

# REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA

PPGD Direito do Trabalho e Previdenciário UERJ

LA   
BU   
TA 



Labuta: Revista Eletrônica de Direito do Trabalho e Previdência [recurso eletrônico]. – v. 2, (2024-). – Rio de Janeiro, RJ: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, 2024-

1 recurso online: il.

Publicação contínua a partir de 2024.

e-ISSN 2966-0394

Disponível apenas online.

Título abreviado: Ver. Eletr. Dir. Trab. Prev.

Sigla da publicação: Labuta.

Título, resumos e textos em português, inglês, espanhol e francês.

Preservada digitalmente no Portal de Publicações Eletrônicas da UERJ.

1. Trabalho – Periódicos. 2. Previdência – Periódicos. 1. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-graduação em Direito.

<b>Coercion and Consent in Employment: From Contract to Civic Republicanism...</b>	<b>8</b>
Augustus Bonner Cochran, III	
<b>Entre idas e vindas: uma breve reflexão sobre o alcance do Direito do Trabalho em relação ao labor em plataformas digitais.....</b>	<b>60</b>
Cláudio Victor de Castro Freitas	
<b>O direito à pensão por morte integral para dependentes com invalidez ou deficiência no Regime Geral de Previdência Social brasileiro.....</b>	<b>108</b>
Cristiane Miziara Mussi	
<b>As Reclamações Constitucionais no Precedente 725 do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>153</b>
Ivan Simões Garcia	
<b>Financiamento sindical no Brasil: dimensões sociojurídicas da representação coletiva.....</b>	<b>194</b>
Sandro Lunard Nicoladeli	
<b>Resenha crítica do livro: “Capitalismo Canibal: como nosso sistema está devorando a nossa democracia, o cuidado e o planeta e o que podemos fazer a respeito disso” de Nancy Fraser.....</b>	<b>221</b>
Gabriela Alcofra dos Santos	
<b>Resenha crítica do livro: “A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?” de Michael Sandel.....</b>	<b>235</b>
Jeison Martins Costa	



# EDITO RIAL

(Volume 1, Número 2)

Chegamos ao segundo número da Revista Eletrônica de Direito do Trabalho e Previdência “Labuta”, vinculada à Linha de Direito do Trabalho e Previdenciário do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do estado do Rio de Janeiro (UERJ).

A Revista segue atenta ao impacto das novas relações de trabalho e considera que, não obstante o núcleo duro do Direito do Trabalho permaneça inalterado, vê-se o surgimento de novas relações, sintetizadas por meio da *sharing economy*. Para tais relações, as velhas respostas parecem não dar conta das novas demandas. Contudo, faz-se necessário um alerta de que não se subverta a proteção do trabalhador, por meio de mecanismos que, sob o pretexto de lhe trazer maior proteção, têm a capacidade, através de uma leitura distorcida, de deixá-los à margem da inexorável proteção jurídica, inclusive previdenciária.

O fato é que, nos próximos anos, assistiremos a modificações cada vez mais rápidas no mercado de trabalho, impactando também a estrutura da Previdência, com o desaparecimento de várias atividades profissionais que existem hoje e com o surgimento de novas, especialmente no setor de serviços. O ambiente do trabalho tende a ficar

polarizado; de um lado, com a extinção de numerosos postos (notadamente os mais simples) que serão substituídos por mecanismos autômatos e, de outro lado, com a criação de oportunidades em setores já existentes, mas cujas atividades exigirão maior capacitação, como os de serviço intermediado por plataformas (venda, logística, alimentação e entregas).

Nesse ambiente é que os artigos ora apresentados estão inseridos, assumindo posição crítica em relação a novas conformações trabalhistas e de previdência, em um debate no qual as diversas correntes possam se manifestar e serem ouvidas com respeito.

A Seção de artigos é aberta com o trabalho de Augustus Bonner Cochran III, professor emérito de Ciência Política do Agnes Scott College, em Atlanta/Decatur. O autor escreve *“Coercion and Consent in Employment: From Contract to Civic Republicanism”*, em que examina as implicações da filosofia republicana norte-americana para o Direito do Trabalho, destacando a questão central sobre o tipo de economia política necessária para manter a república. Para o autor, embora regulamentada por leis locais, estaduais e da União, a relação de trabalho nos Estados Unidos continua a ser predominantemente derivada de um modelo negociado, com a maior parte dos termos e condições do trabalho determinados pelo contrato de trabalho, individual ou coletivo.

