores e alcançasse uma proteção social praticamente plena. Sua ideia fundamental é oferecer um regime não contributivo a todos aqueles afetados por riscos sociais e que cumpram com determinados

²⁷ Sobre o tema, ver Parijs; Vanderborght, 2018.

requisitos geográficos, mas afastando a exigência do requisito de demonstração de pobreza adotado na assistência.

É esse o modelo utilizado na saúde pública brasileira²⁸ ou em arranjos de proteção econômica de países como Nova Zelândia ou Países Baixos. Nesse formato, geralmente o regime garante uma prestação fixa a todos os cidadãos ou residentes que sejam afetados pelos riscos cobertos. É comum que essa camada protetiva pode ser combinada também com regimes complementares fortes, que garantam benefícios superiores ao valor fixo (normalmente baixo) garantido pelo regime universal.

Como consequência de tais características, os regimes protetivos universais invertem as qualidades observadas nos regimes assistenciais, ou seja, possibilitam uma cobertura pessoal muito mais abrangente e simplificada (por eliminar procedimentos administrativos e burocráticos para fiscalizar o cumprimento dos requisitos econômicos ou das condicionalidades), mas, por outro lado, apresentam menor progressividade, na medida em que os recursos distribuídos não serão concentrados nos grupos de pessoas mais necessitadas.

4.1.3 Renda Básica Universal

O último modelo protetivo não contributivo que merece atenção é a renda básica universal, formato que, embora tenha ganhado bastante espaço no debate público recente, ainda é incipiente e conta apenas com experiências embrionárias isoladas e, na maioria das vezes, muito limitadas, tais como ocorridas no Alasca ou na Finlândia.²⁹

À diferença do que ocorre nos dois modelos anteriormente descritos, a proposta da renda básica universal é que a proteção não dependa da ocorrência de qualquer risco social ou critério econômico, mas tão somente do cumprimento de critérios geográficos. Assim, o benefício seria, em princípio, garantido a todos os cidadãos ou residentes, ainda que possa haver alguma restrição etária (e.g., com sua garantia apenas aos cidadãos maiores de idade) ou mesmo uma implementação gradual, com fases prévias que apresentem restrições à cobertura pessoal ou material.

O aspecto central de tal formato é deixar de condicionar a proteção econômica estatal à capacidade de trabalho, garantindo-a aos cidadãos/residentes com base em seu pertencimento

²⁸ Vale mencionar que até a promulgação da Constituição de 1988, a saúde pública brasileira era contributiva, de forma que, assim como ainda acontece com os regimes previdenciários brasileiro, seus beneficiários eram apenas aqueles que vertiam contribuições específicas. Os demais indivíduos dependeriam de uma rede muito mais escassa, como alguns hospitais universitários ou instituições filantrópicas.

²⁹ Sobre o tema, ver Parijs; Vanderborght, 2018.

àquela coletividade. Mesmo quando comparada com os programas de transferência de renda (que também não costumam exigir a materialização de riscos sociais), a renda básica universal se diferencia não apenas pela ausência de requisitos econômicos, mas também por não impor qualquer condicionalidade. Aqui, o elemento ensejador do benefício não é a ocorrência de um risco social ou a necessidade de proteger indivíduos em situação extrema de miséria, mas sim a compreensão de que o êxito econômico da sociedade deve ser, em alguma medida, compartilhado entre todos seus membros.

O debate sobre os possíveis benefícios e malefícios de tal formato é bastante rico, mas podem ser referidos como pontos positivos principais apontados pelos defensores da RBU sua enorme abrangência populacional, a redução de condutas clientelistas, redução da estigmatização relacionadas às políticas assistenciais e efeitos benéficos a eficiência na alocação dos trabalhadores, ao oferecer uma rede de segurança para que estes encontrem labor compatível com suas habilidades e pretensões. Também são apontados os custos administrativos menores e a redução de barreiras informacionais, além, é claro, dos debates e fundamentos morais e filosóficos sobre a própria natureza do trabalho e da proteção social.³⁰

Por outro lado, são feitas críticas também sobre os possíveis efeitos sobre o mercado de trabalho, com criação de desincentivos para que os beneficiários busquem o labor, sobre a baixa progressividade desse formato, e, principalmente, sobre os enormes custos inerentes à garantia de um benefício concedido praticamente à totalidade da população nacional.

4.2 Regimes contributivos

Por mais que haja crescido o debate sobre benefícios assistenciais, universais ou da RBU, os grandes protagonistas de qualquer sistema nacional de proteção nacional ainda são os regimes contributivos. Eles formam hoje o núcleo duro de praticamente qualquer sistema protetivo, bem como, na enorme maioria dos países, a maior despesa pública nacional e uma das políticas com maior apelo social, econômico e político.

Nesse formato, como o próprio nome não deixa escapar, o elemento central para a proteção é a existência de vínculo contributivo prévio, em que o indivíduo (geralmente o trabalhador) verteu cotização específica para o regime, característica que permite que os regimes contributivos sejam estruturados de maneiras mais diversas e complexas que os não contributivos.

³⁰ Sobre o tema, ver Parijs; Vanderborght, 2018.

Por exemplo, uma escolha inicial relevante é a própria administração dos regimes. Embora os principais regimes contributivos nacionais costumem contar com administração pública, é comum que entes privados ofereçam e administrem planos previdenciários, o que seria muito mais difícil no âmbito de regimes institucionais não contributivos. Da mesma forma, é recomendável, como se verá no capítulo seguinte, que os países articulem uma proteção previdenciária contributiva baseada não apenas em um regime, mas em uma combinação de múltiplos pilares, públicos e privados.

Também quanto à estruturação é possível a utilização de arranjos mais complexos que os observados nos regimes não contributivos, com adoção, no que diz respeito ao financiamento, tanto da repartição simples quanto da capitalização e no que diz respeito à modalidade das prestações, tanto de benefício definido como de contribuição definida.

Dito isso, embora todos possam ser classificados como regimes contributivos e suas características estejam cada vez menos bem delimitadas, uma divisão ainda útil é a entre modelos básicos e complementares, que leva em conta sua função dentro do sistema nacional e está usualmente relacionada a certas características estruturais.

Os regimes básicos seriam a primeira esfera de proteção contributiva garantida pelo Estado, geralmente de filiação obrigatória e associados a um modelo de administração pública, repartição simples e benefício definido, ou seja, todas as características que tendem a aumentar a redistributividade e o compartilhamento de riscos do arranjo, além, é claro, de também permitirem suavização da perda de renda. Em oposição, esses seriam combinados com regimes complementares, tradicionalmente caracterizados por administração privada, financiamento capitalizado e modalidade de contribuição definida,³¹ o que os torna, ao menos em princípio, mais individualizados e limitados ao objetivo de suavização da perda de renda.

Todavia, ainda que conhecer tais características fundamentais seja válido, novamente é importante compreender que esses dois arquétipos estão cada vez menos rígidos. Em primeiro lugar, diversas regiões do mundo (em especial a América Latina) promoveram reformas que mudaram características elementares de seus sistemas protetivos, as chamadas reformas previdenciárias estruturais. Nesses casos, os regimes básicos passam por mudanças como sua privatização (ainda que parcial), adoção da modalidade CD e/ou a utilização da capitalização,

³¹ Quanto à modalidade de benefícios nos regimes complementares, a predominância da CD é um fenômeno mais recente e, ainda hoje, existem inúmeros exemplos de regimes e planos que adotam modalidades BD ou híbridas, algo inclusive recomendado em orientações de organizações multilaterais para certos pilares protetivos. De qualquer forma, para efeitos pedagógicos, é possível afirmar que atualmente há associação dos regimes complementares com a formatação CD.

dentre outros. Além do famoso caso chileno, outros países que passaram por processos similares são México e Colômbia.

Ademais, reformas estruturais profundas podem ocorrer não apenas pela substituição das estruturas elementares dos regimes básicos, mas também via a redução dos regimes básicos (principalmente em termos de reposição financeira) e fomento ou criação de regimes complementares, ou seja, aqueles regimes desenhados para servirem como uma camada adicional de proteção ao regime básico.

Normalmente, esses regimes complementares não são voltados para estratos mais pobres da população, mas isso não significa que eles sejam um mecanismo exclusivo para os extremamente ricos. Diversos países adotam regimes básicos relativamente modestos combinados com arranjos complementares relevantes, não raramente de filiação obrigatória, que assumem protagonismo na reposição previdenciária mesmo para trabalhadores de renda média e, em alguns casos, até mesmo de rendas menores. Além do já mencionado caso dos Estados Unidos, Reino Unido, Dinamarca e África do Sul são exemplos de países que historicamente adotam esse formato. Além disso, outros como Uruguai passaram a adotá-lo após reformas estruturais.

Algo similar também ocorreu com os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) brasileiros. Desde o início da década passada, diversos entes federativos vinham limitando o montante dos benefícios de seus RPPS ao limite máximo do RGPS e, concomitantemente criando planos complementares de previdência para compensar tal alteração, medida permitida pela Emenda Constitucional nº 20/1998 e tornada obrigatória por ocasião da reforma promovida pela EC 103/2019. Sem dúvidas, o caso mais ilustrativo de tais regimes complementares é o dos planos administrados pela Funpresp, voltados para os servidores públicos federais.

Mesmo quando as mudanças não são tão profundas, é cada vez mais comum a utilização de estruturas intermediárias em substituição a esses modelos puros, com a tentativa de combinar seus benefícios e mitigar suas desvantagens. A título de exemplo, a modalidade de benefícios que mais ganhou peso nas últimas décadas no âmbito da previdência complementar fechada brasileira foi justamente a de contribuição variável. Mesmo alguns planos recentes formalmente classificados como CD, como os oferecidos pela Funpresp, guardam características de solidariedade que definitivamente o afastam do arquétipo de CD puro. No âmbito do RGPS, a última reforma previdenciária, ocorrida em 2019, tinha em seu projeto inicial a proposta de inserir no Brasil a capitalização nocional, aproximando o pagamento das prestações a uma modalidade CV.

4.3 Sistema de múltiplos pilares

A partir da descrição dos elementos estruturais fundamentais e dos principais modelos, fica evidente que cada uma dessas alternativas protetivas possui pontos fortes e fracos, alcançando públicos e objetivos distintos. É claro que um regime privado, capitalizado e CD dificilmente garantirá a redistribuição necessária para o atendimento de pessoas em estado de extrema miséria. Por outro lado, um regime assistencial não será capaz de alcançar uma elevada cobertura pessoal e, mesmo outros formatos não contributivos serão incapazes de viabilizar uma adequada suavização da perda de renda para indivíduos de renda média ou alta.

Por isso, ao longo das últimas décadas estabeleceu-se consenso sobre a importância de que os países instituíam não apenas um regime protetivo, mas um sistema integrado de regimes que, em conjunto, sejam capazes de garantir a segurança e estabilidade econômica nacional. Naturalmente, esse sistema e seus regimes componentes devem estar adaptados a cada realidade social, laboral e econômica, inexistindo uma solução universal que possa ser aplicada para todos os contextos (Holzmann, 2008). Ainda assim, há concordância sobre alguns princípios e aspectos fundamentais gerais que devem orientar a estruturação desse sistema baseado em múltiplos níveis (ou pilares) de proteção.

Algumas terminologias ou detalhes mudam de acordo com as diferentes concepções sobre o tema, mas, de uma forma geral, os principais organismos multilaterais, como OIT, OCDE ou Banco Mundial, reconhecem a necessidade de formatar um sistema composto por, ao menos, quatro regimes protetivos com características distintas.

Em primeiro lugar, deve ser constituído um pilar não contributivo capaz de garantir um piso protetivo mínimo, especialmente com o fim de promover redistribuição para as pessoas mais vulneráveis. Sua formatação pode ocorrer via assistência social ou um regime universal, e, portanto, com custeio via tributos gerais e na forma de benefício definido.³² Por exemplo, países como Brasil, Espanha ou Estados Unidos adotam primeiros pilares assistenciais, enquanto Nova Zelândia e Países Baixos utilizam arranjos universais.

Em seguida, sugere-se a sobreposição de três pilares contributivos, gradualmente mais individualizados. O primeiro deles tem como objetivo garantir um nível básico de reposição financeira para os trabalhadores e proporcionar suavização da perda de renda em caso de ocorrência de um risco social. Sua filiação costuma ser obrigatória para todos os que exercem

³² Em alguns casos esse pilar também pode ser provido via benefícios mínimos garantidos dentro do próprio regime contributivo, ainda que, nesse caso, a depender dos critérios de elegibilidade, possa haver alguma discussão sobre seu enquadramento como prestação não contributiva.

atividades remuneradas e, em alguns casos, esse pode ser o primeiro nível efetivo de segurança econômica para a maior parte da população (vide Figura 3). Dado que, além da função de suavização de perda de renda, esse pilar também possui objetivos redistributivos e solidários, geralmente ele é administrado pelo poder público e com a modalidade de benefício definido, ainda que existam exceções notáveis, como a do Chile. No caso brasileiro, esse pilar é ocupado pelo RGPS e pelos RPPS.

Para as rendas mais elevadas, orienta-se a formatação de um terceiro pilar relacionado à ocupação laboral do trabalhador, frequentemente com forte base na relação de emprego formal. Esse nível geralmente é estruturado de forma capitalizada, administração privada e comporta maior variação quanto à obrigatoriedade ou não de filiação ou quanto à modalidade de benefício, embora recentemente tenham predominado as modalidades CD ou híbrida. Mesmo que as funções do terceiro e do quarto pilar sejam entrelaçadas no Brasil, pode-se dizer que a previdência complementar associada ao vínculo de emprego (o pode acontecer tanto via planos abertos quanto fechados) cumpre essa função no país.

Por fim, recomenda-se que o Estado promova um último pilar complementar mais individual, que seja privado, capitalizado e estruturado na forma CD, cuja adesão seja facultativa, a fim de permitir um mecanismo para aqueles que pretendam contar com um nível ainda maior de reposição previdenciária. É o caso dos planos complementares individuais no Brasil.

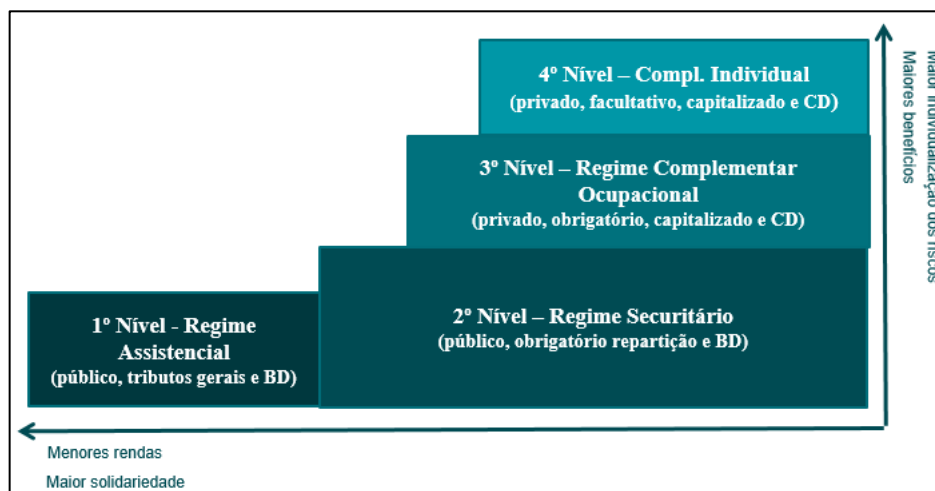
Por exemplo, dois formatos bastante comuns no mundo e em conformidade com tais recomendações podem ser ilustradas pelas Figuras 2 e 3:

Figura 2 – Exemplo de sistema protetivo na teoria de múltiplos pilares



Elaborada pelo Autor.

Figura 3 – Exemplo de sistema protetivo na teoria de múltiplos pilares



Elaborado pelo Autor.

Naturalmente, essas são apenas duas das inúmeras formatações possíveis de sistemas de proteção em múltiplos níveis. Mais do que uma exaustão dos modelos possíveis, o importante é compreender seus princípios fundamentais, bem como a relevância de uma formatação com sobreposição de arranjos com características distintas em termos tanto de sua estruturação, quanto de seus objetivos.

5. Conclusão

Como dito no início do texto, o objetivo do presente trabalho é oferecer uma perspectiva ao mesmo tempo básica e pouco frequente, com a descrição dos elementos estruturais fundamentais de qualquer regime protetivo.

Essa é uma perspectiva relevante não apenas por identificar conceitos centrais, mas também por oferecer novos caminhos práticos na operacionalização do direito previdenciário. Exemplificativamente, é perceptível a utilidade de alguns dos elementos tratados para compreender os impactos e as consequências de algumas das propostas recentes de reformas estruturais no Brasil, bem como para o desenho de teses jurídicas.

Veja-se, nesse sentido, que embora a EC nº 103/2019 tenha aprovado majoritariamente mudanças paramétricas no âmbito do RGPS, isto é, mudanças nos requisitos e critérios dos benefícios, como tempo mínimo de contribuição, idade ou fórmula de cálculo, seu o projeto original previa alterações estruturais muito mais profundas, modificando seu regime financeiro

e as modalidades de benefício do RGPS. No âmbito do que foi efetivamente aprovado, promoveu-se relevante reforma estrutural no âmbito dos RPPS, com determinação de que todos os entes federativos que ainda não o tenham feito, limitam seus regimes previdenciários públicos e o complementem via um regime privado, capitalizado e de contribuição definida.

Além disso, embora seja difícil prever com exatidão qualquer mudança futura, é bastante conservador afirmar que essa não foi a última reforma estrutural do sistema protetivo nacional, o que reforça a importância dos conceitos explorados para a compreensão das consequências jurídicas, econômicas e sociais da proteção social brasileira.

Referências

ANSILERO, Graziela; CONSTANZI, Rogério Nagamine; CIFUENTES, Ricardo. **Acompanhando a cobertura previdenciária pela PNAD Contínua**: propostas de indicadores para as diferentes versões da pesquisa. Brasília: IPEA, 2021.

ANSILERO, Graziela; CONSTANZI, Rogério Nagamine; FERNANDES, Alexandre. **A cobertura previdenciária segundo a PNAD Contínua**: uma proposta de mensuração da proporção de protegidos entre ocupados e idosos residentes no país. Brasília: IPEA, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Editora Forum. 2016.

BARR, Nicholas. **The economics of the welfare state**. Nova Iorque: Oxford University Press. 2020.

CHŁOŃ-DOMIŃCZAK, Agnieszka. **Gender Gap in Pensions**: Looking ahead. Bruxelas, Parlamento Europeu. 2017.

GIAMBIAGI, Fabio. SIDONE, Otávio. **A reforma previdenciária e o teto do Regime Geral de Previdência Social (RGPS)** (texto para discussão). BNDES. 2018.

HOLZMANN, Robert *et alli*. **Pension Systems and Reform Conceptual Framework**. World Bank. 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Niterói. Impetus. 2011.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO). **Social protection for maternity**: key policy trends and statistics. Geneva, 2015.

_____. **World social protection report 2017-19**: universal social protection to achieve the Sustainable Development Goals. Geneva: ILO, 2017.

MARTINS, Luis Lopes. **Proteção social brasileira de migrantes internacionais**: Obstáculos, tendências e propostas. 2022. Tese (Doutorado em Direito Previdenciário e do Trabalho) - PPGD, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro.

MESA-LAGO, Carmelo. **Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones em américa latina (1980-2020)**: promesas y realidades. Bonn: Fundación Friedrich Ebert, 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Pension funds' assets (indicator)**. 2024.

PARIJS, Philippe van; VANDERBORGHT, Yannick. **Renda básica**: uma proposta radical para uma sociedade livre e economia sã. São Paulo: Cortez, 2018.

PORTO, Valéria; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. **A previdência dos servidores públicos federais: um regime sustentável?** Brasília: CONSAD, 2015.

SINN, Hans-Werner. **The pay-as-you-go pension system as fertility insurance and an enforcement device**. Journal of Public Economics. 2004.

Sobre o autor

Luis Lopes Martins: Professor de Direito Previdenciário da Fundação da Fundação Getúlio Vargas – FGV e da pós-graduação em Direito Previdenciário da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS; Doutor em Direito Previdenciário e do Trabalho pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Mestre em Direito da Regulação pela FGV. ORCID: 0009-0001-9821-0924. E-mail: luis.martins@fgv.br

Os custos de oportunidade na resolução de conflitos previdenciários: uma análise prática sobre o tempo de contribuição especial por exposição ao agente nocivo ruído

Opportunity costs in resolving social security conflicts: a practical analysis of the special contribution time due to harmful noise exposure

Rafael Schmidt Waldrich

Resumo

Esta pesquisa tem como objeto realizar um estudo acerca dos principais custos de oportunidade envolvidos nas demandas recursais administrativas e nas ações judiciais previdenciárias relacionadas ao segurado, especialmente quanto ao benefício programável de aposentadoria especial por insalubridade decorrente de exposição ao agente nocivo ruído. Empregando as metodologias bibliográfica, descritiva, dedutiva, explicativa e indutiva, tem o objetivo geral de apresentar, com base teórica na Análise Econômica do Direito, quais são esses custos de oportunidade aos segurados, para auxiliá-los na decisão de qual é a melhor opção para demandar seu problema econômico. Para atingir esse objetivo geral, foram esquematizados os seguintes objetivos específicos: a) definir o que são custos de oportunidade; b) relacionar os principais custos de oportunidade que impactam o segurado no processo previdenciário; e c) considerando os custos de oportunidade investidos pelos segurados, trazer as principais variáveis que auxiliam o segurado a definir o recurso mais eficiente para a resolução dos conflitos previdenciários acerca do reconhecimento do tempo de contribuição como especial por exposição ao agente nocivo ruído.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direito Previdenciário; Custos de oportunidade; Conselho de Recursos da Previdência Social; Poder Judiciário; Eficiência.

Abstract

This research aims to carry out a study on the main opportunity costs involved in administrative appeals demands and social security legal actions related to insured, especially regarding the programmable benefit of special retirement due to unhealthy conditions resulting from exposure to the harmful agent noise. Using bibliographic, descriptive, deductive, explanatory and inductive methodologies, it has the general objective of presenting, based on a theoretical basis in the Economic Analysis of Law, what these opportunity costs are to policyholders, to assist them in deciding which is the best option. to demand their economic problem. To achieve this general objective, the following specific objectives were outlined: a) define what opportunity costs are; b) list the main opportunity costs that impact the insured in the social security process; and c) considering the opportunity costs invested by the insured, bring the main variables that help the insured to define the most efficient resource for resolving social security conflicts regarding the recognition of contribution time as special due to exposure to the harmful agent noise.

Keywords: Economic Analysis of Law; Social Security Law; Opportunity costs; Social Security Appeals Board; Judicial Power; Efficiency.

1. Introdução

Quando o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia responsável pela gestão dos benefícios e serviços previdenciários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), não reconhece determinado direito a um segurado, qual é a forma mais eficiente de reverter esta decisão? É sabido que no ordenamento jurídico brasileiro existem duas formas de se opor à decisão proferida pelo INSS: recorrer administrativamente, ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), ou propor ação perante o Poder Judiciário.

Mas, qual seria a melhor opção?

A solução dessa questão pode ser elaborada com base na Análise Econômica do Direito (AED), teoria que, pelo diálogo entre a Direito e a Economia, objetiva buscar resultados eficientes para a resolução de conflitos.

A AED defende que as pessoas, economicamente denominadas de agentes econômicos, optam por determinadas escolhas baseadas na racionalidade, pois almejam maximizar seus resultados. Assim, a busca por aplicar as premissas econômicas à solução de conflitos jurídicos considera que as escolhas dos agentes econômicos tendem a ser mais eficientes quando pautadas na maior quantidade de informações possíveis porque diminuem a possibilidade de perda.

Este artigo busca trazer, na prática, a aplicação das premissas da Análise Econômica do Direito na resolução de conflitos previdenciários. Sabendo da capilaridade do Direito Previdenciário, optou-se por fazer um recorte quanto à matéria que pode ser objeto de uma demanda: o reconhecimento do tempo de contribuição como especial por exposição ao agente nocivo ruído.

Considerando o tema recortado para uma análise econômica sobre o resultado, a depender do objeto do indeferimento do INSS, poderá ser mais eficiente demandar a resolução do conflito ao Conselho de Recursos da Previdência Social, órgão do Poder Executivo que faz o controle de legalidade no âmbito administrativo, ou ao Poder Judiciário.

¹ WALDRICH, Rafael Schmidt. Os custos de oportunidade na resolução de conflitos previdenciários: uma análise prática sobre o tempo de contribuição especial por exposição ao agente nocivo ruído. **Labuta**, v. 1, n. 1, p. 135-156, jan./jun. 2024.

² Waldrich, R. S. (2024). Os custos de oportunidade na resolução de conflitos previdenciários: uma análise prática sobre o tempo de contribuição especial por exposição ao agente nocivo ruído. *Labuta*, 1(1), 135-156.

Para o reconhecimento do tempo de contribuição como especial por exposição ao agente nocivo ruído são analisadas questões de prova, grau de exposição, metodologia de medição, fonte de informação, forma de exposição e equipamento de proteção individual. Saber como são os entendimentos do CRPS e do Poder Judiciário a respeito de cada um desses pontos constitui como incentivo e se valorar como custos de oportunidade que pesam ao agente econômico no momento de tomar a decisão de recorrer administrativamente ou de judicializar a demanda.

Por isso, este artigo apresenta as considerações gerais acerca da Análise Econômica do Direito, os principais custos de oportunidade envolvidos no processo previdenciário, especialmente em relação ao segurado, e também os custos de oportunidade de cada um dos pontos relacionados na análise do período em que o segurado alega estar exposto ao agente nocivo ruído para que tenha seu tempo de contribuição considerado como especial.

2. Aspectos gerais da Análise Econômica do Direito e sua aplicação no processo previdenciário

Este artigo tem como fundamento teórico a Análise Econômica do Direito, que parte da premissa de que as pessoas agem conforme seus interesses e decidem sempre com o intuito de maximizarem seus resultados; sendo, portanto, uma teoria baseada na racionalidade.

Desde o século XVIII, já se aferiu que a racionalidade, base nas ciências exatas, passou a colaborar com a gestão de resultados;³ entretanto, somente a partir do ano de 1960, estudos evidenciaram que os critérios econômicos também poderiam ser aplicados às regras jurídicas, dando azo à Análise Econômica do Direito (AED). Vale destacar que a Escola de Chicago era o termo utilizado para referenciar os professores da Universidade de Chicago que compunham o núcleo de estudos econômicos dessa Universidade.

Para Mackaay, pelos anos 1980, os professores vinculados a esse núcleo receberam o protagonismo por serem os principais propagadores dos ideais da AED, tornando-a reconhecida como uma ferramenta proponente de maximização de resultados, que veio para ser empregada

³ Os pensadores econômicos advogavam a autonomia individual e o liberalismo econômico, contrapondo-se a Marx e Engels, filósofos alemães que, sendo opositores da liberdade individual, sustentavam críticas à aplicação dos princípios da Economia ao Direito, pois concluíam não ser uma ferramenta que buscava a igualdade social. Pode-se afirmar que, para Marx, o Direito passa a ser conduzido pelos princípios do capitalismo, e não mais pela ordem social. Nesse sentido, Marx, 2005. e Marx, 1980.

no direito americano, no qual é vigente o sistema *common law*.⁴ A partir de então é que se passou a aceitar – e defender – que fatores econômicos podem ser colaborativos na aplicação do Direito, de forma a otimizarem resultados (MacKaay, 2000), e que a resolução de demandas legais, por meio de critérios econômicos, em busca de resultados eficientes, passou a integrar os mais variados ramos do Direito.

Não obstante, apesar de Direito e Economia se justificarem como colaborativos com a finalidade de buscar a eficiência de um pela aplicação do outro, cada qual reserva sua função essencial. Nesse sentido, George Stigler (1992)⁵ bem explica:

Se a eficiência é o problema fundamental dos economistas, a justiça é o farol orientador dos professores de Direito. [...] A diferença entre uma disciplina que busca explicar a vida econômica (e, de fato, todo comportamento racional) e uma disciplina que busca alcançar a justiça na regulação de todos os aspectos do comportamento humano é profunda. Essa diferença significa que, basicamente, o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam línguas diferentes.

Portanto, estabelecer um diálogo entre a verbalização do Direito e a precisão da Economia não parece ser uma das tarefas mais fáceis, uma vez que são, de fato, áreas autônomas:⁶ uma que busca o justo e a outra, o perfeito.⁷ Entretanto, a despeito das diferenças entre Direito e Economia, John Rawls defende que tanto o Direito quanto a Economia lidam com o problema da eficiência (Rawls, 2008, p. 6). Assim, a interlocução dessas duas matérias, com a aplicação das bases empíricas da Economia, pode vir a oferecer novos resultados na concretização da norma jurídica (Zanatta, 2012).

A AED tem, como uma de suas principais premissas, que as pessoas são agentes racionais e agem - e reagem - por incentivos⁸, com os objetivos de maximizar suas necessidades e de priorizar suas próprias preferências (Cooter, 2016, p. 3).⁹ Agir racionalmente, seguindo os incentivos que são expostos, em busca de um resultado que lhe sustente um determinado grau

⁴ Referenciam-se dois artigos – “O Problema do Custo Social”, de Ronald Coase, e “Algumas reflexões sobre a distribuição de riscos e a lei de responsabilidade civil”, de Guido Calabrese – publicados na década de 1960, ambos de grande importância a respeito da AED, nos quais os autores passaram a utilizar o termo “*Law and Economics*”: Coase, 1960; e Calabresi, 1991.

⁵ Tradução livre do original: “If efficiency is the fundamental problem of economists, justice is the guiding beacon of law professors. [...] The difference between a discipline that seeks to explain economic life (and, indeed, all rational behavior) and a discipline that seeks to achieve justice in regulating all aspects of human behavior is profound. This difference means that, basically, the economist and the lawyer live in different worlds and speak different language” (Stigler, 1992).

⁶ Conforme Salama (2011, p. 114), o Direito é verbal e hermenêutico e a Economia é matemática e empírica.

⁷ Para Posner (2007, p. 25), o Direito visa a aplicação daquilo que se entende por justo, enquanto a Economia utiliza-se da precisão científica.

⁸ Esses incentivos, motivadores da tomada da decisão, podem ser considerados um dos principais pontos de interseção entre Direito e Economia.

⁹ Tem-se, ainda, a afirmação de Becker, citado por Posner (2007, p. 25), que as escolhas racionais são ainda mais importantes em um mundo com cada vez mais recursos limitados.

de satisfação, é seguir uma lógica; pois, como dito, as pessoas agem com a finalidade de maximizar a satisfação de suas necessidades, e isso é lógico. Nesse sentido, quando as pessoas agem pela lógica e pela racionalidade exercem o pensamento vertical, pois consideram o campo analítico em suas decisões (Bono, 2012, p. 40-58).

O instinto do homem é agir conforme suas preferências para buscar determinados resultados, que podem se manifestar de várias formas. É comum que as pessoas relacionem que uma decisão com bons resultados é aquela que lhe traz ganhos e retornos financeiros. Entretanto, não só o capital econômico deve servir como parâmetro de sucesso para a tomada de decisão, mas também aqueles resultados que proporcionam felicidade, satisfação pessoal e até segurança. Cooter e Uler defendem que as sanções legais também agem como incentivos para a conduta do homem, pois norteiam a tomada de suas decisões (Cooter, 2016, p. 3). Assim sendo, a busca por esses resultados (como o dinheiro, a felicidade e a satisfação social) são incentivos que justificam que as pessoas se comportem e decidam conforme a necessidade.

Posner (2007, p. 26, 28, 29 e 35) utiliza-se de três fundamentos oriundos da economia para justificar que as escolhas das pessoas são racionais e são motivadas por incentivos: (a) nas relações de consumo, consoante a lei da demanda, as pessoas buscam alternativas para compensar o aumento do custo de determinado produto, considerando que o aumento de preço dos produtos reflete no interesse das pessoas em consumi-lo, ocasionando uma relação inversamente proporcional entre oferta e demanda; (b) as pessoas analisam o custo de oportunidade para justificar suas escolhas, sendo que essa espécie de custo se relaciona ao benefício pelo sacrifício empenhado em um determinado recurso, que não poderá ser utilizado por outra pessoa; e (c) em uma análise de mercado, a alocação de recursos deve ocorrer onde o valor desses recursos é considerado mais alto, maximizando o resultado, que considera a particularidade das externalidades de cada agente.

Na nova era de estudiosos, podemos citar Alexandre Morais da Rosa, que se ocupa a explicar a AED no Direito Penal; André Ramos Tavares, a AED no Direito Constitucional; Jan Felipe Silveira, a AED no Direito do Consumidor; Rafael Bicca Machado, a AED no Direito Empresarial; entre muitos outros. No âmbito do Direito Previdenciário, a AED pode ser aplicada em inúmeras situações que vão desde questões mais amplas, como o estudo da Previdência como meio de desenvolvimento econômico ou para justificar necessárias reformas previdenciárias, até questões de ordem processual, relacionadas à solução de casos concretos por meio da aplicação das premissas econômicas, sendo esse último o principal motivador desta tese.

O Direito Previdenciário, como uma das espécies do sistema protetivo brasileiro, tem seu Regime Geral de Previdência Social administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal de direito público interno, que, por sua vez, recebe os pedidos de benefícios, analisa e, ao final, concede ou indefere o requerimento. Para reformar a decisão do INSS, o ordenamento jurídico legitima duas possibilidades: a) a interposição de recurso administrativo e b) a ação judicial.

Na ótica da AED, a questão é que tanto a interposição do recurso administrativo quanto a demanda judicial em face do INSS implicam, para os agentes econômicos envolvidos no processo, custos de oportunidade que configuram uma avaliação dos benefícios que serão perdidos ao escolherem a via administrativa em detrimento da via judicial e vice-versa. Ao fazerem a escolha por uma dessas vias permitidas pelo ordenamento jurídico, renunciam não serão aproveitados,

Os custos de oportunidade se relacionam a quanto os agentes econômicos deverão dispor e investir para que seu problema seja solucionado, sendo que, para a AED, quanto menor for o custo de transação para a resolução do conflito, mais eficiente é o resultado.

Assim sendo, questões como duração razoável do processo, perspectivas de decisões favoráveis – baseadas especialmente na jurisprudência – e até a segurança jurídica são incentivos que revestem o custo de oportunidade do processo previdenciário na resolução de conflitos, e que merecem serem estudados e compreendidos na aplicação tanto administrativa quanto judicial.

Neste sentido, este trabalho tem, como um de seus escopos, mapear quais são os principais custos de oportunidade que envolvem especificamente o segurado ao demandar seu problema econômico ao Conselho de Recursos da Previdência Social ou ao Poder Judiciário. Aposta-se que ao serem esclarecidos esses custos de oportunidades, os segurados poderão escolher, racionalmente, qual o melhor caminho para demandar seu problema econômico, até porque, para a AED a informação é algo muito importante para a tomada da decisão.

3. Os custos de oportunidade que envolvem o processo previdenciário na resolução de conflitos

Como visto, a Análise Econômica do Direito parte do princípio de que as pessoas tomam suas decisões baseadas na racionalidade e sempre buscam caminhos que viabilizem o resultado mais vantajoso e satisfatório possível. Nas premissas que compõe essa teoria, questões

inerentes a valores, custos de oportunidades e eficiências são fundamentalmente consideradas no organograma da resolução dos conflitos.

Para a AED, o *start* do agente para a tomada de suas decisões na busca pela resolução do problema econômico ao qual está envolvido deve passar por uma análise acerca dos valores que considera serem importantes. Como esses valores tomam a forma de incentivos ao agente econômico na tomada de suas decisões, as informações que chegam para esse agente econômico são de extrema importância, pois ele só poderá decidir racionalmente se sua ação for pautada pela análise das informações de valores e custo de oportunidades.

Dessa maneira, a própria racionalidade, que é a base para a tomada de decisões das pessoas, sugere que, na ação de decidir, considera-se a busca por maiores vantagens (maximização de resultados) ao ponto de correr os menores riscos possíveis, de modo que os incentivos que aparecem ao agente econômico funcionam como dicas que norteiam o fluxo de suas decisões.

Assim, se o INSS indefere um benefício previdenciário, o segurado, discordando da decisão da autarquia previdenciária, pode pleitear a sua reforma perante o Conselho de Recursos da Previdência Social ou perante o Poder Judiciário; e os fatores que irão influenciar o segurado a escolher a forma administrativa ou a judicial consideram os incentivos dispostos a ele – o agente envolvido no problema econômico –, pois esses incentivos definem o melhor custo/benefício à vista do custo de oportunidade que está sendo oferecido, inclusive para sugerir ou definir a melhor estratégia aos *players* do processo.

Os incentivos, custos de oportunidade e os próprios agentes econômicos podem variar de acordo com seus interesses e fase do processo.

A exemplo disso, considerando que o problema econômico é a resolução de um conflito previdenciário, no caso de que o problema econômico seja demandado para o Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), os agentes econômicos relacionados podem ser os segurados (ou dependentes), os conselheiros (que julgarão o processo) e o INSS (parte recorrida); já se a resolução de conflitos for demandada ao Poder Judiciário, os agentes econômicos são outros, envolvendo, além dos segurados (ou dependentes), o magistrado, a Advocacia Geral da União e o Ministério Público Federal, cada qual com sua estrutura.

Os incentivos e custos de oportunidade também variam de acordo com os interesses dos agentes econômicos. Acerca disso, pode-se entender que, sob o aspecto da administração pública, além do interesse em manter o seu resultado inicial quanto à decisão tomada na análise do requerimento de benefícios, também lhe importa diretamente o custo de operação, relacionado ao gasto e à despesa financeira para esta operação.

Por outro lado, pelo aspecto do segurado, enquanto agente econômico, seus custos de oportunidade são voltados ao resultado do conflito, uma vez que, para ele, não importa qual a despesa do Estado na resolução do seu conflito. Nesse sentido, para o agente econômico segurado, o que importa são os valores intrínsecos aos custos de oportunidade relacionados principalmente à duração razoável do processo, à capacidade de produção em relação à aplicação de entendimentos e à segurança jurídica, que lhe darão subsídios para decidir se o valor investido no recurso administrativo é menor ou maior do que o custo para demandar ao Poder Judiciário.

Sobre a duração do processo, no âmbito do CRPS estima-se o prazo de 1 ano e 4 meses¹⁰ até decisão de primeira instância, proferida pelas Juntas de Recursos da Previdência Social (JRPS). Caso haja recurso especial para as Câmaras de Julgamento, esse prazo é acrescido de aproximadamente 11 meses (Brasil, 2023a). Já no Poder Judiciário, conforme dados do CNJ (Brasil, 2020), em 2020 o tempo para os Juizados Especiais Federais proferirem a decisão de primeiro grau foi, em média, de 7 meses e as Turmas Recursais decidiram os recursos na média de 1 ano e 8 meses. Com base nesses dados, se uma ação judicial tramitar até a Turma Recursal, seu tempo médio de duração até a decisão final é também de 2 anos e 3 meses, como ocorre no CRPS.

Portanto, sob o aspecto da duração do processo, pode-se avaliar duas questões: se não houver recurso para as Turmas Recursais, o processo judicial é significativamente mais célere do que o processo recursal administrativo; entretanto, havendo recurso para as Turmas Recursais, o prazo é praticamente o mesmo. Portanto, o que deve ser verificado é se a matéria discutida tem por costume ser rediscutida em grau de recurso no âmbito judicial.

Ainda na perspectiva de custo de oportunidade ao segurado, a capacidade de produção de resultados é outro valor a ser considerado. Na forma que o CRPS está atualmente organizado, conforme preceitua o artigo 76 da Portaria nº 4.061 (Brasil, 2022a), que disciplina o regimento interno do CRPS, as decisões dos conselheiros deverão estar necessariamente em conformidade com a lei, os decretos presidenciais, os pareceres da Consultoria Jurídica (CONJUR) do Ministério (aprovados pelo Ministro de Estado), as súmulas e os pareceres da Advocacia Geral da União (AGU) e os enunciados editados pelo Conselho Pleno do CRPS.

¹⁰ Para definirmos este prazo de 1 ano e 4 meses, consideramos que, no tempo médio entre o protocolo do recurso até sua distribuição para uma Junta de Recursos, há uma demora aproximada de 4 (quatro) meses, conforme exemplo verificado no recurso administrativo previdenciário 44.233.650542/2018-05. Após a distribuição para uma unidade de julgamento, a estimativa para o julgamento é de 1 (um) ano, conforme pode ser verificado no Painel de Produção do CRPS (Brasil, 2023a).

Assim sendo, o que se verifica é que o CRPS exerce um controle de legalidade limitado, especialmente pelo fato de subordinar suas decisões aos decretos presidenciais, pareceres da CONJUR e súmulas da AGU, ficando fundamentalmente submisso aos ideais do Poder Executivo, especialmente da AGU, que, por sua vez, é justamente o órgão que representa, judicial e extrajudicialmente¹¹, a União e também o INSS.

Por isso, a depender da matéria a ser apreciada no CRPS, esta poderá constituir altíssimo custo de oportunidade, motivando a demanda da resolução do problema econômico ao Poder Judiciário.