O pesquisador Claudio Victor de Castro Freitas, em *“Entre Idas e Vindas: uma Breve Reflexão sobre o Alcance do Direito do Trabalho em Relação ao Labor em Plataformas Digitais”*, preocupa-se com a proteção

jurídica dos trabalhadores em plataformas digitais, defendendo que o avanço social deve se fazer acompanhar de interpretação evolutiva acerca dos elementos que compõem a relação de emprego, situação essa ocorrida em diversos países estrangeiros.

Em “O direito à pensão por morte integral para dependentes com invalidez ou deficiência no Regime Geral de Previdência Social brasileiro”, a professora Cristiane Mizziara Mussi, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), traz o único trabalho de Direito Previdenciário desta edição. Nele, analisa o benefício da pensão por morte integral para dependentes com invalidez e com deficiência intelectual, mental ou grave no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), criticando alterações realizadas pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

“As Reclamações Constitucionais no Precedente 725 do Supremo Tribunal Federal”, contribuição do professor Ivan Simões Garcia, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), analisa a relevância dos precedentes judiciais e seu uso no caso de direitos trabalhistas, através das Reclamações Constitucionais, dando especial destaque ao Tema 724 e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324, tanto no que concerne o questionamento de vínculo empregatício e a competência da Justiça do Trabalho, quanto ao impacto das Reclamações Constitucionais no bojo do processo de reforma do Direito do Trabalho.

O professor Sandro Lunart Nicoladelli, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), traz o artigo “Financiamento Sindical no Brasil: Dimensões

Sociojurídicas da Representação Coletiva”, em que cuida das características e assimetrias próprias do financiamento sindical brasileiro e analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na formação do Tema 935, defendendo a fixação de critérios objetivos para o referido financiamento.

Nesse número, além dos artigos científicos, inserimos uma novidade, que é a Seção de Resenhas Jurídicas de livros.

Nela, a pesquisadora Gabriela Alcofra dos Santos critica o livro “Capitalismo Canibal: Como Nosso Sistema Está Devorando a Nossa Democracia, o Cuidado e o Planeta e o Que Podemos Fazer a Respeito Disso”, de Nancy Fraser, e conclui que o livro tem o mérito de abrir os olhos do leitor para a complexidade do sistema capitalista, para além da análise sob o viés econômico, concentrada na acumulação de capital, propriedade privada dos meios de produção e exploração do trabalho assalariado, que são considerados a “camada visível” do sistema.

Por fim, o livro “A Tirania do Mérito: O que Aconteceu com o Bem Comum?”, de Michael Sandel, passa pela lente do pesquisador Jeison Martins Costa, que afirma ser a obra um chacoalhar realístico para todos aqueles que, por ingenuidade ou arrogância, acreditam que obtiveram sucesso como fruto exclusivo do seu esforço individual e, por isso mesmo, de seu mérito. É também um renovar de esperanças para aqueles que foram deixados para trás, pois aponta caminhos, lembrando que nenhuma vitória é conquistada solitariamente, e que gratidão e

humildade são os sentimentos que proporcionarão o resgate da preocupação dos indivíduos com o bem comum.

Os trabalhos apresentados nessa edição confirmam a vocação da Linha de Pesquisa de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário para estar à frente do debate sobre a conformação atual da estrutura do Estado Social de Direito e as perspectivas da proteção social, em especial do Trabalho e da Previdência, no século XXI, com destaque para a proteção dos direitos fundamentais.

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

As contribuições trazidas por professores e pesquisadores à segunda edição da Revista LABUTA solidifica a relevância do papel que passa a assumir o novo periódico na comunidade jurídico-científica do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário.

MARCELO LEONARDO TAVARES

Professor Titular – PPGD/UERJ

Editor-Chefe da Revista LABUTA

# Coercion and Consent in Employment: From Contract to Civic Republicanism

Augustus Bonner Cochran, III

## ABSTRACT:

Although regulated by local, state, and national law, the employment relationship in the United States remains predominantly a negotiated model, with the bulk of terms and conditions of work determined by the employment contract, individual or collective. Rooted in philosophical liberalism, the essence of free labor is defined by the consent of the parties to employment. After a period of abstract ideological laissez-faire (the Lochner Era), New Deal legislation and jurisprudence brought an element of realism to labor law, seeking to remedy problems of power imbalance by encouraging collective bargaining with the National Labor Relations Act, placing a floor under working conditions with the Fair Labor Standards Act, and after WWII, countering discrimination with Title VII of the Civil Rights Act. With the “right turn” of the federal judiciary, however, accelerated by the consolidation of a conservative “supermajority” on the U.S. Supreme Court, protective regulation is being drastically undermined and worker frustrations are growing, as some commentators even warn of a return to a “new Lochner Era.” Instead of seeking simply a more realistic refurbishing of “consent,” some labor advocates are accompanying a revival of civic republicanism as a constitutional ideology in calling for a republican redefinition of freedom as non-domination at work and for empowered worker voice within firms as well as stronger democratic citizenship for workers in economic and political life.

## KEYWORDS:

employment contract, consent, civic republicanism, worker voice, domination.

## 1. Introduction

Sir Henry Sumner Maine, nineteenth century British legal historian, famously described the evolution of legal regulation of social relations as moving from

status to contract in modernizing societies (Matsuura). This observation aligns with the philosophy of liberalism, an ideology of individualism that undergirds a predominantly negotiated model of employment based on a largely unregulated labor market and free employment contracts. The ideal of a laissez faire economy with strong economic rights such as liberty of contract was always a utopian ideal never realized in practice, but it was approximated in American jurisprudence at the turn of the nineteenth century, a period often referred to as the Lochner Era, named after an (im)famous Supreme Court case. This nineteenth century free market fundamentalism came under mounting criticism in the twentieth century, when reformers (confusingly called “liberals” in United States parlance, while advocates of a return to nineteenth century liberalism are designated as “conservatives”) recognized that realism, actual social conditions and the welfare of workers and society, demanded regulations to protect the rights and interests of workers. Despite extensive regulations enacted under the pressure of the New Deal and the labor movements of the 1930s and 1940s through the various movements for civil rights, women’s rights, workers’ rights, etc., in the 1960s and 1970s, beginning with the Reagan presidency in the 1980s a right turn in American politics and law has sought to turn the hands of the clock back to a NeoLochnerian Era. Neoliberal politics, along with the dire threat to majoritarian democracy of which Donald Trump is a symptom (although not the cause), has in recent decades diluted or even repealed much of the protective infrastructure scaffolding the United States labor market, with the potential to return the American labor regime to one that venerates abstract consent while being blind to real coercion. Although there is no shortage of calls to shore up and restore the labor and employment regulations and protections erected by the New Deal and post-WWII legal liberalism, there has also emerged an undercurrent of thinking in the academic and legal communities that advocates

a new approach based on civic republicanism. This political philosophy has a traditional place in American culture and, some claim, overlaps substantially with American traditional liberalism, but has significant divergences that might provide a distinct stamp for labor and employment law. Especially with its emphasis on understanding freedom as non-domination rather than the more orthodox liberal freedom as non-interference, civic republicanism might point reformers toward new avenues for enhancing worker rights in areas such as freedom of association and organizing rights, employment conditions and welfare policies, worker participation and voice in firm management, new forms of enterprises such as cooperatives and stronger political influence over the economy, and even new fundamental economic rules and development models. If traditional law treated workers as bound by their status instead of exercising individual freedom, and if markets and contracts promised emancipation but failed to some degree to realize this ideal, both liberal and civic republican approaches to employment might be conceived as offering a new more favorable status to workers, as citizens in an industrial democracy. This article will briefly trace these historical transformations and offer snapshots or samples of the kinds of protections that might exemplify a republican employment regime.

## 2. Free Labor and *Lochner*

The United States is often characterized as philosophically liberal. This liberal philosophy supposedly not only shapes our culture (individualistic), economy (capitalist, tending toward market oriented), politics (emphasizing rights and minimizing government), but also our law. Our constitution is noticeably spare and brief (less than ten pages compared to book-length for Brasil) And our labor and employment law, compared to other wealthy, modern, capitalist economies, relies more on a negotiated rather than legislated model

(although to claim that the United States does not have labor and employment regulation is so inaccurate as to be mythical (Fernandes)). In a famous argument published in the 1950s, Louis Hartz claimed that, since the U.S. had been spared a feudal past and the class conflicts that system spawned, liberalism had so dominated political thinking in the United States from its origins that consensus more than conflict had characterized American history and politics (Hartz). Hartz' thesis has been roundly criticized, and liberalism has been blended with and challenged by other ideologies, including illiberalism (Hahn), populism (Judis), democratic socialism (Nichols), and civic republicanism (Sandel). Liberal individualism, however, has undoubtedly had a strong influence in shaping America's employment regime as a predominantly negotiated model. Historical experience has reinforced ideology; in particular, the origins of the country as a slave society and the struggle to abolish slavery led to an implacable identification of "free labor" with employment contracts (Forbath).