Desta forma, reiterando que para a AED a informação ao agente econômico é algo muito importante, torna-se necessário que o agente interessado saiba quais são as regras aplicáveis ao seu problema econômico.

Dito isto, este artigo se preocupou em fazer uma pesquisa acerca dos custos de oportunidade relacionados ao reconhecimento do tempo de contribuição como especial por exposição ao agente nocivo ruído, que será apresentado a seguir.

4. Questões práticas dos custos de oportunidade envolvidos na resolução de conflitos previdenciários: o exemplo do ruído

A ação dos agentes econômicos considera especialmente os custos de oportunidade que estão envolvidos no processo de resolução de conflitos e, baseado nisso, as pessoas decidem qual a melhor estratégia para, sem desagradar, obter um resultado eficiente. Estes custos de oportunidade são mensurados pelas informações diretas e indiretas que os agentes econômicos têm ao seu dispor.

Trazendo isso ao processo previdenciário e para efeitos deste artigo, busca-se analisar economicamente qual seria a melhor opção para demandar a resolução de conflitos previdenciários acerca da análise do tempo de contribuição especial por exposição a agente nocivo ruído.¹² Nesse sentido, na forma tratada anteriormente, quando o INSS indefere algum pedido de benefício o segurado interessado (agente econômico) poderá demandar a resolução de seu conflito ou ao Conselho de Recursos da Previdência Social ou ao Poder Judiciário. Mas,

¹¹ O artigo 131 da CRFB/88 traz a competência da Advocacia-Geral da União como sendo “a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (Brasil, 1988).

¹² A opção por esse assunto ocorre por ser um tema que gera significativa demanda tanto ao CRPS quanto ao Poder Judiciário.

qual é o caminho mais vantajoso para o segurado? Qual a opção pode ser considerada a mais eficiente?

A resposta para essas perguntas está diretamente relacionada aos custos de oportunidade aplicados ao processo na resolução de conflitos, e que variam de acordo com o interesse do agente econômico. Se partirmos do pressuposto de que o interesse do segurado, enquanto agente econômico, é de que tenha o seu benefício concedido o mais rápido possível, temos duas questões importantes que afetam o custo de oportunidade: a duração do processo e o possível resultado.

Na seção anterior já tratamos acerca da duração razoável do processo comparativamente, mas, outro ponto a ser analisado é sobre a perspectiva de resultado. Acerca disso, para definir se o CRPS será mais vantajoso do que o Poder Judiciário, ou vice-versa, o que deve ser verificado é como a matéria objeto do problema econômico vem sendo decidida em cada órgão. Nesse aspecto, aqui, iremos analisar economicamente os incentivos que norteiam os custos de oportunidade sobre o reconhecimento de tempo de contribuição como especial por exposição a agente nocivo ruído.

Desde a Lei nº 3.807/60 (Brasil, 1960), a legislação ordinária passou a garantir o direito de reconhecimento com tempo de contribuição especial àqueles que exerceram atividade remunerada expostos a agentes nocivos, que podem ser químicos, físicos e biológicos. Os Decretos nºs 53.831/64 (Brasil, 1964), 72.771/73 (Brasil, 1973), 83.080/79 (Brasil, 1979), 2.172/97 (Brasil, 1997) e 3.048/99 (Brasil, 1999) regulamentam quais são os agentes nocivos que, no caso de exposição do trabalhador, possibilitam que o tempo de contribuição possa ser considerado como tempo de contribuição especial¹³.

Para que a exposição ao agente nocivo ruído viabilize a contagem de tempo de contribuição como especial aos trabalhadores são analisados alguns critérios, tais como: prova de exercício da atividade; grau de exposição; metodologia de medição; forma de exposição; fonte de informação e equipamento de proteção individual.

4.1 Prova do exercício da atividade

A prova do exercício da atividade por exposição a agentes nocivos é comumente relacionada à apresentação, desde 01/01/2004, do Perfil Profissiográfico Previdenciário

¹³ Para fins previdenciários, sendo o tempo de contribuição considerado como especial, o período pode trazer, ou um redutor no tempo básico de cálculo do segurado (no caso de aposentadoria especial), ou um acréscimo no tempo de contribuição comum (no caso de aposentadoria por idade ou aposentadoria por tempo de contribuição).

(PPP),¹⁴ formulário de atividade especial, previsto no § 4º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91, cabendo a empresa “elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento” (Brasil, 1991).

Acerca da questão probatória, há casos em que o segurado não apresenta o PPP para comprovar sua atividade especial, muitas vezes sob a alegação de que a empresa não existe mais e que não há responsável legal para a emissão do documento. Neste sentido, por vezes, são apresentados formulários de terceiros para subsidiar a prova. Quando desta situação, o CRPS, por ter suas decisões vinculadas ao Decreto e à Lei, vem entendendo que o formulário da atividade especial é personalíssimo, não aceitando formulário de terceiros para a comprovação da exposição a agentes nocivos por similaridade. Melhor sorte não assiste ao segurado se demandar esta situação ao Poder Judiciário, que também vem entendendo pela impossibilidade de utilização de PPP de terceiros.¹⁵

Assim, em relação a esse ponto, o custo de oportunidade em demandar ao CRPS ou ao Poder Judiciário é o mesmo, pois ambos deixam de aceitar o formulário em nome de terceiros.

4.2 Grau de exposição

O agente nocivo ruído, objeto deste estudo, é considerado um agente físico e sua análise para fins de reconhecimento como tempo especial é quantitativa, exigindo, portanto, um grau mínimo de exposição.¹⁶ Acerca desse aspecto quantitativo, considerando as alterações legislativas que ocorreram ao decorrer dos anos, a exposição do trabalhador ao agente nocivo ruído deverá ser: superior a 80 dB(A), para períodos trabalhados até 05/03/1997; superior a 90 dB(A), para períodos trabalhados de 06/03/1997 a 18/11/2003; e superior a 85 dB(A) para os demais períodos trabalhados após 18/11/2003.

¹⁴ Oportunamente, vale ressaltar que antes da criação do PPP (portanto, referente aos documentos emitidos até 31/12/2003) eram utilizados os formulários denominados de DIRBEN-8030, SB-40, DISES BE 5235 e DSS-8030 (a depender da época).

¹⁵ A exemplo disso, destacam-se as decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região. TRF4 na Apelação Cível 5003001-38.2019.4.04.7001/PR (Brasil, 2023d) e na Apelação Cível 5001726-04.2017.4.04.7008/PR (Brasil, 2022b), respectivamente relatadas pelos Desembargadores Federais Márcio Antonio Rocha, em 07/11/2023, e Oscar Valente Cardoso, em 19/07/2022.

¹⁶ A fundamentação do reconhecimento do tempo de contribuição como especial pela exposição ao ruído acima de um determinado limite de tolerância está prevista: a) no quadro do Anexo do Decreto nº 53.831, de 25-03-1964; b) no Quadro I do Decreto nº 72.771, de 06-09-1973; c) no Anexo I do Decreto nº 83.080, de 24-01-1979; d) no Anexo IV do Decreto nº 2.172, de 05-03-1997 e e) no Anexo IV do Decreto nº 3.048, de 06-05-1999, alterado pelo Decreto nº 4.882, de 18-11-2003.

A exemplo da questão probatória, não se verifica divergências entre o CRPS e o Poder Judiciário quanto ao aspecto quantitativo do ruído, tendo, portanto, o mesmo custo de oportunidade.

4.3 Metodologia de medição

Se nos aspectos anteriores não se verifica disparidade entre CRPS e Poder Judiciário, por outro lado, quanto à metodologia de medição para aferição do ruído é deveras controverso. Isso porque a legislação previdenciária não é objetiva a respeito desse assunto, dando margem a interpretações. Para o INSS, a metodologia e os procedimentos de avaliação devem ser feitos conforme as orientações das Normas de Higiene Ocupacional (NHO), da FUNDACENTRO, que utiliza o Nível de Exposição Normalizado (NEN) para aferição do ruído (FUNDACENTRO, 1999).

Por outro lado, o Conselho de Recursos da Previdência Social definiu pela possibilidade da aplicação tanto das Normas de Higiene Ocupacional 01 (NHO-01), da FUNDACENTRO, quanto da Norma Regulamentadora nº 15 (NR-15) (Brasil, 2014a). Neste sentido, traz o Enunciado nº 13 do CRPS:

Atendidas as demais condições legais, considera-se especial, no âmbito do RGPS, a atividade exercida com exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/97, superior a 90 decibéis desta data até 18/11/2003, e superior a 85 decibéis a partir de então.

I – Os níveis de ruído devem ser medidos, observado o disposto na Norma Regulamentadora n. 15 (NR-15), anexos 1 e 2, com aparelho medidor de nível de pressão sonora, operando nos circuitos de compensação – dB (A) para ruído contínuo ou intermitente e dB (C) ou dB (linear) para ruído de impacto.

II – Até 31 de dezembro de 2003, para a aferição de ruído contínuo ou intermitente, é obrigatória a utilização das metodologias contidas na NR-15, devendo ser aceitos ou o nível de pressão sonora pontual ou a média de ruído, podendo ser informado decibelímetro, dosímetro ou medição pontual no campo “Técnica Utilizada” do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP).

III – A partir de 1º de janeiro de 2004, para a aferição de ruído contínuo ou intermitente, é obrigatória a utilização da técnica/metodologia contida na Norma de Higiene Ocupacional 01 (NHO – 01) da FUNDACENTRO ou na NR-15, que reflitam a medição de exposição durante toda a jornada de trabalho, vedada a medição pontual, devendo constar no PPP o nível de ruído em Nível de Exposição Normalizado – NEN ou a técnica/metodologia “dosimetria” ou “áudio dosimetria”. [...] (Brasil, 2021a)

No âmbito do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), deliberando sobre esse assunto, pela sistemática de recursos repetitivos, no Tema 1.083 fixou esta tese:

O reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais pela exposição ao agente nocivo ruído, quando constatados diferentes níveis de efeitos sonoros, considerando-se apenas o nível máximo aferido (critério "pico de ruído"), a média

aritmética simples ou o Nível de Exposição Normalizado (NEN). Ausente essa informação, deverá ser adotado como critério o nível máximo de ruído (pico de ruído), desde que perícia técnica judicial comprove a habitualidade e a permanência da exposição ao agente nocivo na produção do bem ou na prestação do serviço (Brasil, 2021b).

Conforme se verifica, a decisão do STJ deixou de reconhecer a possibilidade de aplicar, de forma subsidiária, as orientações da NR-15 que, por vezes, é a metodologia utilizada pelas empresas na medição do ruído.

Cabe destacar que o julgamento de um recurso pelo STJ, conforme a sistemática do Recurso Repetitivo, obriga que a tese definida seja aplicada dos demais processos com igual questão jurídica (Brasil, 2024). É importante também destacar que as orientações consignadas em Enunciados do CRPS são necessariamente vinculantes às demais decisões desse Conselho.

Desta forma, numa análise de custos de oportunidade, o que se verifica é que o entendimento do CRPS quanto à metodologia de aferição do ruído é mais vantajoso do que a tese fixada no âmbito do Poder Judiciário, constituindo meio mais eficiente para a resolução de conflitos nesta temática.

4.4 Forma de exposição

A Turma Nacional de Uniformização (TNU) havia consolidado entendimento pela Súmula 49: “para reconhecimento de condição especial de trabalho antes de 29/04/1995, a exposição a agentes nocivos à saúde ou integridade física não precisa ocorrer de forma permanente”, posição salvaguardada pelo STJ.¹⁷ Porém, com o advento da Lei nº 9.032/95 (Brasil, 1995), o reconhecimento do tempo de contribuição como especial por exposição a agentes nocivos depende de o trabalhador ter estado exposto de forma permanente.

No âmbito do CRPS, esse assunto já foi objeto de análise por seu Conselho Pleno, que entendeu a exigibilidade de que a exposição aos agentes nocivos deve ser permanente após a edição da Lei nº 9.032/95. Apesar dessa decisão ter resultado na publicação das Resoluções 20/2014 (Brasil, 2014b) e 21/2014, o Conselho Pleno revisitou a matéria e entendeu que, excepcionalmente, “Admite-se a exposição ocasional e intermitente ao agente nocivo desde que esta seja inerente à atividade do segurado”, editando em 2018, as Resoluções 39 (Brasil, 2018a) e 40 (Brasil, 2018b).

Analisando economicamente esse aspecto da forma de exposição, não se verifica maior

¹⁷ Conforme discorrido no julgamento do Tema 1.083, do STJ.

ou menor custo de oportunidade para resolução de conflitos, pois o entendimento aplicado no Poder Judiciário e no CRPS são muito parecidos.

4.5 Fonte de informação

O penúltimo ponto selecionado para a análise de custo de oportunidade na busca pelo reconhecimento do tempo especial por exposição a agente nocivo ruído é acerca da fonte de informação do próprio agente.

Conforme verificado acima, a prova da exposição a agentes nocivos se dá com a apresentação do atual Perfil Profissiográfico Previdenciário, formulário de atividade especial, preenchido pela empresa com base nas informações colhidas de Laudo Técnico.

Nesse sentido, o § 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91 (Brasil, 1991) estabelece que:

[...] a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

Existem duas questões de destaque quanto aos levantamentos ambientais: uma relativa à possibilidade – ou não – de serem utilizadas informações de laudo extemporâneo ao período trabalhado; e outra referente à possibilidade – ou não – da utilização de laudo por similaridade.

No Poder Judiciário, a TNU asseverou pela Súmula nº 68 que “o laudo pericial não contemporâneo ao período trabalhado é apto à comprovação da atividade especial do segurado” (Brasil, 2012). Em sentido parecido, o CRPS assim disciplinou por seu Enunciado nº 11:

O LTCAT ou as demonstrações ambientais substitutas extemporâneas que informem quaisquer alterações no meio ambiente do trabalho ao longo do tempo são aptos a comprovar o exercício da atividade especial, desde que a empresa informe expressamente que, ainda assim, havia a efetiva exposição ao agente nocivo.

Por outro lado, existe divergência acerca da possibilidade ou não de laudo por similaridade como prova da exposição a agentes nocivos, inclusive ao ruído.

Pelo Poder Judiciário, verifica-se a possibilidade da utilização de laudo técnico por similaridade como prova¹⁸, tendo o Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4) inclusive editado a Súmula nº 106, com seguinte teor: “Quando não é possível a realização de perícia técnica no local de trabalho do segurado, admite-se a produção desta prova em empresa

¹⁸ Conforme decisões do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. TRF4, na AC nº 2006.71.99.000709-7, do Relator Desembargador Federal Celso Kipper (Brasil, 2007), e na APELREEX nº 2008.71.08.001075-4, do Relator Juiz Federal Guilherme Pinho Machado (Brasil, 2009).

similar, a fim de aferir a exposição aos agentes nocivos e comprovar a especialidade do labor” (Brasil, 2016).

Já no CRPS, como não há previsão da utilização de laudo técnico por similaridade em normas que lhe são vinculantes, dificilmente será deferida a utilização desse meio de prova em favor do trabalhador. A exemplo disso, as decisões proferidas nos recursos nºs 44.233.306914/2020-75 (Brasil, 2023b) e 44.233.473351/2020-20 (Brasil, 2023c) deixam de reconhecer o laudo técnico por similaridade tanto por ausência de norma vinculante, como pela ausência de jurisprudência administrativa em sentido contrário. Aliás, registra-se que até agora desconhece-se decisão favorável à utilização de laudo técnico por similaridade no âmbito do CRPS.

Desta forma, o custo de oportunidade na resolução de conflito dessa natureza é significativamente menor no Poder Judiciário do que no CRPS.

4.6 Equipamento de proteção individual

Por fim, último requisito pontuado para a análise de custo de oportunidade na resolução de conflitos quanto o objeto é o reconhecimento do tempo de contribuição por exposição a agente nocivo ruído refere-se ao equipamento de proteção individual.

Entre as tantas informações que constam no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), uma delas se refere ao fornecimento do equipamento de proteção individual (EPI) pela empresa bem como sua eficiência e eficácia na atenuação – ou, até neutralização – do fator de risco imposto pela exposição aos agentes nocivos.

O artigo 64, § 1º, do Decreto nº 3.048/99 traz que “a efetiva exposição a agente prejudicial à saúde configura-se quando, mesmo após a adoção das medidas de controle previstas na legislação trabalhista, a nocividade não seja eliminada ou neutralizada” (Brasil, 1999).

No âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o que se verifica é que, ao constar no formulário de atividade especial a capacidade de neutralização do agente nocivo pelo fornecimento do EPI, tornar-se-ia indevido o reconhecimento do tempo de contribuição como especial.

Não obstante, essa matéria é, deveras, controvertida, tanto que chegou a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335 (com repercussão geral), entendeu da seguinte forma (Brasil, 2014c):

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negou provimento ao recurso extraordinário. Reajustou o voto o Ministro Luiz Fux (Relator). O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, que só votou quanto ao desprovimento do recurso, assentou a tese segundo a qual o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. O Tribunal, também por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki, assentou ainda a tese de que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

Corolário do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho de Recursos da Previdência Social sumulou prática mais apurada em relação ao entendimento estabelecido no âmbito do Poder Judiciário, conforme se verifica em seu Enunciado nº 12: “O fornecimento de equipamento de proteção individual (EPI) não descaracteriza a atividade exercida em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho. [...]” (Brasil, 2019).

Pode-se aferir que a maior diferença entre o entendimento estabelecido pelo STF e o CRPS quanto ao EPI gira em torno da capilaridade de sua aplicação nos agentes nocivos, uma vez que, enquanto o entendimento da Suprema Corte é não afastar o reconhecimento tempo especial por exposição ao ruído somente quando o EPI for eficiente, o CRPS aplica a todos os agentes nocivos.

Nesse sentido, se formos analisar economicamente os efeitos do EPI no reconhecimento do tempo de contribuição especial por exposição a qualquer agente nocivo, pode-se afirmar que o custo de oportunidade do CRPS é melhor do que demandar ao Poder Judiciário. Entretanto, em se tratando do agente nocivo ruído, este custo se equipara, pois os entendimentos são equitativamente parecidos.

5. Conclusão

Conforme exposto até aqui, aferiu-se que uma das premissas mais importantes da Análise Econômica do Direito é a de que as pessoas, conceituadas como agentes econômicos, tendem agir de forma a maximizar seus resultados e, para isso, parte do pressuposto de que suas

decisões são pautadas na racionalidade. Para a tomada de decisão é importante que os agentes que estão envolvidos no problema econômico tenham o máximo de informações possíveis, pois assim poderão elaborar a melhor estratégia e calcular os prováveis ganhos e perdas em relação a decisão que irão tomar.

A AED busca propor resultados eficientes para a resolução de conflitos e nesse sentido, um resultado é economicamente eficiente quanto produz ganhos e reduz (ou marginaliza a zero) as perdas do agente econômico.

Em relação aos agentes econômicos segurados, pode-se afirmar que, para eles, um resultado eficiente seria o deferimento de seu benefício o mais rápido possível. Assim, incentivos como a duração razoável do processo, a aplicação da norma e a segurança jurídica são custos de oportunidade que devem ser considerados na escolha de demandar a resolução do problema econômico ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) ou ao Poder Judiciário.

Acerca da resolução de conflitos previdenciários, para aferir o grau de eficiência, o agente econômico segurado deverá se questionar sobre algumas questões:

A primeira é se para ele – agente econômico segurado – o que mais vale é ter uma resposta rápida, independentemente do resultado. A esse respeito, pelas premissas da AED, considerando que as pessoas agem racionalmente e decidem com o propósito de maximizar seus ganhos, não se verifica eficiente uma decisão rápida contrária aos interesses do segurado. Dessa forma, o que se conclui quanto à duração do processo, apesar de ser um incentivo importante, de nada vale a celeridade sem a satisfação com o resultado; podendo, a depender do objeto da demanda, este custo de oportunidade ser preterido em relação ao resultado.

Nesse sentido, a segunda questão a ser analisada economicamente é a probabilidade de ganho na resolução do problema econômico. Nesse aspecto, e considerando o recorte deste artigo sobre o reconhecimento do tempo de contribuição como especial por exposição ao agente nocivo ruído, concluímos que não há maiores divergências entre o CRPS e o Poder Judiciário se o objeto do problema econômico esteja relacionado à prova, ao grau de exposição, à forma de exposição e ao equipamento de proteção individual. Assim, o fator de eficiência nessas situações não está relacionado a como a matéria é tecnicamente tratada, mas sim, onde o resultado será mais rápido.

Já se o problema econômico for relacionado à metodologia de medição do agente nocivo ruído, as decisões do CRPS se destacam como mais garantistas em relação àquelas promovidas pelo Poder Judiciário e, nessa perspectiva, é preferível, mesmo que mais demorada, a resolução de conflitos no âmbito administrativo do que judicial.

Por outro lado, caso a demanda se relacionar à fonte de informação acerca da exposição ao agente nocivo e da viabilidade da utilização de laudo técnico por similaridade, o custo de oportunidade na resolução desse tipo de conflito é exponencialmente menor no Poder Judiciário em relação ao CRPS, sendo mais eficiente a judicialização nestes casos.

Dessa forma, a análise da eficiência na resolução de conflitos, quanto ao reconhecimento do tempo de contribuição como especial por exposição ao agente nocivo ruído, deve considerar as informações que tendem a servir como incentivos para sopesar o custo de oportunidade no encaminhamento da demanda, considerando se é preferível, em determinadas circunstâncias, sacrificar o tempo em razão do resultado.

Referências

BONO, Edward de. **Lateral Thinking**: Creativity step by step. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Federais. TNU. **Súmula nº 68**. Data do julgamento: 11 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=68>. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. Conselho de Recursos da Previdência Social. CRPS. **Painel de Produção do CRPS**. [2023a]. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojNWUyMzE5ZmQtOTZkMS00NjczLTkzZjMtMDFmMmIzZjg1OWZlIiwidCI6IjNlYzkyOTY5LTVhNTetNGYxOC04YWM5LWVmOThmYmFmYTk3OCJ9>. Acesso em: 15 dez. 2023.

_____. Conselho de Recursos da Previdência Social. CRPS. Enunciado nº 12. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, edição 219, p. 320, 12 nov. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/55219/Downloads/Enunciado%2012.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2024.

_____. Conselho de Recursos da Previdência Social. CRPS. Enunciado nº 13. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, edição 228, p. 132, 6 dez. 2021a. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social/enunciados-e-editais/enunciados/enunciados-1/enunciado-13.pdf/view>. Acesso em: 16 abr. 2024.

_____. Conselho de Recursos da Previdência Social. CRPS. **Processo nº 44.233.306914/2020-75**. 1ª Composição Adjunta da 16ª Junta de Recursos/PR. Relator: Conselheiro Gustavo Moreira Bavoso, 16 de outubro de 2023b.

_____. Conselho de Recursos da Previdência Social. CRPS. **Processo nº 44.233.473351/2020-20**. 29ª Junta de Recursos/RO. Relatora: Conselheira Alessandra Rocha Camelo. Data do julgamento: 15/12/2023 [2023c].

_____. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. **Justiça em Números. 2020**. Disponível em: https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 15 dez. 2023

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964.** Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Decreto nº 72.771, de 06 de setembro de 1973.** Aprova Regulamento da Lei número 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as alterações introduzidas pela Lei Nº 5.890, de 08 de junho de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d72771.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979.** Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d83080.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997.** Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2172.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-3807-26-agosto-1960-354492-norma-atualizada-pl.html>. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995.** Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis Nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm#:~:text=LEI%20N%209.032%2C%20DE%208%20DE%20ABRIL%20DE%201995.&text=Disp%20sobre%20o%20valor%20do,1991%2C%20e%20d%20outras%20provid%20ncias. Acesso em: 20 dez. 2023.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. **Portaria nº 4.061, de 12 de dezembro de 2022 [2022a].** Aprova o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, na forma do Anexo. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social/regimento-interno-e-instrucao-normativa/ricrps-sem-compilacao-com-alteracoes-2.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **NR 15 – Atividades e Operações Insalubres.** Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2014a. Disponível em <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/arquivos/normas-regulamentadoras/nr-15-atualizada-2022.pdf>. Acesso em 24 dez. 2023.

_____. Ministério da Previdência Social. Conselho de Recursos da Previdência Social. **Ementário de Resoluções do Conselho Pleno com identificação da matéria – 2014.** [2014b]. Disponível em

<http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/EMENTARIO-RESOLUCOES-CRPS-2014.pdf>. Acesso em 24 dez. 2023.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS. **Resolução 39/2018**. Conselho Pleno. [2018a]. Disponível em <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social/resolucoes-do-conselho-pleno/arq/RESOLUCAO39NIVALDODASILVA163.660.7556.pdf>. Acesso em 24 dez. 2023.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS. **Resolução 40/2018**. Conselho Pleno. [2018b]. Disponível em <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social/resolucoes-do-conselho-pleno/arq/RESOLUCAO40GERSONIZAEVANUCCI171.413.4218.pdf>. Acesso em 24 dez. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Tema ou Recurso Repetitivo (RR)**, [entre 2015 e 2023]. Última atualização em 4 de março de 2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/recursos-repetitivos>. Acesso em: 23 dez. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial. REsp nº 1.886.795/RS**. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 18 de novembro de 2021. [2021b]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=140834815®istro_numero=202001906666&peticao_numero=&publicacao_data=20211125&formato=PDF. Acesso em: 23 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário com Agravo. ARE nº 664.335-SC**. Relator: Ministro. Luiz Fux, Tribunal Pleno, 04 de dezembro de 2014 [2014c], Repercussão Geral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=299157262&ext=.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. TRF4. **Apelação Cível AC nº 5003001-38.2019.4.04.7001/PR**. Décima Turma, Relator: Desembargador Federal Márcio Antonio Rocha, 07 de novembro de 2023. [2023d] Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41699464574978728741945260666&evento=40400188&key=b18076e505c38e875b20035d9c1f2acfe3ce985180c1b02a822fab78e7ed040f&hash=84cb4775a84a4ceaa34cd0ce75ffec1. Acesso em: 23 dez. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. TRF4. **Apelação Cível AC nº 5001726-04.2017.4.04.7008/PR**, Décima Turma, Relator: Desembargador Federal Oscar Valente Cardoso, 19 de julho de 2022. [2022b]. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41661514847829835802495789604&evento=40400188&key=647bbf4c9e2ae2c2b6394643885f7085e6fc7a1792504d2d44622af52412a653&hash=d5926e7ff2822ccf4dbebac7b5dea13e. Acesso em: 23 dez. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4). **Apelação Cível AC nº 2006.71.99.000709-7**, Relator: Desembargador Federal Celso Kipper, 2 de março de 2007. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1433246&hash=f37ffe9fd74677572a25cb3d154bd3fa. Acesso em: 23 dez. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **APELREEX nº 2008.71.08.001075-4**, Relator: Juiz Federal Guilherme Pinho Machado, 4 de agosto de 2009. Disponível em:

https://consulta.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2919284&hash=4754d04b12118f97538dde42ab7df886. Acesso em: 23 dez. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. TRF4. **Súmula nº 106**. Data do julgamento: 15 de setembro de 2016. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_jud.php?orgao=1&codigo_documento=&id_materia=115881&reload=false. Acesso em: 19 dez. 2023.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70Yale L.J. 499 (1961) (ranked seventh). **The Yale Law Journal**. V. 100: 1499, p. 1482-1484, 1990-1991. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1297/Commentary_on_Some_Thoughts_on_Risk_Distribution_and_the_Law_of_Torts.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 dez. 2023.

COASE, Ronald H. The Problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**. V. III, October, 1960, p. 1-44. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2023

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

FUNDACENTRO, São Paulo. NHO 01 - Avaliação da exposição ocupacional ao ruído. São Paulo, 1999. Disponível em http://arquivosbiblioteca.fundacentro.gov.br/exlibris/aleph/a23_1/apache_media/A5RGFHYSQ5TA7P816K7QPT4AB9KDFP.pdf. Acesso em 24 dez 2023.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (ed.). **Encyclopedia of Law and Economics**, v I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 65-117. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2023

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. v. 2. 6. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

_____. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Bom tempo, 2005.

POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 25

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALAMA, Bruno Mayerhof. Direito e Economia. In: RODRIGUEZ, José R. **Fragmentos Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STIGLER, George J. Law or Economics? **Journal of Law and Economics**, University of Chicago Press, v. 35(2), p. 462-463, October 1992. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4073264/mod_resource/content/2/Law%20or%20Economics%20Stigler.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S.l.], n. 10, p. 25-53, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20268>. Acesso em: 20 dez. 2023.

Sobre o autore

Rafael Schmidt Waldrich: Professor de Direito Previdenciário da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com pós-doutorado em Direito Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS). ORCID: 0009-0002-1868-4773. E-mail: professor_rafaelsw@yahoo.com.br

Vai sair devendo! O Direito do Trabalho barrado pelo discurso do medo

You're going to owe! Labor law blocked by the discourse of fear

Valdete Souto Severo

“Quando você for convidado pra subir
no adro da fundação
Casa de Jorge Amado
Pra ver do alto a fila de soldados,
quase todos pretos
Dando porrada na nuca de malandros
pretos
De ladrões mulatos e outros quase
brancos
Tratados como pretos
Só pra mostrar aos outros quase pretos
(E são quase todos pretos)
Como é que pretos, pobres e mulatos
E quase brancos, quase pretos de tão
pobres são tratados”
(Caetano Veloso e Gilberto Gil)

Resumo

Este artigo abordará como o medo atua no âmbito das relações de trabalho. Trata-se de um afeto mobilizado para impedir que trabalhadores exerçam seus direitos durante o vínculo laboral. Procurarei demonstrar como o medo é também o afeto que muitas vezes impede o acesso à Justiça do Trabalho. O texto trabalhará com dois exemplos. Como a ausência de proteção contra a despedida impede o exercício de direitos trabalhistas. E o modo como a tecnologia da lei processual trabalhista é aplicada para obter o mesmo efeito: inculcar na classe trabalhadora o medo de ajuizar demanda e, portanto, exigir diante do Estado a correção dos danos praticados no âmbito de uma relação de trabalho. A abordagem será permeada pela questão racial, pois as relações de trabalho no Brasil estão atravessadas por uma racionalidade escravista que ainda vê emprego como favor. O que se propõe, portanto, é uma reflexão sobre como esse afeto circula nas relações entre capital e trabalho, em um modelo de sociedade no qual trabalhar não é escolha; mas sim condição para a sobrevivência.

Palavras-chave: Medo; Relações de trabalho; Despedida; Acesso à justiça; Justiça do Trabalho.

Abstract

This article will discuss how fear plays a role in labor relations. This is an affection mobilized to prevent workers from exercising their rights during the employment relationship. I will try to demonstrate how fear is also the affection that often prevents access to the Labor Court. The paper will work with two examples. How the lack of protection against dismissal prevents the exercise of labor rights. And the way in which the technology of labor procedural law is applied to achieve the same effect: to instill in the working class the fear of filing a lawsuit and, therefore, demanding from the State the correction of damages committed in the context of an employment relationship. The approach will be permeated by the issue of race, since labor relations in Brazil are permeated by a slave-like rationality that still sees employment as a favor. What is proposed, therefore, is a reflection on how this affection circulates in

relations between capital and labor, in a model of society in which working is not a choice, but a condition for survival.

Keywords: *Fear; Labor relations; Layoff; Access to justice; Labor Court.*

Como citar este artigo: ABNT¹ e APA²

1. Introdução

O medo tem sido utilizado para impedir o exercício dos direitos trabalhistas. E tem impedido, também, o que se convencionou chamar de acesso à justiça. Trata-se de estratégia mobilizada desde sempre em nosso país, basta lembrar o exemplo do Código Penal editado em 1890, logo após a Lei Áurea, com a introdução dos crimes de vadiagem ou prática de capoeira.

Aliás, no campo do direito penal, muito se tem discutido acerca do uso do medo como instrumento de dominação. O próprio sistema de penas, o nível de encarceramento e as características de classe, raça e gênero das pessoas aprisionadas é prova irrefutável de que o sistema penal atua bem mais para disseminar o medo do que para conferir segurança.

Este artigo terá outro recorte. Irá discutir a instrumentalização do medo para impedir que as pessoas que vivem do trabalho exerçam seus direitos durante o vínculo laboral e exijam sua efetividade na Justiça do Trabalho. São, portanto, dois exemplos do que pretendo sustentar.

Em primeiro lugar, discutirei como a ausência de proteção contra a despedida é legitimada pelo Estado, em suas decisões judiciais, apesar da literalidade do texto constitucional, como forma de impedir o exercício de direitos trabalhistas. Em segundo lugar, examinarei o modo como a tecnologia da lei processual trabalhista é aplicada para obter o mesmo efeito: incutir na classe trabalhadora o medo de ajuizar demanda e, portanto, exigir diante do Estado a correção dos danos praticados no âmbito de uma relação de trabalho.

As duas abordagens serão permeadas pela questão racial, pois as relações de trabalho no Brasil estão atravessadas por uma racionalidade escravista que ainda vê emprego como favor. O que se propõe, portanto, é uma reflexão sobre como esse afeto circula nas relações entre capital e trabalho, em um modelo de sociedade no qual trabalhar não é escolha; mas sim condição para a sobrevivência. Parte do pressuposto de que o medo, por si só, não é algo negativo. Muitas vezes, é ele que nos protege de atitudes que nos colocariam em risco.

¹ SEVERO, Valdete Souto. Vai sair devendo! O Direito do Trabalho barrado pelo discurso do medo. **Labuta**, v. 1, n. 1, p. 157-176, jan./jun. 2024.

² Severo, V. S. (2024). Vai sair devendo! O Direito do Trabalho barrado pelo discurso do medo. *Labuta*, 1(1), 157-176.

Entretanto, seu uso como instrumento político de dominação e sua articulação como uma verdadeira tecnologia de vedação do acesso aos direitos trabalhistas, é algo que precisa ser problematizado.

Para isso, trabalharei com uma definição de medo que vem da psicanálise, bem como analisarei a mobilização do medo como fundamento para a organização estatal, especialmente em Hobbes. Então, buscarei sustentar o argumento de que há uma promessa de proteção social, fundada na redução da nossa condição de desamparo. E que essa promessa é descumprida pelo Estado, notadamente quando cria regras ou sustenta práticas que interditam a possibilidade de contenção à dominação do trabalho pelo capital. Há um hiato, portanto, entre o discurso e a prática. Isso, porém, não é disfuncional. Ao contrário, faz parte do metabolismo do Estado sustentar promessas que ele mesmo atua para descumprir.

2. Medo? Do que estamos falando?

Tenho medo de gente e de solidão
Tenho medo da vida e medo de morrer
Tenho medo de ficar e medo de escapular
Medo que dá medo do medo que dá
(Miedo. Lenine)

Antes mesmo de argumentar que o medo tem sido utilizado como artifício para a dominação nas relações de trabalho e para a vedação do acesso à Justiça do Trabalho, é necessário situar o tema. Há uma multiplicidade de olhares para o conceito de medo. Algo compreensível, na medida em que somos estruturadas por esse sentimento que, embora todas conheçamos, não temos tanta facilidade em definir.

Freud trabalha o medo em sua relação com a angústia, a partir de alguns casos concretos, como o do “Pequeno Hans”, que desenvolve uma fobia de cavalos. Sem esmiuçar os casos e seus desdobramentos, pois este não é o objetivo aqui, recupero a percepção que Freud extrai acerca do medo. Para ele, o medo é o sentimento que gera a fobia de determinado objeto. De tal modo que “não existe nenhuma relação direta entre o objeto e o pretendo medo que o iria colorir com sua marca fundamental”. O que existe é “uma distância considerável entre o medo” e o objeto que é constituído para “manter este medo à distância” (Lacan, 1995, p. 21).

Também não se confunde com a angústia. Lacan refere no Seminário 4 que o medo “concerne sempre a alguma coisa articulável, nomeável, real” (Idem, p. 252). E acrescenta que “transformamos a angústia em medo, e o medo é, aparentemente, mais tranquilizador que a angústia” (Idem, p. 253). Já no Seminário 10, Lacan parece reformular sua compreensão acerca

da angústia, ao afirmar que se trata, em realidade, da “angústia da castração” (Lacan, 2005, p. 55). De um afeto, algo que ocorre, portanto, nas relações sociais, no “nível do Outro” (Lacan, 2005, p. 23), diante do qual nos colocamos como “esse objeto afetado pelo desejo”. A falta pode ser preenchida, ainda que parcialmente, através do direcionamento do desejo (Idem, p. 35). Por sua vez, a angústia “surge quando um mecanismo faz aparecer alguma coisa no lugar” do objeto do desejo (Idem, p. 51).

O que pode assegurar uma relação do sujeito com esse universo de significações senão que, em algum lugar, existe gozo? Isso ele só pode assegurar por meio de um significante, e esse significante falta, forçosamente. Nesse lugar de falta, o sujeito é chamado a dar o troco através de um signo, o de sua própria castração. (Lacan, 2005, p. 56)

A angústia é, portanto, a perda de um objeto, “perda sofrida em bloco, quando do nascimento saído do meio uterino; perda eventual da mãe, considerada como objeto; perda do pênis; perda do amor do objeto; perda do amor do supereu”. Não é “sinal de uma falta, mas de algo que devemos conceber num nível duplicado, por ser a falta de apoio dada pela falta” (Lacan, 2005, p. 61). A angústia “nos introduz” na função da falta. A “falta é radical, radical na própria constituição da subjetividade, tal como esta nos aparece por via da experiência analítica” (Idem, p. 149)

O medo pode causar a fuga e, nesse sentido, nos proteger do perigo. Mas também paralisa, “manifesta-se em ações inibidoras ou plenamente desorganizadoras”, lançando o sujeito no “desarvoramento menos adaptado à resposta” (Lacan, 2005, p. 177).

No Seminário 4, Lacan também tratará do mito. Dirá que o mito é a “transposição simbólica” da realidade, um modo de acomodar o que é insuportável (o Real) (Lacan, 1995, p. 273). Referindo-se ao menino com fobia de cavalos, sustenta que esse sentimento ocorre dentro de um processo, no qual a criança irá “alterar profundamente todo o seu modo de relações com o mundo”. E o fará para admitir “aquilo que está admitido ao final e que os sujeitos levam, às vezes, toda uma vida para assumir”, ou seja, que no “campo privilegiado do mundo que é o dos seus semelhantes” existem sujeitos que são privados “deste famoso falo imaginário” (Idem, p. 278). Ou seja, que há diferenças, que há interdições e, sobretudo, que existem limites à vivência humana.

Os mitos são criados exatamente para que consigamos lidar com essas interdições ou limites. Mais adiante, Lacan tratará das incursões de Freud no tratamento do pequeno Hans e de como falharão as tentativas de simplesmente convencê-lo, por imposição de um discurso de autoridade, de que cavalos não são assustadores. Então, concluirá pela “impossibilidade de assegurar a ordem do mundo por uma intervenção autoritária” (Lacan, 1995, p. 286). Não há Deus ou outro pai imaginário que nos assegurem diante do real. Os mitos, porém, conseguem

realizar essa função apaziguadora, gerando uma sensação de proteção que nos permite de algum modo fingir que estamos “sob controle”.

Pois bem, o ponto aqui é que temos medo do desamparo da condição humana. Esse medo expressa-se através de um “significante sintomático”, constituído de tal modo que “é de natureza a recobrir, no decorrer do desenvolvimento e da evolução, múltiplos significados, e os mais diversos. Não apenas é de sua natureza fazê-lo, mas esta é também a sua função” (Lacan, 1995, p. 294). Como ele afirma mais adiante:

O homem, porque é homem, é posto em presença de problemas que são, como tais, problemas de significantes. O significante, com efeito, é introduzido no Real por sua própria existência de significante, porque existem palavras que se dizem, porque existem frases que se articulam e se encadeiam, ligadas por um meio, uma cópula, da ordem do por que ou do porquê. É assim que a existência do significante introduz no mundo do homem um sentido novo. (Lacan, 1995, p.299)

A criação de um mito é, por vezes, a expressão de uma “tentativa de articular a solução de um problema”. Ou seja, de “passar de um certo modo de explicação da *relação-com-o-mundo* do sujeito ou da sociedade” para um outro modo, diferente e suportável (Lacan, 1995, p. 300). É aqui que entra o discurso do Estado e do Direito. Quando Hobbes constrói sua formulação acerca da importância do Estado, ele parte da ideia de que, individualmente, estamos em situação de “guerra de todos os homens contra todos os homens”. Ele mobiliza o medo.

Apenas sob a égide do Estado, “com direito e força suficiente para impor” o cumprimento de regras, haveria civilidade, já que “os vínculos das palavras são demasiado fracos para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões *dos homens*, **se não houver o medo de algum poder coercitivo**” (Hobbes, 2003, p. 109). Em outra obra, o mesmo autor refere que “se os bens forem comuns a todos, necessariamente haverá de brotar controvérsias sobre quem mais gozará de tais bens, e de tais controvérsias inevitavelmente se seguirá o tipo de calamidades, as quais, pelo instinto natural, todo homem é ensinado a esquivar” (Hobbes, 2002, p. 28).