Although Northern workers, composed principally of small farmers and craftspeople, held an ideal of freedom at work as economic independence, and perceived employment skeptically as a form of subordination, more middle class abolitionists conceived of the distinction between slavery and free labor as the right to sell one's labor to an employer of one's own choosing and revered the employment contract as the mark of emancipation (Forbath; Gourevitch). Professor Amy Dru Stanley (1998) has traced how contract came to define the relationships of both employment and marriage; indeed, the nineteenth century in the United States has been called the era of "contract culture."

The idealized view of contract fit nicely with the liberal political philosophy that predominated in the young American Republic, especially as that ideal evolved in the nineteenth century but also as it derived from earlier thinkers. John Locke (1632 – 1704), the apologist for the English Glorious Revolution whose thought was revered by American revolutionists, had, following Hobbes but with important twists, conceived of society as founded on a social contract. According to Locke (Second Treatise), before the foundation of civil society, all people existed in a state of nature as free, equal, independent, and property-owning individuals endowed with rights to life, liberty, and estates. These individuals only entered society by consenting to the social contract, and the role of government was strictly limited to protecting the "natural rights" that these individuals enjoyed in the state of nature (though, in the type of inconsistency or ambiguity that characterizes so many aspects of Locke's thinking, government could legitimately regulate the lives, liberties, and property of citizens in the name of protecting them). Implicitly, all sorts of lesser contracts predated the social contract. In the state of nature, people bought and sold, traded, made various commercial and social agreements, and importantly, bought and sold labor (which Locke thought

was owned by each worker, because workers owned their own bodies and hence, their own labor) as well as other forms of property (land being especially important in an agricultural society like 17th century England). The role of the government was to respect and enforce these contracts and resultant distributions, not, emphatically, to redistribute property.

Nineteenth century liberal thinkers and political economists elaborated on the nature of market exchanges, including labor markets. In the ideal version, two individuals, a buyer and seller, meet in the market to effect an exchange. Various assumptions must be made for the market to function and for exchanges to be truly free. Buyers and sellers must be equal, meaning not equally resourced but with equal legal rights. They must be free, not coerced into a deal – that is, exchanges must be voluntary. Any deal must be mutually beneficial, an assumption that follows from the freedom of both parties; otherwise, presumably, a party who was not benefited would not consent to the deal. In a labor market, for example, buyers of labor (employers) offer prices (wages or salaries, terms and conditions of employment) to induce sellers of labor (workers or employees) to accept employment and perform the work with their labor bought by the buyer/employer (Dagan and Heller; Dukes and Streeck). In such an ideal market, the role of the state is minimal. Although even libertarians recognize (when pushed) that some government rules are necessary to create and sustain a market, to go beyond this bare framework to having laws that influence the content of contracts is to risk paternalism at best, coercion for sure, and suboptimal outcomes not only for individual buyers and sellers but economic inefficiency, political unfreedom (coercion), and social injustice (redistribution, that is, deviations from market outcomes) (Galbraith; Dagan and Heller).

Judges played an important role in injecting the ideal of markets and contract into American law as the primary instrument for ordering employment relations, enshrining the contractual ideal in both common law and constitutional interpretation. Although the traditional English common law of employment, dating from the Middle Ages and the Statute of Laborers of 1351, had been master/servant law, a common law imported to the American colonies when settled and modified in practice but not repudiated by the American Revolution (Kahana; Seinfeld 1991), in the 1880s American judges began to change the law. In his popular treatise on the law, Judge Horace Wood claimed that the American rule was that employment contracts that did not explicitly state the duration of their validity were to be interpreted as “at will,” meaning that either party could terminate the contract at any moment for any reason. As the influence of Wood’s treatise spread, American judges subtly transformed what was initially a canon of interpretation, a presumption that the contract was at will barring other evidence of a different will of the parties, to a substantive rule of employment law, meaning that employment contracts were necessarily at will unless they specified a period in the contract (Steinfeld 1991, Orren).