Trata-se de uma formulação que evidencia a necessidade de justificar um novo modo de organização social, para o qual a propriedade privada passa a constituir questão central, um *atributo do sujeito*. Hegel define o sujeito livre como aquele com propriedade, ainda que seja apenas a propriedade **de si mesmo**, da própria força vital. Segundo ele, “só pela plenitude do seu corpo e do seu espírito, pela conscientização de si como livre, é que o homem entra na posse de si e *se torna a propriedade de si mesmo por oposição a outrem*”. Então, é possível “ceder a outrem aquilo que seja produto isolado das capacidades e faculdades particulares” da atividade corporal e mental ou, mesmo, do emprego delas por um tempo. É justamente a fixação desse

tempo (que o direito chamará de jornada) o que confere “uma relação de extrinsecidade com a minha totalidade e universalidade” (Hegel, 1997, p.56).

Esse discurso equipara força de trabalho à propriedade privada. Também equipara a liberdade à possibilidade de venda dessa propriedade, em um contexto no qual não haverá acesso aos bens necessários à sobrevivência, senão através da compra. A noção de *propriedade privada de si* é o que instituirá, segundo Marx, uma espécie de “escravidão mediante a convicção”. A nova forma de convívio social “abalou a fé na autoridade porque restaurou a autoridade da fé”, “libertou o corpo de seus grilhões porque com grilhões prendeu o coração” (Marx, 2004, p. 152). Marx escreverá que o ser humano “existe como necessidade interior, como falta”:

A atividade vital consciente distingue o homem imediatamente da atividade vital animal. Justamente, [e] só por isso, ele é um ser genérico. Ou ele somente é um ser consciente, isto é, a sua própria vida lhe é objeto, precisamente porque é um ser genérico. Eis porque a sua atividade é atividade livre. O trabalho estranhado inverte a relação a tal ponto que o homem, precisamente porque é um ser consciente, faz da sua atividade vital, da sua essência, apenas um meio para a sua existência (Marx, 2004, p. 85).

Existe aqui a mobilização do medo mais profundo: o medo de morrer, por ausência de trabalho e, conseqüentemente, do dinheiro necessário para comprar alimento ou moradia. Mas é preciso sempre lembrar que o período histórico em que esse discurso se instaura, legitimando a dominação através do Estado e do Direito, é também aquele em que a tecnologia permite o avanço europeu sobre terras americanas e africanas.

A colonização dá início a um processo de dominação ainda mais profunda, em relação aos corpos compreendidos como diferentes, atrasados, selvagens. Para esses *não-sujeitos*, sequer se tratará de convencer acerca da condição de *proprietário de si*. Serão considerados “*coisa que fala*” (Carneiro, 2023, p. 90).

Sueli Carneiro refere trecho do livro *A Razão da História*, de Hegel, em que ele afirma que o africano “é um homem bruto”, natural “em toda a sua selvageria e barbárie”, “nada se encontra” nele, que faça “recordar o humano” (Carneiro, 2023, p. 92). Por isso, pode ser escravizado e deve ser “domado”. Mais do que o *não-ser* a que se refere Carneiro, ele é o inimigo, contra o qual a civilidade europeia deve imperar. A autora mostra como essa ideia foi disseminada academicamente no Brasil, chegando a afirmar-se que a abolição formal em 1888 teria “entravado o desenvolvimento cultural” de São Paulo (Idem, p. 103). Trata-se de disseminar o medo, não apenas do caráter competitivo e destrutivo de todos os seres humanos, mas especialmente em relação àqueles identificados como diferentes.

Quijano dirá que “a ideia de raça, em seu sentido moderno, não tem história conhecida antes da América”. As “diferenças fenotípicas entre conquistadores e conquistados” foram mobilizadas para construir a noção de raça (e, com ela, o racismo), com o objetivo de justificar a dominação (Quijano, 2005). É possível constatar isso no discurso de autores como Hobbes. No *Leviatã*, ele defenderá a escravização dos “povos *selvagens* das Américas” (Hobbes, 2003, P. 109), como também o fará Montesquieu, no *Espírito das Leis*, referindo-se às pessoas escravizadas como “pretos dos pés à cabeça”, com “nariz tão achatado que é quase impossível ter pena deles” (Montesquieu, 1979, pp. 258-268). Ambos imbuídos do discurso moderno, não negarão a condição de *proprietários de si*, dos Sujeitos de Direito. O que farão é negar aos indígenas e aos africanos essa condição de Sujeito.

Em outro texto, Hobbes afirma que a necessidade de civilização aos moldes do capitalismo europeu é demonstrada “tanto pela experiência das nações selvagens que existem hoje, como pelas histórias de nossos ancestrais, os antigos habitantes da Alemanha e de outros países hoje civilizados, onde encontramos um povo reduzido e de vida breve, sem ornamentos e comodidades, coisas essas usualmente inventadas e proporcionadas pela paz e pela sociedade” (Hobbes, 2010, p. 70).

Como escreve Fanon, o negro aprende desde o primeiro contato com o branco, que o seu corpo é já em si uma ameaça e uma denúncia da sua condição de inimigo. Não se trata de um sentimento de inferioridade, mas de uma *sensação de inexistência*, algo que ele sintetiza neste trecho: “todos esses brancos reunidos, de revólver na mão, não podem estar errados. Eu sou culpado. Não sei de quê, mas sinto que sou um miserável” (Fanon, 2020, p. 152). O medo que o branco tem do negro (violento, sexualmente potente, ameaçador por definição) não é menor do que o medo que o negro tem de si mesmo:

Não se sabe ainda quem ele é, mas ele sabe que o medo habitará o mundo quando o mundo souber. E, sempre que o mundo sabe, o mundo espera algo do negro. Ele tem medo de que o mundo saiba, tem medo do medo que seria o medo do mundo se o mundo soubesse. (...) Ele age, responde à expectativa do mundo. (Fanon, 2020, p. 152-3).

Quando, mais adiante, Fanon (2020, p. 178) trata especificamente da fobia, apresenta a sua hipótese de que *negrofobia* é o medo do biológico. Ao reduzir o negro à condição de animal (“quem diz estupro está dizendo negro”), a cultura capitalista colonizadora gera a assimilação do preto “como a cor do mal”. A partir disso, afirma o autor, duas possibilidades existem: “ou peço aos outros que não deem atenção para a minha cor de pele, ou, pelo contrário, quero que se deem conta dela”. Nas duas hipóteses, a tendência é “valorizar o que é mau”, já que “irrefletidamente admiti que o preto é a cor do mal” (Idem, p. 207). Enquanto isso, os brancos, que assimilaram a mesma imposição cultural, olharão para o negro como um inimigo a ser

temido (um ser dotado de “um certo estranhamento, atraente ou repulsivo, por causa da sua pele e do seu cabelo”) (Fanon, 2020, p. 211).

Enrique Dussel também mostrará como o “mito da modernidade” está fundado no medo. Não apenas naquele que decorre da premissa de Hobbes sobre a necessidade de uma espécie de acordo tácito entre os sujeitos, mas especialmente o que implica a caracterização dos povos originários da América e da África como seres atrasados, selvagens e, portanto, perigosos (Dussel, 1993, p. 77). O “mito moderno” “oculta, em seu avesso, a colonialidade”. A raça é o significante que legitima a colonização e a escravização dos corpos negros e indígenas. (Guerra et al, 2023, p. 22).

Esses autores são aqui mobilizados para que seja possível perceber como, desde diferentes perspectivas, há muito tempo compreende-se a racialização dos corpos, a partir da invasão europeia nas Américas, como um processo atravessado pela mobilização do medo como afeto político. E de que modo esse medo foi utilizado para permitir que o mito da modernidade seguisse sendo sustentado, mesmo sob a lógica de escravização.

É que o Estado que se impõe pela disseminação do medo, será também o que nos protegerá do *Outro*; o selvagem, perigoso, diferente. Será uma espécie de “pai protetor”, capaz de atender à demanda de desamparo dos indivíduos, educá-los, torná-los civilizados e protegê-los. As duas ações (tanto a repressão quanto a proteção) serão fundadas em um imperativo de defesa de corpos que já estarão inscritos em uma ordem que os define desde o gênero, a cor da pele, a capacidade, etc. E que os organizará a partir de duas classes sociais: capital e trabalho. A singularidade de cada sujeito, em lugar de representar uma potência de troca ou aprendizagem, aparecerá como elemento segregatório (Guerra et al, 2023, p. 29).

Se considerarmos que, para Freud, “existem duas ordens de angústia”, a angústia em torno do pai e a angústia diante do pai, e compreendermos com Lacan que a primeira diz com a “angústia em torno do lugar vazio, furado, representado pelo pai” (Lacan, 1995, p. 355), começaremos a entender como essa noção moderna de Estado assumirá a condição de grande *Outro*, capaz de conferir segurança aos indivíduos, *contra os demais seres*.

Como explica Maria Rita Kehl, “o medo do desamparo em que se encontra a fratria órfã” (no mito do pai em Freud) gera a necessidade de uma lei “que proteja o grupo contra as consequências mais temíveis da luta de todos contra todos”. Essa interpretação acaba criando uma correspondência entre o mito da modernidade sustentado por Hobbes e a noção de “lei simbólica, que impõe como condição do convívio com o grupo a renúncia ao excesso de gozo pulsional” e que se instaura “por decisão coletiva”, para eliminar o medo que, de outro modo, “voltará a dominar”. O mito de Édipo de algum modo atualiza a ideia de “uma lei fundada sobre

o temor imaginário da morte: há sempre um fantasma no horizonte para justificar a lei do medo” (Kehl, 2007).

Interessante é notar como essa ideia de um Estado que garante proteção nunca se realizou para boa parte das pessoas, exatamente porque nunca foi endereçada a todas elas. O medo, o terror em que vivem as pessoas que moram nas periferias das cidades, nas ruas ou nos centros prisionais, está muito distante da idealização hobbesiana. A proteção do cidadão (Sujeito de Direitos) pressupõe, ainda que isso não precise ser dito, um homem branco heterossexual e proprietário (Borghi, 2020, p. 44).

A idealização desse Sujeito como o ser universal não é apenas simbólica. Tem inscrição no imaginário, criando um verdadeiro sistema de dominação branca, que naturaliza o fato de que para uma parte da sociedade, a discriminação (e a ausência de acesso aos “direitos”) das pessoas pobres, pretas, mulheres (feminilizadas) será nada mais do que o “efeito colateral inevitável” da atuação estatal para a garantia da segurança. Legitimam-se, assim, políticas racistas e de exclusão de pessoas marginalizadas, consideradas “corpos perturbantes da vida normal das pessoas normais” (Borghi, 2020, p. 45).

Exatamente porque as promessas da modernidade foram feitas para serem descumpridas (pelo menos para a maior parte das pessoas que vivem sob esse modelo de sociabilidade), tornou-se importante criar mecanismos de dissimulação, pelo menos para que haja uma aparência de realidade do mito da modernidade. Por isso que, no momento histórico em que esse mito do *Estado que nos livra do medo* tornou-se mais exposto, em função da revolta da classe trabalhadora e dos efeitos sociais da intensa exploração do trabalho pelo capital, houve a criação de normas de proteção social. O sistema de seguridade social, representado por leis trabalhistas e previdenciárias, constitui uma realidade “penosamente arrancada do capital” (Marx, 2013, p. 558), que irá *aparecer*, no discurso do Estado, como o reconhecimento de um *dever de cuidado*.

No caso brasileiro, o mito do pai protetor é ainda mais evidente, na medida em que a CLT foi anunciada por Getúlio Vargas no estádio de São Januário, em 1943, com um discurso paternalista. Getúlio incentivava, inclusive, o uso da expressão “pai dos pobres”. Figurava nos livros escolares, tinha programa matinal no rádio. Seu rosto era o símbolo do Estado, “através de fotos, cartazes, lemas, dísticos, moedas, selos, placas comemorativas”, que disseminavam a ideia de um pai cuidador (Molina, 1997, p. 103). Não é coincidência que tenha sido justamente nesse período que a consolidação das leis trabalhistas tornou-se possível, com a extensão do sistema de seguridade social a boa parte das pessoas que vivem do trabalho.

A resposta do Estado ao desamparo potencializado por um sistema que exclui e produz miséria não foi simplesmente ceder à pressão da classe trabalhadora organizada, mas tomar para si o discurso de proteção social, atualizando a concepção do Estado como organismo capaz de promover segurança (reduzir ou eliminar o medo). Pois bem, dentre as regras de proteção social, está aquela que assegura contra a perda do emprego e que é condição de possibilidade dos demais direitos trabalhistas.

3. Perder o emprego; buscar a justiça: há que se ter coragem!

O homem se humilha
Se castram seu sonho
Seu sonho é sua vida
E vida é trabalho
E sem o seu trabalho
Um homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata
(Um homem também chora. Luiz Gonzaga do Nascimento)

É possível afirmar que as garantias contra a perda do emprego constituem condição de possibilidade para o exercício efetivo dos direitos trabalhistas porque, como cantava Gonzaguinha, na música que serve de epígrafe para esse capítulo, em uma sociedade capitalista, não há honra (nem vida) sem trabalho.

Nossa sociedade estrutura-se na troca de trabalho por capital, o que implica dizer que “somos obrigados a trabalhar, pois todos os bens materiais são mediados pelo dinheiro e a maioria das pessoas só consegue obtê-lo através da percepção de salário”. Perder o emprego, portanto, é perder condições materiais de existência (Severo, 2021a). É fácil perceber como o medo se torna afeto central, em razão da precariedade de uma vida, cujas condições materiais de existência dependem da troca de força de trabalho por capital.

E, no caso de países colonizados como o Brasil, não há como separar a condição de classe da questão racial. O racismo, “em sua radicalidade de fundação do tempo moderno e iluminista” não apenas instaura uma racionalidade identificada com a branquitude, “no nível do ideal do eu” (Guerra et al, 2023, p. 27), como também atualiza práticas de violência, que são funcionais para as possibilidades de sobrevivência, dentro de um ambiente em que não haverá trabalho para todas as pessoas.

Então, se sobreviver depende de estar inserido nessa relação de troca entre capital e trabalho, e se o desemprego é estrutural, a constituição do indivíduo e sua identificação a partir

de características arbitrariamente alçadas à condição de marcadores sociais (ser mulher, ser negro, ser autista, ser surdo, ser velha, etc.) será funcional. Atuará como um trunfo, uma condição de possibilidade de sobrevivência, um verdadeiro privilégio.

Quando reconhece proteção contra a despedida, no artigo 7º da Constituição de 1988³, o Estado não problematiza a violência desse ato, ou seja, o quanto perder o emprego gera medo e nos coloca em desamparo. Tampouco considera o que implica a perda do emprego para os diferentes corpos (Severo, 2021b, p. 208). Ainda assim, assume a condição de quem promove proteção contra esse ato violento. Cria uma certa contenção, que disfarça a violência da necessidade de trabalhar para sobreviver e de poder perder essa condição por arbítrio de quem detém o capital.

A regra, entretanto, não tem sido aplicada. A compreensão majoritária acerca do inciso I do artigo 7º da Constituição é de que falta lei específica, explicando como essa proteção ocorreria na prática. Isso sequer corresponde à realidade, pois tanto a CLT (art. 165), quanto a OIT em nível internacional (Convenção 158) têm dispositivos que permitem a plena aplicação da regra de proteção (Severo, 2021b, p. 62 e 88). Mas a questão aqui é outra.

A ausência de proteção efetiva funciona como mecanismo de disseminação do medo, para o efeito de anular, na prática, a efetividade dos direitos trabalhistas. A possibilidade de sofrer despedida sem qualquer motivação implica a aceitação de todas as violações que porventura vierem a ser impostas no ambiente de trabalho. Retomemos o conceito de Lacan. O medo nos protege, mas também paralisa. A falta radical, que está ligada à “própria constituição da subjetividade” (Lacan, 2005, p. 149), está relacionada à privação simbolizada na teoria psicanalítica a partir do conceito de castração. A privação é algo real, enquanto a castração é simbólica e “refere-se a um certo fenômeno de falta” (Lacan, 2005, p. 151).

O desemprego é a privação da possibilidade de existir. Afinal, não há como existir sem trabalho remunerado, em uma sociedade na qual o acesso a todos os bens necessários à sobrevivência é mediado pelo dinheiro que, como regra, só é obtido através da venda de força de trabalho. Esse é um dado da realidade. A música de Gonzaguinha expressa bem essa ideia. O medo que daí advém – medo de morrer sem casa, alimento, remédio, pela ausência de trabalho remunerado – paralisa e impede que no âmbito da relação de trabalho haja alguma resistência ao desrespeito aos direitos fixados pelo Estado, para que essa não seja uma relação de dominação direta.

³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - **relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa**, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

As defesas que criamos, diz Lacan, não se direcionam propriamente contra a angústia, mas sim contra “aquilo de que a angústia é o sinal” (Lacan, 2005, p. 153). Aceitar o assédio, assumir como suas as metas impostas pelo empregador, atuar como concorrente (e não colega) dos demais trabalhadores com os quais se convive, são exemplos de mecanismos de defesa contra esse medo do desamparo.

O ponto aqui, portanto, é o uso político do medo, pelo Estado, através de um artifício: reconhecer o direito (a manter-se empregado), mas negar efetividade a ele. É possível, então, sustentar o discurso de que a relação de emprego regulada pelo Estado é a melhor forma de viver com segurança (sem medo) em uma sociedade capitalista e, ao mesmo tempo, disseminar a angústia paralisante imposta pelo medo sempre presente da imposição (imotivada) da perda do emprego. Trata-se de escolha que permite uma cisão entre a promessa contida no discurso do Estado e a prática das relações sociais. Em outras palavras, o Direito do Trabalho no Brasil existe no campo do discurso, mas não ingressa nos ambientes de trabalho, senão por generosidade do empregador.

Com isso, apazíguam-se (ainda que parcialmente) as tensões de classe, sem incidir de forma concreta na dominação do trabalho pelo capital. E recalam-se práticas de discriminação racial, sexista, capacitista e de tantas outras ordens. Afinal, não havendo emprego para todas as pessoas, nem garantia contra o desamparo da despedida, não há sequer como exigir uma perspectiva altruísta por parte de quem precisa sobreviver. O uso, ainda que inconsciente, dos benefícios de ser homem, branco, capaz, etc., é quase inevitável. Em um tal modelo de sociabilidade, torna-se questão de sobrevivência.

Há, ainda, uma segunda forma de aniquilar direitos, mesmo que eles sigam sendo previstos na legislação. Trata-se de utilizar tecnologia processual que penaliza quem ousa discutir, em uma demanda judicial, violações que acredita haver sofrido durante a relação de trabalho. E, nesse aspecto, é interessante perceber que há uma mudança de direcionamento do Estado brasileiro, em relação ao manejo do medo como afeto político de dominação.

A Justiça do Trabalho, já no Anteprojeto que a institui, é apresentada como uma estrutura de poder pensada para garantir acesso à justiça à classe trabalhadora. A gratuidade, que era praticada em relação aos pobres desde as Ordenações Filipinas de 1603 (Severo, 2023, p. 158), é apresentada como princípio fundante desta estrutura de poder (Idem, p. 79). Por muito tempo, a Justiça do Trabalho manteve sua condição de garantidora do acesso à justiça, no que tange à gratuidade. É preciso pontuar que em outros aspectos, a própria práxis trabalhista criou fórmulas de vedação do acesso à justiça, que não serão aqui enfrentadas, por não mobilizarem

tão claramente o medo, como afeto capaz de impedir a busca por direitos. Posso referir, como exemplo, a cláusula de “quitação geral do contrato”, em acordo judicial.

O recorte neste texto é o efeito de um conjunto de alterações promovido pela Lei 13.467/2017, denominada “reforma” trabalhista, que foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766. Trata-se da possibilidade de condenação em custas processuais⁴, em honorários periciais⁵ e em honorários advocatícios⁶, por parte de quem ajuíza a ação trabalhista. Os três dispositivos permitem atribuir encargo econômico à parte autora do processo trabalhista, **mesmo quando reconhecidamente pobre**. A discussão sobre a constitucionalidade dos artigos foi proposta em razão da regra constitucional do artigo 5º, LXXIV, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A gratuidade se dá em razão da situação de quem demanda, no momento em que demanda. E se ela abrange todas as despesas do processo, como diz a Constituição, não há como sustentar uma condenação, ainda que a cobrança fique sob condição suspensiva, sem negar, por via oblíqua, a própria gratuidade. O raciocínio dos “reformadores” em realidade penaliza quem ousa discutir direitos em juízo, partindo de um pressuposto sabidamente falso: de que existe uma verdade *a priori*, que será apenas *des*-coberta pelo Estado através do processo. Ou seja, de que é possível saber, de antemão, quem vencerá e quem perderá a lide (Severo, 2023, p. 164-6).

No primeiro dia de vigência da lei, foram anunciadas decisões condenando trabalhadores pobres a pagarem valores para seus ex-empregadores, em razão do resultado negativo do processo.⁷ Explicitava-se o efeito simbólico pretendido com as alterações legais. A ação, discutindo a constitucionalidade desses dispositivos, foi proposta em 28/8/2017. A decisão foi publicada apenas em 20 de outubro de 2021. Durante esse tempo, muitas foram as

⁴ Art. 844, § 2º. Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. § 3º. O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

⁵ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. § 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

⁶ Art. 791-A, § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário

⁷ Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/15/economia/1510773029_686202.html. Acesso em: 19 jul. 2023.

condenações fundadas nas novas regras do jogo. Um exemplo, que narrei em outro artigo, é bem emblemático.

Andrey dos Santos, trabalhador negro, contratado como técnico em segurança do trabalho, foi obrigado por três vezes a cortar o cabelo, que utilizava em estilo *black power*. Quando se recusou a cortar o cabelo pela terceira vez, a empresa o despediu. Esse trabalhador ingressou com demanda pleiteando reintegração e indenização por racismo:

Na sentença, o juiz entendeu comprovada a “determinação reiterada de corte de seu cabelo, em três oportunidades”. Como a empresa alegou que a determinação se deu em razão da dificuldade de uso do capacete de segurança, o juiz produziu prova técnica para demonstrar que o corte de cabelo não provocava problema algum para o uso desse EPI. Diante da conclusão pericial e da prova oral produzida, concluiu tratar-se, a imposição da empregadora acerca de como o trabalhador deveria usar o cabelo, de “determinação abusiva, com potencial de restrição indevida à identidade étnica e autodeterminação corporal”. Não restituiu o emprego, mas condenou a empresa a indenizar o valor de R\$ 35.000,00. Em sede de recurso, o Relator votou pela manutenção da sentença, com redução do valor de indenização para R\$ 20.000,00. O voto vencedor, porém, do Desembargador Archimedes Castro Campos Junior, foi de que “embora tenha havido a determinação de corte de cabelo”, a exigência estava justificada “em razões de segurança do trabalho pertinentes ao uso adequado dos EPIs”, ainda que a prova pericial tenha concluído o contrário. Logo, para esse juiz, não foi possível “concluir que a atitude da ré foi ilícita, uma vez que apenas teve o zelo de preservar pela segurança do empregado, que é sua obrigação”. Acrescenta que “não parece ter havido constrangimento, que nas duas primeiras vezes o autor aceitou cortar o cabelo e fez a entrevista de emprego com o cabelo curto”. A decisão não apenas exclui a condenação, mas também condenou o trabalhador a pagar custas de R\$ 9.904,56 e honorários de R\$ 49.522,81 ao advogado da empregadora (Processo nº 0000634-56.2019.5.09.0130 (ROT), Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, acessível em <https://www.trt9.jus.br/portal/>, consulta em 12/1/2022) (Severo, 2022).

Eis o ponto a ser aqui enfrentado. Andrey, como certamente a maioria das trabalhadoras e trabalhadores que passar por situação similar ou tiver notícia desse fato, terá muito receio de discutir em juízo qualquer outro direito, que tenha sido violado em seu ambiente de trabalho. Mais do que a condenação em si, a decisão implica um recado social que extrapola os limites do processo.

Trata-se de disseminar o medo entre a classe trabalhadora, a fim de que a demanda sequer seja proposta, especialmente quando versar sobre situações, cuja prova é extremamente difícil, como é o caso de todas as formas de assédio ou discriminação. A demora no julgamento da ADI 5766 aprofundou esse medo. E seu julgamento, reconhecendo a inconstitucionalidade de apenas dois dos dispositivos atacados, não elide esse efeito simbólico. Ao contrário, em reclamação constitucional recentemente analisada, o Ministro Alexandre de Moraes⁸ referiu que

⁸ Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/6/0B7353C568D9E0_decisao-moraes.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

a condenação de trabalhador reconhecidamente pobre é possível (apesar do resultado da ADI), reforçando a sensação de medo gerada pela “reforma” trabalhista.

Esse medo boicota a ordem jurídica estabelecida na Constituição da República. Isso não é difícil concluir. A questão está justamente em compreender que não se trata de uma disfunção. O objetivo acaba sendo esse. A Constituição, desde essa perspectiva, não existe para ser cumprida, mas para sustentar um discurso simbólico que convive com o real da violência da dominação. Mais eficaz do que o discurso autoritário, o discurso democrático e social consegue convencer acerca de um semblante de respeito aos direitos sociais, dificultando até mesmo a insurgência coletivamente organizada.

A decisão proferida pelo STF na ADI 5766 evidencia a função intimidatória das alterações legais. Nos votos, é possível ver clara menção ao temor que as novas regras devem causar, a fim de evitar o que os ministros nominam como demandas temerárias. O Ministro Barroso chega a afirmar que as “ações temerárias” somadas a uma “legislação complexa e difícil de cumprir” seriam o problema a ser enfrentado. E conclui, afirmando que a fragilização (ou eliminação) do direito à gratuidade de justiça pode servir de *desincentivo* à “litigância abusiva”. A ameaça de condenação deve atuar, portanto, na classe trabalhadora, como elemento capaz de causar o medo que impede o ajuizamento da ação.

O Ministro Nunes Marques também se referiu, em seu voto, à necessidade de “responsabilizar as aventuras jurídicas”. Ele chega a mencionar uma suposta “permissividade dos magistrados com reclamantes”, como razão para a “reforma” trabalhista. O que se extrai da leitura dos votos proferidos na ADI 5766 é o uso de condenações financeiras de pessoas pobres, como argumento para disseminar o medo e, com isso, impedir o ajuizamento de demandas trabalhistas. O efeito concreto é que a alegada lesão ao direito alimentar sequer chega ao conhecimento do Poder Judiciário. O incentivo não é ao cumprimento da ordem jurídica, senão que seu exato contrário. Estimula-se a sonegação de direitos.

Apenas mais um exemplo para concluir esse raciocínio. A greve, que já foi considerada caso de polícia, foi alçada à condição de direito fundamental na Constituição de 1988 (artigo 9º). Desde então, são inúmeras as decisões que a impedem, fixando multas milionárias contra os sindicatos⁹. E somam-se a isso, inúmeras decisões do STF que restringem ou impedem o exercício desse direito. Na Reclamação n. 54.597, interposta em 04/7/2016, com pedido cautelar, e extinta por perda de objeto em 18/5/2018, o Ministro Dias Toffoli afirmou, por

⁹ É exemplo: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/30052023-Ministro-suspende-cobranca-de-multa-por-suposto-abuso-do-direito-de-greve-de-professores-do-DF.aspx>. Acesso em: 18 jul. 2023.

exemplo, que *“tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum”*. E, mais adiante: “Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito”.

Nas ADI’s 1306 e 1335, o STF, em decisão proferida em 2018, declarou a constitucionalidade de um Decreto 4.264/95 do Estado da Bahia, que determina, em caso de paralisação de servidores públicos, que eles sejam “convocados” ao trabalho; alvo de processo administrativo disciplinar, caso persista o afastamento; desconto dos dias de greves e exoneração imediata dos ocupantes de cargo de provimento temporário e de função gratificada. Na prática, portanto, o Decreto simplesmente impede que a greve ocorra sem prejuízo irreparável aos trabalhadores que aderirem ao movimento.

É possível, portanto, manter o discurso de que a greve é direito fundamental, enquanto concretamente esse direito fica impedido de ser exercido, em razão do medo que essas decisões judiciais, sempre amplamente divulgadas pela mídia, disseminam.

Voltando novamente à psicanálise, Lacan ensina que a noção de medo é “uma espécie de antecipação, de dimensão temporal, de tensão à frente, introduzida como motriz no interior da situação”. Ele aparece dentro de “uma estrutura intersubjetiva plena” (Lacan, 1995, p. 118). Sequer é necessário que o risco seja real, basta a possibilidade de que ocorra. E muitas vezes nos desestrutura, chegando até mesmo a poder provocar um colapso.

É certo que a garantia efetiva contra a despedida e o acesso à justiça sem a imposição de custos não eliminaria completamente o medo que decorre do fato objetivo de viver em uma sociedade, na qual até o acesso ao alimento depende do dinheiro. Não se trata de eliminar o medo, mas de compreender como esse medo é propositadamente mobilizado para sustentar uma posição dos sujeitos que vivem do trabalho. Uma posição de inércia, diante da violação dos direitos durante o vínculo e perante o Estado. Uma inércia que não elimina, por óbvio, a angústia. Ao contrário, que possivelmente está intimamente relacionada ao aumento da angústia e ao adoecimento emocional epidêmico que vem sendo denunciado por vários autores¹⁰.

¹⁰ Entre os quais é possível referir, além de Freud, 2010, também: Kehl, 2009; Alves; Vizzaccaro-Amaral, 2021; Vasconcelos, 2013; Sennet, 2003; Gaulejac, 2007; Dejours, 1992.

4. Conclusão

Enquanto os homens exercem seus podres poderes.
Morrer e matar de fome, de raiva e de sede
são tantas vezes gestos naturais.
(Podres poderes. Caetano Veloso)

Reconhecer a mobilização do medo como afeto político que permite a cisão entre o simbólico e o real, em uma sociedade capitalista, é importante. Justamente aí encontra-se a chave para a compreensão do discurso do Estado Social e, especialmente, de seus limites. Em uma estrutura que está fundada no racismo, no sexismo e na redução dos seres vivos à condição de portadores de mercadoria (no caso dos seres humanos, a mercadoria *força de trabalho*), não há espaço para todas as pessoas.

As discriminações servirão, então, como instrumentos de segregação da classe trabalhadora e de disseminação da opressão entre os oprimidos. Quem tiver possibilidade de sobreviver, o fará, ainda que em detrimento de seus pares. Daí porque é possível dizer que o racismo estrutura a sociedade capitalista e que a luta antirracista deve, necessariamente, ser também anticapitalista.

Para que seja possível problematizar a forma como o Estado dissemina o medo (tanto o medo de perder o emprego, quanto o medo do *diferente*), reforçando a compreensão do outro como inimigo, é necessário antes de tudo compreender seu metabolismo. E perceber o quanto a relação de troca entre capital e trabalho é central para ele. Eis porque proteger contra a despedida ou conferir efetivo acesso à justiça, à classe trabalhadora, assume uma perspectiva transformadora e, nesse sentido, capaz de ameaçar a ordem vigente.

A negativa de reconhecimento da proteção contra a despedida (inciso I do artigo 7º da Constituição), assim como a “reforma” trabalhista (Lei 13.467) servem ao discurso do medo, promovendo vedação do acesso à Justiça do Trabalho. A eficácia impressiona. As alterações legislativas, diante da complacência e da inércia do Estado, têm neutralizado qualquer possibilidade de efetividade do discurso constitucional de proteção, agindo como instrumento que reforça o corte entre esse discurso (negado até mesmo em seu efeito simbólico) e a realidade das relações de trabalho.

Há, então, uma função para quem lida com o sistema de justiça. Essa função passa pelo reconhecimento do papel que o medo exerce, ao ser mobilizado como afeto político central na regulação das relações sociais, notadamente naquelas entre capital e trabalho. Passa, também, pela necessidade de implicação com essa realidade. Ou seja, quando percebemos que o medo tem sido mobilizado como instrumento que permite manter um discurso de proteção sem

efetivá-lo e que isso tem resultado, concretamente, sofrimento/ desamparo à classe trabalhadora, estamos sendo convocadas a adotar uma postura diversa.

Essa postura passa, necessariamente, pela radicalização do compromisso com o Direito material e processual do Trabalho. Ir à raiz desse ramo do Direito, compreendendo suas razões históricas e sua importância na contenção da exploração do trabalho pelo capital, para o efeito de produzir decisões, artigos e práticas transformadoras. Se há um discurso de proteção social, o mínimo que devemos fazer é exigir a sua efetividade. Cientes da dificuldade que uma tal conduta implica, diante do que foi discutido nesse artigo, é ainda mais importante firmar posição acerca de sua aplicação intransigente. Interessante que, para isso, temos como fonte argumentativa o texto da Constituição de 1988, que resiste apesar de tudo. É curioso perceber, então, que de uma perspectiva positivista, mesmo que rasa, temos elementos jurídicos suficientes para essa radicalização. Seria ingênuo, porém, acreditar que tal caminho poderia operar mudanças, sem que houvesse uma discussão séria, profunda, acerca dos mecanismos utilizados para neutralizar qualquer ação efetiva, no sentido de tornar direitos sociais uma realidade para quem vive do trabalho.

Referências

ALVES, Giovanni; VIZZACCARO-AMARAL, André Luiz (Org) **Trabalho, saúde e barbárie social: pandemia, colapso ecológico e desenvolvimento humano**. São Paulo: Projeto Editorial Praxis, 2021.

BORGHI, Rachele. **Decolonialità e privilegio**. Pratiche femministe e critica al sistema-mondo. Milano: Meltemi Editore, 2020.

CARNEIRO, Sueli. **Dispositivos de Racialidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

DEJOURS, Christophe. **A Loucura do Trabalho**. Rio de Janeiro: Cortex, 1992.

DUSSEL, Enrique. 1492. **O encobrimento do outro**. A origem do mito da modernidade. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. São Paulo: Ubu, 2020.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos** (1930-1936). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Aparecida, São Paulo: Ideias & Letras, 2007.

GUERRA, Andréa Máris Campos e outros (org). **Ocupar a psicanálise: por uma clínica antirracista e decolonial**. São Paulo: N-1 edições, 2023.

HEGEL, Georg. Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Os elementos da lei natural e política**, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KEHL, Maria Rita. Elogio do Medo. 2007. Publicado em <https://artepensamento.ims.com.br/item/elogio-do-medo/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. **O tempo e o cão**. A atualidade das depressões. São Paulo: Boitempo, 2009.

LACAN, Jacques. **O Seminário**. Livro 4. A Relação de Objeto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

_____. **O Seminário**. Livro 10. A Angústia 1962-1963. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

MARX, Karl. **Manuscritos econômicos-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **O Capital**. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

MOLINA, Ana Heloísa. Fenômeno Getúlio Vargas: Estado, Discursos e Propagandas. **Historia & Ensino**, Londrina, v.3, p. 95-112, abr. 1997. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2238-3018.1997v3n0p95>. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/histensino/article/view/12697>. Acesso em: jun. 2020.

MONTESQUIEU, **O Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

QUIJANO, Anibal. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales Editoria, 2005.

SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SEVERO, Valdete Souto. A Pandemia da COVID19 e a perda do emprego em uma sociedade capitalista racista e patriarcal. **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, v. 85, p. 42-53, 2021a.

_____. **A Perda do Emprego no Brasil**. Notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora. Porto Alegre: Sulinas, 2021b.

_____. **Contribuições para uma Teoria Geral do Processo do Trabalho desde uma perspectiva de diálogo com o feminismo negro, com as teorias críticas e com o antirracismo**. São Paulo: Lacier, 2023.

_____. Uma Justiça do Trabalho feminista e antirracista é possível? **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/65667/43450>. Acesso em: 10 jul. 2023. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/65667.

VASCONCELOS, Maria Inês. **Síndrome do Pânico e Trabalho**. A Ausência de Neutralidade do Trabalho no Processo de Adoecimento Mental do Trabalhador. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

Sobre a autora

Valdete Souto Severo: Pós doutora em Ciências Políticas pela UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é Doutora em Direito do Trabalho pela USP - Universidade de São Paulo e Mestre em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica - PUC do RS. É professora de direito e processo do trabalho na UFRGS, É juíza do trabalho da Quarta Região desde 2001, pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital - USP e UFRGS e membra do RENAPEDTS - Rede Nacional de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho e Previdência Social. Além dos cursos já referidos, também tem título de Especialista em Processo Civil pela UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, em São Leopoldo; de Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNISC - Universidade de Santa Cruz, RS; de Master em Direito do Trabalho, Direito Sindical e Previdência Social, pela Universidade Europeia de Roma - UER (Itália) e de Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade da República do Uruguai. Atualmente é Pesquisadora colaboradora em nível de pós-doc junto ao programa de pós-graduação em Filosofia da UNICAMP/SP. ORCID: 0000-0003-1145-8140. E-mail: valdete.severo@gmail.com

Os efeitos da ADC 66 na fixação de critérios sobre a "pejotização" e a tributação da contribuição previdenciária patronal

The effects of ADC 66 in setting criteria on "pejotization" and the taxation of employer's social security contribution

Wagner Balera
Rômulo Cristiano Coutinho da Silva

Resumo

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que o uso da pessoa jurídica para a prestação de serviços intelectuais, desde que respeitados os limites legais, é lícito e permitido expressamente não apenas pela legislação, como também pela *ratio decidendi* da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 66. Nesse contexto, inicialmente, apresentamos pressupostos fundamentais para se compreender a relação entre legalidade, liberdade e solidariedade. Na sequência, na premissa de que, em relação às contribuições previdenciárias, é o legislador quem deve promover a equidade da participação no custeio, jamais o aplicador do Direito ou o órgão julgador, nos debruçamos sobre os limites à desconsideração dos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, fixando, com isso, critérios constitucionais e legais para a configuração, na prática, de uma "pejotização" simulada e, portanto, ilegal.

Palavras-chave: Planejamento tributário; Simulação; Pessoa jurídica.

Abstract

The aim of this paper is to demonstrate that the use of legal entities to provide intellectual services, as long as legal limits are respected, is lawful and expressly permitted not only by legislation, but also by the ratio decidendi of Declaratory Action for Constitutionality No. 66 ("ADC 66"). In this context, initially, we present fundamental assumptions to understand the relationship between legality, freedom and solidarity. Next, considering that it is the legislator who must promote fair participation of taxpayers in the payment of social contributions, never the law enforcer or the judging body, we presented the limits in the tax legislation to the disregard acts and transactions carried out by taxpayers, thereby establishing constitutional and legal criteria for the configuration, in practice, of a sham transaction and, therefore, an unlawful legal entity

Keywords: Tax planning; Sham transaction; Legal entity.

Como citar este artigo: ABNT¹ e APA²

¹ BALERA, Wagner; SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. Os efeitos da ADC 66 na fixação de critérios sobre a "pejotização" e a tributação da contribuição previdenciária patronal. **Labuta**, v. 1, n. 1, p. 177-196, jan./jun. 2024.

² Balera, W., & Silva, R. C. C. (2024). Os efeitos da ADC 66 na fixação de critérios sobre a "pejotização" e a tributação da contribuição previdenciária patronal. *Labuta*, 1(1), 177-196.

1. Introdução

O presente artigo busca tratar do desafiador e intrigante tema da tributação, pela contribuição previdenciária patronal, da prestação de serviços intelectuais por meio de pessoas jurídicas, as quais, a depender de certas características, podem estar encobrindo uma efetiva relação de emprego.

Conforme demonstraremos, nem sempre a prestação de serviços por meio de pessoa jurídica tem por objetivo ocultar uma relação de emprego, sendo absolutamente legítimo o seu uso na prestação de serviços intelectuais, por força do disposto no artigo 129 da Lei n 11.196/2005, declarado constitucional no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 66 (ADC 66).

A premissa estabelecida no artigo 49-A do Código Civil³ é a de que “a personalidade e o patrimônio (direitos e obrigações) da pessoa jurídica não se confundem com a de seus sócios”⁴. Assim, a partir de lições doutrinárias, bem como do julgamento da ADC 66, o presente estudo pretende, com a finalidade de estabelecer maior segurança jurídica ao tema, apresentar alguns pressupostos essenciais acerca da relação entre legalidade, liberdade e solidariedade, bem como os limites à desconsideração dos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, fixando, com isso, critérios constitucionais e legais para a configuração, na prática, de uma “pejotização” simulada e, portanto, ilegal.

2. Legalidade tributária, liberdade, capacidade contributiva e solidariedade social

Como se sabe, o Estado Democrático de Direito “erige-se sob o império da lei, a qual deve resultar da reflexão e co-decisão de todos” (Derzi, 2009, p. 11). Num Estado que está submetido ao Direito, a atuação do poder público, em todas as suas esferas, deve ser pautada na lei, ou seja, obedece primariamente ao princípio da legalidade. O povo é o titular da *res publica* e, assim sendo, quando do exercício da função de realizar a vontade do povo, o governo precisa expressá-la de forma clara e solene. Eis exatamente a função da lei: exprimir, por meio

³ “Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”

⁴ RMS n. 63.192/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 9/2/2021, DJe de 3/3/2021.

de documento produzido pelas pessoas legitimadas para tanto e que representam a voz da população, a vontade do povo (Ataliba, 2011, p. 122).

Nesse contexto, a lei modula a liberdade e a propriedade dos cidadãos, estabelecendo os limites recíprocos dos seus direitos e deveres, sobretudo porque, a um só tempo, controla e limita a atuação dos poderes públicos, conforme recorda FRANCISCO J. LAPORTA (2007, p. 156). Como bem destacado por JOSÉ AFONSO DA SILVA (2010, p. 145-146), a lei tem relevância no Estado contemporâneo não apenas por ser ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também porque, mediante um processo constitucionalmente qualificado, o poder estatal fixa modos predeterminados de conduta, permitindo que as pessoas saibam, de antemão, como pautar-se na realização de seus interesses individuais.

Portanto, a legalidade, além de legitimar o exercício do poder estatal, já que, como visto, a lei é resultante de uma vontade popular consentida, também funciona como limitador da atividade estatal, de maneira que deve ser vista, na relação Estado e cidadão, como ferramenta de proteção deste último. Sob um enfoque, as leis delimitam o âmbito de liberdade dos indivíduos; sob outro, legitimam, estabelecem as diretrizes e fixam os limites de atuação dos órgãos estatais. Na Constituição Federal, o artigo 5º, inciso II, prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Exige, portanto, que a criação de deveres (positivos ou negativos) ao jurisdicionado tenha previsão em textos de caráter legal, definidos pelo artigo 59 do Texto Constitucional. O artigo 150, I, da Carta Constitucional, por sua vez, veda a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça.

Com efeito, a lei tributária irá demarcar as fronteiras do poder impositivo do Estado de acordo com as regras talhadas no plano constitucional, que delimitam o exercício da competência tributária. Conforme leciona JOSE JUAN FERREIRO LAPATZA (1990, p. 65), numa sociedade livre, apenas o povo pode se autoimpor as normas que determinam e prescrevem os limites dos tributos, isto é, dizer o quanto cada um dos membros de uma determinada comunidade irá contribuir com os gastos da coletividade. É por isso que, interpretando-se conjuntamente a legalidade tributária com a livre iniciativa, tem-se que a medida de liberdade a ser exercida pelo contribuinte, nos quadrantes de um Estado de Direito no qual vige a legalidade estrita em matéria tributária, é exatamente aquela definida em lei. Assim, a legalidade, tal como edificada no Sistema Constitucional Tributário, tem duas funções essenciais: *função-garantia*, protegendo o contribuinte de arbitrariedades do poder estatal na instituição e cobrança dos tributos, e *função-instrumento*, já que assegura a realização de outros direitos, tais como os de liberdade, de igualdade, de propriedade e de dignidade (Leão, 2018, p. 71).

Inúmeras questões se colocam quando se conjugam a legalidade tributária e a capacidade contributiva no contexto de estruturas negociais que resultem numa menor carga tributária. MARCO AURÉLIO GRECO (2008, p. 217), por exemplo, entende que a liberdade dos contribuintes de estruturarem seus negócios da forma que melhor lhes aprouver não encontra limite apenas na lei, mas também nos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, ambos informados pelo princípio da solidariedade social. Para o autor, o princípio da capacidade contributiva exerce, na atual Constituição, “função estruturante do sistema”. Assim, ao atuar como verdadeiro princípio informador do sistema ou, ainda, como diretriz positiva da sua conformação, a capacidade contributiva assume fundamental relevância. No campo tributário, representa desdobramento do princípio da solidariedade social e, portanto, configura-se como elemento necessário à consecução do objetivo fundamental da Carta Magna de construir, de modo efetivo, uma sociedade justa, livre e solidária (artigo 3º, I, da CF/88) (Graco, 2008, p. 316-318).

Acontece que, em vista da própria ideia de igualdade, para que se trate de maneira diversa duas situações equivalentes, é preciso que haja razão que justifique o tratamento diferenciado, o mesmo valendo para que aplique tratamento idêntico a situações, a princípio, díspares. O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, assegura que todos são iguais perante a lei e garante a todos o direito à igualdade. Na seara tributária, o artigo 150, inciso II, veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. Há igualdade, portanto, não apenas na aplicação da lei (todos são iguais perante a lei), mas também na elaboração da lei (é vedado tratamento desigual para situações equivalentes). Busca-se com isso, de um lado, propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos (Mello, 2013, p. 23).

Cumprir recordar que igualdade consagrada pela Constituição Federal não se confunde com a identidade, pois, diferentemente desta última, a igualdade é sempre relativa. Segundo os ensinamentos de KLAUS TIPKE (1984, p. 519-520), o princípio de que o igual deve ser tratado igualmente não quer dizer idêntico, mas relativamente igual. Assim, a aplicação da igualdade requer que se tenha em vista sempre um determinado critério de comparação (“igual em relação a quê?”). Nessa premissa, o jurista alemão fecha seu raciocínio concluindo que a igualdade deve ser vista como critério de comparação ou de justiça estabelecido compulsoriamente pelo legislador para assuntos legalmente disciplinados. Daí a essencial unidade entre igualdade e legalidade, a denominada *legalidade isonômica* destacada nos estudos de JOSÉ SOUTO MAIOR

BORGES (1994, p. 13). Como ensina o autor, a legalidade insculpida nos artigos 5º, *caput*, e 150, II, da CF/88 está jungida à noção de *legalidade isonômica*, que garante que apenas será realizada a igualdade tributária, afastando-se arbitrariedades, se o Poder Executivo, ao concretizar a norma tributária geral e abstrata, circunscrever-se aos padrões legais veiculados pela legislação ordinária e complementar (Borges, 1994, p. 13).

Nessa perspectiva, a legalidade constitui instrumento de aplicação da isonomia e, ao padronizar o tratamento dos contribuintes, acaba lhes assegurando uma esfera reservada confiável de autonomia privada. O padrão legal seleciona propriedades a serem avaliadas pelo aplicador do Direito e, nessa medida, reserva um campo de ação para a liberdade individual do contribuinte, que confia que, ao exercer sua autonomia privada, poder dele se afastar. Assim, não pode ser ignorada a eficácia do padrão legal como selecionador de propriedades relevantes que permitem aos particulares exercerem, com autonomia e responsavelmente, os seus direitos de liberdade e propriedade. A legalidade, além de instrumentalizar a liberdade dos indivíduos, também exerce uma eficácia instrumental com relação à igualdade, assegurando que todos aqueles que se encontrarem diante daquela hipótese fática serão submetidos às mesmas consequências jurídicas (Leão, 2018, p. 145).

Por tal razão, não cabe à fiscalização ignorar a eficácia do padrão legal como selecionador de propriedades relevantes para, desbordando dos limites da lei, tributar contribuintes que, dentro dos padrões legais, estruturam seus negócios de maneira a recolher uma menor carga tributária. Com relação aos tributos cuja arrecadação afeta gastos a serem suportados por toda a coletividade, fundados, portanto, no princípio da solidariedade social, o constituinte elegeu a capacidade contributiva como critério de comparação dos contribuintes, representando esta última, então, verdadeiro corolário do princípio da igualdade tributária. As normas com finalidade de arrecadação devem ser avaliadas de acordo com um parâmetro de justiça: a capacidade contributiva. Tais normas não devem ser observadas a partir de sua finalidade, qual seja, a obtenção de receitas, porque isso conduziria a uma ampliação ainda maior das obrigações tributárias. Devem ser medidas pelo parâmetro da igualdade, que tem como critério constitucionalmente eleito a capacidade contributiva.

Afiguram-se irretocáveis, nesse sentido, as lições de MORIS LEHNER (1984, p. 145-146), para quem a finalidade arrecadatória não deve servir como premissa para a interpretação finalística, seja da norma ou de seus destinatários, pois, se assim fosse, se teria por correta sempre a interpretação que levasse a mais alta arrecadação tributária. Por tal motivo, para os tributos com finalidade arrecadatória, a própria Constituição Federal elegeu, inspirando-se no princípio da solidariedade da tributação, a capacidade contributiva como critério de comparação

entre os contribuintes, conforme reza o seu artigo 145, § 1º. Dessa forma, nos tributos cujo escopo é a arrecadação de recursos necessários e suficientes à manutenção do Estado, deve-se analisar não apenas a igualdade na distribuição da carga tributária, mas também a capacidade contributiva do contribuinte, notadamente porque, como escreveu ALCIDES JORGE COSTA, “igualdade tributária, no Brasil, consiste em tributar da mesma forma todos os que têm a mesma capacidade contributiva” (Costa, 1991, pp. 300-301). Daí que RUY BARBOSA NOGUEIRA (1998, p. 97) salienta que o princípio da capacidade contributiva, além de ser um princípio de justiça tributária, também o é de humanização e equidade da tributação.

A capacidade contributiva deve ser entendida como princípio constitucional segundo o qual cada pessoa deve contribuir para as despesas estatais na exata proporção da sua capacidade econômica. Vale dizer, os custos públicos devem ser rateados proporcionalmente entre os cidadãos, de modo que essa divisão equitativa das despesas tome em consideração a capacidade individual de suportar o encargo fiscal, separando, com isso, a parcela necessária à sobrevivência digna do cidadão (mínimo existencial) daquela a ser utilizada no custeio dos gastos públicos.

Levando em conta essas considerações, não há dúvidas de que o princípio da capacidade contributiva se destina tanto ao legislador quanto ao aplicador do Direito. Contudo, ele deve ser visto, de ambos os planos, de modo objetivo, jamais como fundamento de uma interpretação que procure alcançar, por meio da tributação, manifestações de capacidade econômica não previstas na hipótese da norma tributária. Na seara do Direito Tributário, a necessidade de observância da capacidade contributiva prevista pela Constituição Federal dirige-se, de modo primário, ao legislador, no sentido de limitar o poder de tributar, e, de modo secundário, à Administração Tributária, que deve dar eficácia ao princípio identificando o patrimônio, os rendimentos e as atividades do contribuinte, desde que respeitados os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados, bem como os limites previstos na própria legislação infraconstitucional.

HUGO DE BRITO MACHADO (2001, p. 197) sustenta que, em face do ordenamento jurídico brasileiro, os princípios da capacidade contributiva e da isonomia não podem servir como fundamento de possível ampliação das normas de incidência tributária, realizada por meio de atividade interpretativa. Isso porque, se analisados da perspectiva do atual sistema constitucional tributário, tais princípios devem ser vistos em plena harmonia com o princípio da legalidade. Inegavelmente, o conteúdo das normas tributárias é de natureza econômica, uma vez que, em obediência ao princípio da capacidade contributiva, deve-se respeitar, quando da elaboração da lei que irá criar o tributo, a capacidade econômica do contribuinte. Todavia, a

mera detenção de capacidade econômica para contribuir, não gera, por si só, o direito do Fisco de tributar tal situação. Exemplo normalmente citado é o do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto na Carta Magna, em seu artigo 153, inciso VII, mas ainda não instituído em lei complementar. Tal fato só passa a ser relevante, para fins de tributação, depois de definido em lei como hipótese de incidência da norma tributária.

Diante desse quadro, é inadmissível, no contexto do atual Sistema Constitucional Tributário brasileiro, que se pretenda concretizar valores sociais e coletivos com fundamento numa pretensa eficácia positiva da capacidade contributiva, ignorando, para tanto, a rígida repartição das competências tributárias impositivas e os direitos e garantias individuais, que, fixados por meio de regras, representam verdadeiras balizas à atividade tributária impositiva do Estado. Noutras palavras, não se pode querer tributar da mesma forma duas situações diferentes do ponto de vista jurídico, mas que revelam similitude com relação ao conteúdo econômico, com fundamento constitucional buscado diretamente na solidariedade social.

Com efeito, o princípio da capacidade contributiva deve ser visto como uma garantia do contribuinte, que lhe confira proteção em face do poder tributário impositivo dos entes tributantes, e não como ferramenta a ser utilizada pelo Fisco contra o contribuinte (Machado, 2001, p. 92). O poder de tributar do Estado é concedido por meio de regras de competência e seu exercício deve se dar por meio de lei. Assim, os princípios da igualdade e da solidariedade não podem servir de instrumento de instituição ou aumento do poder do Estado não previsto em regras de competência e não exercido por meio de lei (Ávila, 2012, p. 173).

Desse modo, a denominada eficácia positiva da capacidade contributiva não pode servir como suporte de descon siderações de negócios lícitos, legalmente planejados pelo cidadão-contribuinte, mas que, ao arbítrio interpretativo da autoridade administrativa, seja considerado abusivo, pois se estará tributando, assim, além dos limites legais. A igualdade tributária, conforme visto nas linhas acima, traduz uma limitação ao poder de tributar e, portanto, trata-se de meio de proteção do contribuinte, nunca como meio de tributação que valide atuação do Estado sem respaldo em lei. Por isso, tendo em vista que a capacidade contributiva é corolário da igualdade, esta não configura limite à liberdade de atuação dos contribuintes que esteja amparada e respaldada pela lei.

Ao revestir a operação econômica que pretende realizar sob um determinado invólucro jurídico, o contribuinte possui ampla liberdade contratual para estabelecer o conteúdo, a forma e o tipo de contrato que irá regular os direitos disponíveis em jogo, bem como para qualificá-lo da maneira mais eficiente do ponto de vista tributário (Torres, 2003, p. 269-270), desde que não extrapole os limites contidos nos próprios institutos jurídicos oferecidos pelo sistema. A

liberdade do contribuinte de estruturar seus negócios do modo que melhor lhe convier, ainda que com o objetivo colimado de obter uma economia de tributos, desde que exercida por meio de instrumentos lícitos, é garantia constitucionalmente assegurada, bem como decorrência da Ordem Econômica preconizada pela Constituição Federal, que consagra a liberdade de iniciativa, assegurando a todos o direito ao livre exercício da atividade econômica (Barreto, 1988, p. 88-89).

Portanto, no contexto da liberdade dos particulares de configurarem os seus negócios da forma que melhor lhes convier, conferir eficácia positiva ao princípio da capacidade contributiva, a fim de justificar a tributação de situações não descritas no suposto da norma tributária, significa desconsiderar todas as regras de competência detalhadamente delimitadas na Constituição Federal, bem como todos os direitos e garantias individuais do contribuinte em face do poder impositivo do Estado, que sequer podem ser objeto de emenda constitucional, por terem sido elevadas à condição de cláusulas pétreas, consoante previsão do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior brasileira.

3. Limites normativos à desconsideração dos atos e negócios jurídicos realizados pelos contribuintes

Ao percorrer os enunciados prescritivos positivados no Código Tributário Nacional, é possível notar que a legislação tributária estabeleceu como hipóteses de estruturas ilegítimas dos negócios jurídicos a fraude, o dolo e a simulação, no artigo 149, VII, do CTN, e a dissimulação, no artigo 116, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Apesar de o legislador tributário ter elencado como categorias ilegais a simulação e a dissimulação, não foi dada nenhuma definição específica da norma tributária para tais institutos, fazendo-nos buscar, nos domínios do Direito Privado, o conceito técnico-jurídico conferido a esses termos, para então transportá-los ao contexto do Direito Tributário. Isso porque, como ensinam KARL LARENZ (2012, p. 452) e RICCARDO GUASTINI (1999, p. 229), os termos que possuem significado específico na linguagem jurídica devem ser utilizados, no discurso jurídico, com as significações que lhe são próprias, obtidas a partir da base normativa do seu respectivo regime jurídico.

Na vigência do Código Civil de 1916, a simulação era prevista como uma das causas de anulabilidade do negócio jurídico (artigo 147, inciso II).⁵ O artigo 167 do Código Civil de 2002,

⁵“Art. 147. É anulável o ato jurídico:

por seu turno, enuncia a simulação como uma das causas de nulidade do negócio jurídico. O negócio jurídico simulado é tido por inválido e a consequência disso é a sua nulidade. Conforme as lições de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (2005, p. 254), após o advento do CC/2002, a simulação passou a ser normalmente caracterizada como a divergência entre a vontade real e a vontade aparente, notada através do desacordo existente entre a vontade interna, efetivamente desejada, e aquela externada pelas partes nos instrumentos contratuais (Monteiro, 2005, p. 254). Esse conceito de simulação acima transcrito não gera grandes divergências na doutrina. Renomados autores como PONTES DE MIRANDA,⁶ CUSTÓDIO DE PIEDADE UBALDINO MIRANDA,⁷ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES,⁸ J. M. DE CARVALHO SANTOS⁹ e FRANCESCO FERRARA¹⁰, não destoam da definição proposta por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.

Assim, depreende-se do conceito adotado majoritariamente pela doutrina que a simulação se subdivide em dois grupos: o primeiro, dos atos que aparentam ao mundo externo uma situação irreal, sem esconder qualquer ato subjacente; e o segundo, dos atos que aparentam ao mundo externo uma situação irreal, mas ocultam, sob as vestes da vontade declarada, o ato verdadeiro, efetivamente desejado. É o que a doutrina costuma denominar, respectivamente, de simulação absoluta e simulação relativa. Na simulação absoluta aparenta-se celebrar determinado negócio jurídico que, na realidade, não existe. Na simulação relativa, por outro lado, celebra-se negócio jurídico aparentemente existente, para ocultar-se o negócio efetivamente desejado. Nesta última, há um negócio dissimulado, que é o negócio real que se quis ocultar, e um negócio simulado, que é aquele exteriorizado por meio da declaração enganosa. FRANCESCO FERRARA, em festejada analogia, compara a simulação (absoluta) a um fantasma e a dissimulação (simulação relativa) a uma máscara (Ferrara, 1939, p. 50).

Como exemplo de simulação absoluta pode ser citado o caso de venda simulada de bens para fraudar credores. Não houve, concretamente, a efetiva venda dos bens. Ocorreu, na realidade, a celebração simulada de contrato de compra e venda, com a mera intenção de fraudar

I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6).

II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113)."

⁶ "Em toda simulação há divergência entre a exteriorização e a volição (...)" (Pontes de Miranda, 1954, p. 376).

⁷ "A característica fundamental do negócio simulado é a divergência intencional entre a vontade e a declaração. Há uma oposição consciente entre o querido e o declarado; as partes não querem o negócio, querem apenas fazê-lo aparecer, emitindo uma declaração desconforme com a sua vontade e que predetermina a nulidade do ato jurídico e provoca uma ilusão de sua existência." (Miranda, 1978, p. 29).

⁸ "Para que haja a simulação, é preciso, primeiramente, que exista divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada." (Alves, 2003, p. 13).

⁹ "Outro característico da simulação é o desacôrdo intencional entre o ato interno da vontade e a declaração, ou sua manifestação externa." (Santos, 1964, p. 376).

¹⁰ "O que existe de mais característico no negócio simulado é a divergência intencional entre a vontade e a declaração" (Ferrara, 1939, p. 52).

credores. No que tange à simulação relativa, exemplo usualmente citado é o da celebração de contrato de compra e venda para ocultar uma doação. A aparência da venda (simulada) de determinado bem tem como intuito, em verdade, encobrir a doação (dissimulada) efetivamente realizada. O negócio fictício, desse modo, oculta o negócio verdadeiramente celebrado.

É de grande relevância apontar a distinção entre o ato simulado e o ato dissimulado porque há previsão expressa no Código Civil no sentido de que, se o negócio dissimulado for válido na substância e na forma, então subsistirá. Daí decorre a ideia de que é permitido ao fisco tributar o negócio efetivamente ocorrido, mas que fora ocultado pelo negócio aparente. Nessa situação, o negócio simulado é nulo porquanto inválido no âmbito do Direito Privado, mas o negócio dissimulado subsiste porque preenche os requisitos de validade. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., ao se debruçar sobre o tratamento conferido à simulação no Direito Tributário e à luz do Direito Civil, identifica uma alteração no enquadramento da simulação no Código Civil de 2002 (Ferraz Júnior, 2010, p. 9-25). Havia no Código Civil de 1916 uma distinção entre a simulação autêntica e simulação inocente, que tinha por base, sobretudo, a vontade negocial. A simulação não era considerada um defeito do negócio jurídico quando não houvesse intenção maliciosa da parte, sendo anulável apenas a simulação maliciosa, ou seja, aquela praticada com intenção de prejudicar terceiros (art. 103).¹¹

Para TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (2010, p. 12-13), o defeito do negócio jurídico estava localizado na vontade, razão pela qual se falava em anulabilidade. Buscava-se a intenção dos contratantes para identificar se o negócio simulado ocultava ou não outro ato, deveras querido pelas partes. O ato defeituoso era anulado, subsistindo o ato ocultado, efetivamente desejado quando da realização do negócio simulado. Com o advento do novo Código Civil, a simulação deixa de ser, necessariamente, um vício da vontade, para traduzir negócios jurídicos que aparentemente preenchem os requisitos de validade, mas que, na verdade, são inconsistentes, isto é, não cumprem com as regras de validade previstas na legislação privada.

Agora, não se fala mais em defeito, mas em invalidade do negócio jurídico. O *caput* do artigo 167 do CC/2002 estabelece a validade do negócio jurídico dissimulado como fundamento para que ele subsista e produza seus regulares efeitos perante terceiros. Mantém-se a distinção entre simulação absoluta e relativa, mas agora com fundamento na validade (para fins privados), e não mais na vontade. O negócio simulado é nulo (vício de invalidade), subsistindo aquele que lhe é oculto (dissimulado), desde que válido na substância e na forma. Assim, a invalidade da simulação passou a ser investigada também a partir da *causa do negócio jurídico*.

¹¹ “Art. 103. A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei”.

Como bem observou VICENTE RÁO, é difícil encontrar, no campo da dogmática, problema que tenha despertado tantas e tão profundas divergências quanto o da causa do negócio jurídico (Ráo, 1981, p. 100-101). Agora, independentemente da teoria adotada (objetiva ou subjetiva), fato é que a doutrina se preocupa em diferenciar o motivo típico dos motivos individuais pelos quais as pessoas celebram negócios jurídicos. O primeiro corresponde ao fim levado em consideração por quem contrata. Os motivos individuais, por seu turno, encontram-se no psíquico do contratante e, exatamente por serem individuais, são essencialmente subjetivos, variáveis e internos (Betti, 2003, p. 12).

Os motivos individuais, por certo, dão origem à vontade exteriorizada pelas partes quando da celebração de negócios jurídicos. Não se confundem, contudo, com a causa do negócio jurídico. Na prática negocial, a despeito de estarem interligados psicologicamente à vontade de dispor e de estabelecer o consenso (Pontes de Miranda, 1954, p. 88), e, nesse aspecto, impulsionarem as partes para a realização de negócios, os motivos individuais, isoladamente, não são elementos constitutivos da causa do negócio jurídico (Betti, 1969, p. 342).

Isso porque, no âmbito da autonomia privada, inúmeras razões de ordem intrassubjetiva podem levar as partes a estabelecer negócios jurídicos. Investigar tais motivos, no entanto, é tarefa que extrapola os limites da ordem eminentemente jurídica e, por isso, salvo quando a lei lhes atribui valor,¹² os motivos individuais são juridicamente irrelevantes (Gomes, 2007, p. 64). Ciente da intrassubjetividade dos elementos motivacionais que confluem para a exteriorização da vontade negocial, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (2013, p. 144) sustenta que a intenção psicológica, enquanto motivo, é irrelevante para a validade, existência e eficácia do negócio. Na mesma toada, EMILIO BETTI (1969, p. 359-362) ensina que os motivos não possuem relevância na interpretação do negócio jurídico, pois o que interessa é a intenção das partes exteriorizada na forma conferida ao negócio jurídico.

Assim, predomina, atualmente, a noção objetiva de causa do negócio jurídico, segundo a qual “a causa ou razão do negócio se identifica com a *função económico-social* de todo o negócio, considerando despojado da tutela jurídica, na *síntese* dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada” (Betti, 1969, p. 350). A causa do negócio jurídico, portanto, corresponde à função que o ordenamento

¹² É o caso do artigo 140 do Código Civil de 2002, que disciplina o falso motivo como causa de anulabilidade do negócio jurídico: “Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.”. É interessante notar que o motivo, para tornar o negócio anulável, além de ser falso, deve constar expressamente no negócio como sua razão determinante.

jurídico reconhece ao ato praticado, ou seja, à função prático-econômica assegurada pela lei ao negócio em questão, que lhe traça e precisa a eficácia jurídica (Pontes de Miranda, 1954, p. 78).

Todo negócio jurídico é qualificável em determinado tipo (por exemplo: venda, locação, mútuo), desde que cumpra a função econômico-social que caracteriza o aludido tipo. Essa função característica do tipo, protegida pelo ordenamento jurídico, é a causa do negócio jurídico (Betti, 1969, p. 355-356). Assim, a título exemplificativo, na compra e venda, a causa é a transferência da propriedade em razão do pagamento de determinado preço; e, no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo pagamento de um determinado valor a título de aluguel.

Aqui, cumpre assinalar que as causas são típicas não no sentido de que estão especificamente denominadas e taxativamente previstas no direito positivo, mas sim na ideia de que as causas do negócio jurídico, ainda que não estejam taxativamente indicadas na lei, são dignas da tutela do ordenamento, por corresponderem a uma exigência legítima (Azevedo, 2013, p. 146). Vê-se, pois, que o exercício da autonomia privada, nos negócios jurídicos causais, é resguardado pelo direito posto apenas quando a causa esteja presente no negócio jurídico firmado entre as partes. Isso vale tanto para os negócios típicos quanto para os negócios atípicos, uma vez que, como ensina VICENTE RÁO, típicos ou atípicos, os atos e negócios jurídicos, cumprindo com os seus requisitos (pressupostos e elementos constitutivos), criam um vínculo sancionado e protegido pelo ordenamento jurídico, e sempre equivalem, tendo por base sua estrutura e sua essência, à sua causa (Ráo, 1981, p. 108).

Para analisar o fenômeno da simulação à luz da causa dos negócios jurídicos, é preciso ter em mente, antes, com base nas lições de FRANCESCO FERRARA (1939, p. 52), que três são os requisitos do negócio simulado: (i) declaração deliberadamente em desconformidade com a intenção, ou seja, divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada; (ii) pacto simulatório entre as partes; e (iii) objetivo de enganar terceiros.

Dessa perspectiva, a simulação não representa apenas um desvirtuamento entre a causa típica prevista pelo ordenamento para determinado negócio e aquele praticado pelas partes, mas também um descompasso entre a vontade interior e a vontade exteriorizada. Assim, não basta levar em consideração apenas a inconsistência entre o negócio jurídico e sua respectiva causa típica, sendo indispensável examinar, também, a vontade das partes de não se submeter aos efeitos jurídicos do negócio pactuado (Ferraz Júnior, 2010, p. 22).

Ora, assim como o comportamento das partes não condizente com a causa do negócio jurídico realizado revela a intenção de enganar terceiros, desvelando a simulação (intenção intersubjetiva revelada pelos resultados objetivados) (Ferraz Júnior, 2010, p. 22), a desconformidade do negócio jurídico com a sua respectiva causa típica evidencia, de forma

objetiva, a existência de negócio simulado. Importante ficar claro, neste ponto, que a divergência entre a vontade subjetiva e a vontade declarada deve ser analisada a partir da intenção exteriorizada na declaração de vontade, e não da intenção intrassubjetiva de cada parte.

Assim, o fato de o contribuinte estruturar determinada operação com o fim (motivo) único e exclusivo de economizar tributos não se confunde, de maneira alguma, com a simulação. A vontade das partes de se submeter às consequências típicas do negócio jurídico pactuado (causa), conforme demonstrado, distingue-se sobremaneira dos motivos intrassubjetivos que as levam a negociar. Por tal razão, deve ser desmitificada a ideia de que a prática de atos e negócios jurídicos com a única intenção de economizar tributos caracteriza a simulação. A falta de propósito negocial que importa para configurar a simulação só pode significar, à luz do direito posto, a ausência ou desvirtuamento da causa do negócio jurídico, e esta, como visto nas linhas acima, não se encontra no plano psíquico dos motivos individuais intrassubjetivos das partes de quererem reduzir a carga da tributária por meio da estruturação negocial (Silva, 2019, p. 100).

Destarte, se as partes efetivamente desejam os efeitos jurídicos do negócio pactuado, ou seja, se há causa jurídica lícita, não cabe ao fisco adentrar nos motivos da escolha por uma ou outra forma jurídica adotada, sobretudo porque a conduta econômica é livre e deve ser respeitada como tal (Ferraz Júnior, 2010, p. 24). Ademais, uma vez evidenciada a simulação, não é o resultado econômico do negócio simulado que interessa para o Direito Tributário, mas sim o resultado econômico efetivo, que se encontra oculto no negócio jurídico dissimulado. Este, que possui uma causa de determinado negócio jurídico, se previsto na hipótese de incidência como fato-jurídico passível de sofrer a tributação, é que interessa para a norma tributária. Desse modo, a revisitação do fato jurídico-tributário relatado pelo contribuinte só deve ser realizada, para fins de requalificação do fato jurídico, caso restem devidamente comprovadas, em consonância com a teoria das provas, a simulação ou a dissimulação.

Deve ser rechaçada qualquer tentativa de tributação com base exclusivamente numa pretensa eficácia positiva da capacidade contributiva de situação não prevista na hipótese da norma tributária. A requalificação dos fatos dissimulados deve pautar-se, essencialmente, nas provas apresentadas. O fisco tem o dever de demonstrar, de forma suficiente, que o negócio jurídico qualificado pelo contribuinte não se consumou, provando, para tanto, a existência do ato que fora ocultado para fugir da tributação. Há, portanto, um duplo ônus da prova do fisco, que deve colher provas suficientes para demonstrar que a qualificação trazida pelo contribuinte não é verdadeira, provando, ao mesmo tempo, a requalificação sustentada. É exatamente por meio do uso da linguagem das provas que o ato simulado será desconstituído, para que seja

constituído em seu lugar o ato dissimulado, fato jurídico-tributário encoberto pelo contribuinte para fugir da tributação.

Em suma, cabe à autoridade fiscal a prova de demonstrar, por meio de linguagem competente, a não ocorrência do ato aparente (simulado), e a ocorrência, de fato, do ato ocultado (dissimulado). Fica evidente, portanto, a importância das provas na requalificação do ato dissimulado. Primeiro, porque não se constitui fato jurídico-tributário sem recorrer, para tanto, às provas capazes de verter em linguagem competente o evento descrito no antecedente da norma geral e abstrata. Segundo, porque, caso a autoridade administrativa não cumpra com seu duplo ônus da prova, a pretensão fiscal, certamente, não subsistirá.

4. A ADC 66, o fenômeno da “pejotização” e os limites à sua tributação pela contribuição previdenciária patronal

Conforme destacado inicialmente, por meio do julgamento da ADC 66, o STF julgou constitucional o artigo 129 da Lei nº 11.196/2005, que assim dispõe: “para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil”.

O debate travado no Supremo centrava-se na incerteza gerada para os prestadores de serviços intelectuais e para os tomadores desses serviços sobre eventual desconsideração da sua relação jurídica pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário que, a pretexto de coibir fraudes e simulação em primazia da realidade, poderia a eles impor regramento previdenciário e fiscal mais gravoso que aquele destinado às pessoas jurídicas ou, ainda, reconhecer a formação de vínculo empregatício entre a pessoa física do prestador e os tomadores do serviço.

De um lado, o voto da Ministra relatora, Carmén Lúcia, sustentou a compatibilidade do referido dispositivo legal com as diretrizes constitucionais, notadamente o inciso IV do artigo 1º da CF/88, por meio do qual foi estabelecida a liberdade de iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil. Segundo constou do voto da Ministra, dessa liberdade econômica emanam a garantia de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o livre exercício de qualquer atividade econômica, consagrados, respectivamente, no inciso XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal. De outro lado, em voto

capitaneado pelo Ministro Marco Aurélio e seguido pela Ministra Rosa Weber, defendeu-se que o citado artigo 129 tem por objetivo “nítida isenção no cumprimento das atribuições sociais das empresas, a implicar profundo desequilíbrio na relação entre empregador e trabalhador, em prejuízo do projeto constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Prevaleceu no Supremo, no entanto, o primeiro entendimento, pautado sobretudo na ideia de que “a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa conjugam-se para fundamentar a ordem econômica e dirigem-se a atingir os objetivos fundamentais descritos no art. 3º da Constituição da República”. Assim, a norma inserta no artigo 129 da Lei nº 11.196/2005 compatibiliza-se com “a normatividade constitucional que abriga a liberdade de iniciativa como fundamento da República”. Veja que posicionamento fixado no Supremo não foi o de afastar direitos sociais dos trabalhadores assegurados no artigo 7º da Carta Constitucional, tampouco de consagrar um direito absoluto e inquestionável ao uso da pessoa jurídica para a prestação de serviços intelectuais.

Como ficou salientado no voto vencedor, “a regra jurídica válida do modelo de estabelecimento de vínculo jurídico estabelecido entre prestador e tomador de serviços deve pautar-se pela mínima interferência na liberdade econômica constitucionalmente assegurada e revestir-se de grau de certeza para assegurar o equilíbrio nas relações econômicas e empresariais”. Nada obstante, referido voto consignou, igualmente, que eventual conduta de “maquiagem de contrato” pode ser objeto de questionamento, ou seja, que a prestação de serviços intelectuais por meio de pessoas jurídicas, tal como autoriza o artigo 129 da Lei nº 11.196/2005, se sujeita à avaliação de legalidade e regularidade pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

A ADC 66, em síntese, ratificou o posicionamento aqui adotado no sentido de que a liberdade do cidadão-contribuinte de configurar os seus negócios da maneira que melhor lhe convier possui seu limite na lei. Não se pode invocar uma tributação com fundamento direto na isonomia ou na solidariedade social, tendo em vista que a própria ideia de isonomia, como visto, pressupõe que as situações a serem tratadas de maneira diferente tenham justificativa prevista em lei (*legalidade-isonômica*). Além disso, é tarefa do legislador promover a equidade na forma de participação do custeio, isto é, definir a justa proporção entre as quotas com que cada autor social há de contribuir para a satisfação da seguridade social. O legislador, ao produzir a norma de custeio, deve atuar com o propósito indireto de reduzir as desigualdades, mediante a prudente e adequada repartição dos encargos (Balera, 2016, p. 39), não cabendo ao aplicador do Direito ou ao órgão julgador, ainda que sob o manto do louvável argumento da solidariedade social,

promover tributação verdadeiramente à margem dos princípios e regras constitucionais que balizam a percução tributária.

Cumpra lembrar, ademais, que o direito de liberdade protegido pela Constituição Federal, no âmbito tributário, não contrapõe um direito individual a um direito coletivo. Como recorda ALMIRO DO COUTO E SILVA (1988, p. 21), o Direito restringe e modela essa liberdade individual para tomar possível sua coexistência com a liberdade dos outros. Devem, pois, coexistir a liberdade individual com a liberdade coletiva. JORGE MIRANDA (2017, p. 114) ensina que os direitos de liberdade são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à proteção* do poder contra outros poderes, ao passo que os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. Na visão do autor, os primeiros têm o escopo irreduzível de limitação do poder e os segundos, por seu turno, de organização da solidariedade (Miranda, 2017, p. 114). O constitucionalista luso é cirúrgico ao pontuar que liberdade e libertação não se separam, mas entrecruzam-se e completam-se, já que a unidade da pessoa não pode ser violada por conta de direitos destinados a servi-la. A unidade do sistema jurídico impõe, portanto, a harmonização constante dos direitos de um e de todos, fazendo com que direitos de liberdade e direitos sociais insiram-se numa unidade axiológica e sistemática dentro da Constituição e da ordem jurídica como um todo (Miranda, 2017, p. 114-115).

Assim, se por meio de regras a legislação tributária estabeleceu como hipóteses de estruturas ilegítimas dos negócios jurídicos a fraude, o dolo e a simulação, no artigo 149, VII, do CTN, e a dissimulação, no artigo 116, parágrafo único, do mesmo diploma legal, não cabe às autoridades administrativas, tampouco aos órgãos julgadores, recorrer aos princípios da isonomia e da solidariedade social para fundamentar a requalificação, para fins fiscais, dos serviços intelectuais prestados por meio de pessoa jurídica, em conformidade com o disposto no artigo 129 da Lei nº 11.196/2005, ainda que essa estruturação tenha sido adotada com o fim colimado de obter um ganho tributário, pois, nesse caso, se estará fatalmente violando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da confiança, da isonomia e da capacidade contributiva.

Caso o fisco pretenda desconsiderar o negócio jurídico relatado pelo contribuinte, sob o argumento de que restou caracterizada, na operação engendrada, dissimulação dos serviços prestados por meio da pessoa jurídica, os quais encobriam efetiva relação de emprego, deve colher provas suficientes para demonstrar que a qualificação trazida pelo contribuinte não é verdadeira, provando, ao mesmo tempo, a requalificação sustentada (duplo ônus da prova). Cumpra ao Fisco a prova de demonstrar, por meio de linguagem competente, a não ocorrência

do ato aparente (simulado) e a ocorrência, de fato, do ato ocultado (dissimulado), para então promover uma tributação que esteja dentro dos limites positivados, bem como em consonância com o que definido pelo Supremo no julgamento da ADC 66.

5. Conclusão

A liberdade dos particulares de exercerem livremente a sua atividade econômica encontra limite na lei. De fato, os contribuintes estruturam seus negócios tendo como bússola o arquétipo normativo vigente, razão pela qual confiam que os efeitos tributários a serem aplicados aos seus atos e negócios jurídicos sejam exatamente aqueles previstos em lei. A legalidade, nesse aspecto, constitui instrumento de aplicação da isonomia, pois, ao padronizar o tratamento dos contribuintes, lhes assegura uma esfera reservada confiável de autonomia privada.

Logo, invocar uma aplicação das normas tributárias com fundamento direto na isonomia e na solidariedade social significa desrespeitar todos princípios e regras constitucionais que garantem os direitos fundamentais individuais, bem como que limitam e informam a percussão tributária. Especificamente em relação às contribuições previdenciárias, é o legislador quem deve promover a equidade da participação no custeio, jamais o aplicador do Direito ou o órgão julgador.

O Supremo, ao julgar constitucional o artigo 129 da Lei nº 11.196/2005 por meio da ADC 66, reforçou a proteção constitucional do livre exercício da atividade econômica ao consignar que o particular tem o direito constitucionalmente garantido de organizar os seus negócios da maneira que melhor lhe convier, desde que tal direito seja exercido por meio de instrumentos lícitos. Portanto, em consonância com o artigo 149, VII, do CTN, e a dissimulação, no artigo 116, parágrafo único, do mesmo diploma legal, os serviços prestados intelectuais prestados por meio de pessoa jurídica, em conformidade com o disposto no artigo 129 da Lei nº 11.196/2005, apenas podem ser desconsiderados pela autoridade fiscal caso seja devidamente comprovada, por meio de provas a serem apresentadas pelo fisco, a mera aparência da pessoa jurídica, que esteja encobrindo uma efetiva e real relação de emprego, ou seja, o uso dissimulado da figura da pessoa jurídica para fins fiscais.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. As figuras correlatas da elisão fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário**, n. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan./fev. de 2003.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. Ágio com fundamento em rentabilidade futura. Empresas do mesmo grupo. Aquisição mediante conferência em ações. Direito à amortização. Licitude formal e material do planejamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 205. São Paulo: Dialética, out/2012.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico – existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2016.
- BARRETO, Aires F. Liberdade de contratar e tributação. **Revista de Direito Tributário**, n. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1988.
- BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969.
- BORGES, José Souto Maior. A isonomia na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Tributário**, n. 64. São Paulo: Malheiros, 1994.
- COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. **Revista de Direito Tributário**, n. 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./1991.
- COUTO e SILVA, Almiro do. Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 18, n. 46. Porto Alegre: PGRS, 1988.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.
- FERRARA, Francesco. **A simulação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1939.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto. No Direito Tributário e à luz do novo Código Civil. **Revista Fórum de Direito Tributário**, n. 48. Belo Horizonte: Fórum, nov./dez. 2010.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. ***Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho***. Barcelona: Gedisa Editorial.
- LAPATZA, Jose Juan Ferrero. ***Curso de Derecho Financiero Español***. 12ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- LAPORTA, Franciso J. ***El imperio de la ley – Una visión actual***. Madrid: Trotta, 2007.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEÃO, Martha Toribio. **O direito fundamental de economizar tributos – entre legalidade, liberdade e solidariedade**. São Paulo: Malheiros, 2018.

LEHNER, Moris. Consideração econômica e tributação conforme a capacidade contributiva. Sobre a possibilidade de uma interpretação teleológica de normas com finalidades arrecadatórias. In MACHADO, Brandão (coord.). **Direito Tributário: estudos em homenagem ao Professor Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO, Hugo de Brito. A Norma Antielisão e outras alterações no CTN. **IOB – Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, n. 7. São Paulo: IOB, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. (22ª tiragem). São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **A simulação no Direito Civil brasileiro**. Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 1978.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**, 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Princípios e conceitos científicos da tributação, como pressupostos para a legislação e para a interpretação e aplicação do Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 36. São Paulo: Dialética, set/ 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico. Noção. Pressupostos. Elementos essenciais e acidentes. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 9ª ed. Volume II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SILVA, José Afonso da. Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 187. Brasília: Senado Federal, jul/set 2010.

SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. **Planejamento Tributário e Segurança Jurídica**. Série Doutrina Tributária Vol. XXVII. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2019.

TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário. In MACHADO, Brandão (coord.). **Direito Tributário: estudos em homenagem ao Professor Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Sobre os autores

Wagner Balera: Professor Titular de Direitos Humanos e Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docente em Direito Previdenciário pela PUC-SP. ORCID: 0000-0002-4512-044X.

Rômulo Cristiano Coutinho da Silva: Doutorando e mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). MBA em Gestão Tributária pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FIPECAFI). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET). Professor nos cursos de pós-graduação do INSPER, da FIPECAFI e do IBDT.