In the last decades of the nineteenth century and first third of the twentieth century, the U.S. Supreme Court in essence constitutionalized this at will rule, basing employment contracts in a so-called implicit “liberty of contract.” This constitutional right was not explicit in the constitutional text, but was founded on a 1897 Court decision (Cochran 2021). Guided by this constitutional right to contract (along with other constitutional principles based on conservative interpretations of the constitutional by the Supreme Court of this era), majorities of Justices struck down a wide assortment of reforms passed by Congress and state legislatures to resolve problems of a society undergoing rapid and complex

changes of modernization, including industrialization, immigration, urbanization, and social change and dislocations. Several notorious cases epitomize the era's approach to reforms of employment. In the 1923 *Atkins v. Children's Hospital*, the Court invalidated a minimum wage law in the District of Columbia as amounting to redistribution of property, since the reform would override the wage level set "naturally" by the labor market. In *Adair v. United States* (1908), the Court undermined Congressional attempts to protect the right of workers to unionize in order to bargain collectively in the labor market for more favorable terms, striking a Congressional prohibition on "yellow dog" employment contracts requiring workers to promise not to join a union in order to be hired. The Court held that the ban on such contracts interfered with the property rights of employers as well as being a matter (employment as opposed to commerce) that Congress had no authority to regulate under the interstate commerce clause of Article I, Section 8.

The case that came to symbolize this conservative reaction against reform legislation was *Lochner v. New York*. In 1905 the U.S. Supreme Court struck down New York's Bake Shop Act, a labor reform limiting bakers' hours to a maximum of ten hours per day or sixty hours per week. The Act, said the majority, violated the liberty of contract. Affirming the myth of the idealized labor market, the Court affirmed that liberty of contract protected workers' right to sell their labor for eighteen hours a day if they wished as much as employers' rights to offer long working days. Although the Court recognized that contractual liberty was not absolute but could be regulated for the community welfare, the majority judged that the Act's limitation on working hours was not a reasonable regulation, concluding that it had little to do with the health of the community or the bakers themselves and was unnecessary as a labor protection, the bakers being adults who could make their own employment contracts to further their own best

interests. Instead, the limit on hours was paternalistic, and amounted to class legislation, redistributing income from bakery owners to bakers. The majority paid no heed to strong dissents, most notably by Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., criticizing the decision for manufacturing constitutional rights that did not exist in the text and usurping the role of the legislature by dictating the Justices' view of the public interest, in essence reading their laissez faire economic ideology into the constitution, and the *Lochner* decision came to represent the Court's hostility to reform legislation that predominated American law from roughly 1895 to 1937 (designated the *Lochner* Era after this decision). The result of these late nineteenth century legal developments was that the common law doctrine of at will employment, which meant, in the words of a famous court decision, that "the employer can dismiss his employee for good reason, bad reason, or no reason whatsoever," became the default rule of employment contracts, and efforts to modify or reform at will employment tended (not in every case, but in the majority of instances) usually ran afoul of Supreme Court decisions striking them as inconsistent with various constitutional provisions, especially a liberty of contract, in essence, constitutionalizing this common law doctrine (Cochran 2021).

These doctrines in law were matched on the ground, as it were, with truly harsh conditions for American workers. Whatever they gained in liberty and mobility through doctrines such as at will employment, they suffered in loss of security in employment and in material conditions in the early twentieth century. This historical situation is well analyzed using the concepts of social theorist Karl Polanyi. Polanyi pointed out that while all societies have utilized markets to various degrees, the ideal of a purely "market society," a society governed by a laissez faire market, was a nineteenth century utopian ideal of the liberal movement, not realized in practice anywhere or at any time because of its

impracticalities and real-world consequences. In particular, Polanyi emphasized that the pillars of this market society ideal's economy rested on "fictitious commodities" – labor, land, and money. Labor, land, and money were bought and sold as commodities, but none were actually produced to be products on the market. To take labor as an example, labor as a commodity could not be disentangled or extracted from laborers, and laborers were not commodities but human beings with human needs and human rights. To treat them as mere things to be bought and sold would produce intolerable infringement on these human rights and needs. Hence, Polanyi predicted a "double movement," a second movement in reaction to the first nineteenth century liberal marketizing movement, that would pressure society to protect its laboring people, its land and natural resources, and its financial and monetary assets. And labor and employment law in the U.S. is the product of that second movement bearing fruit in the twentieth century.

### **3. New Deal and Legal Realism**

It is important to recognize that even before landmark twentieth century legislation overcame the purely contractarian ideology of liberal mythology, status has never been entirely irrelevant to the law of employment in the United States. As mentioned above, the country inherited the law of master and servant from Great Britain, where it was deeply embedded in centuries of law. In English law, being an employee or employer was a status, somewhat akin to being a wife or husband, entailing certain benefits and duties imposed by law quite apart from what might be chosen by individual volition. The difference is that status is imposed from without by law or custom, based on who a person is, their social standing, while contract imposes on individuals only those obligations freely

assumed by parties entering into voluntary agreements (Tomasetti; Matsumura). The law of master and servant was modeled on the domestic household, and employers had duties to their employees not unlike those owed to spouses or children, for example, the duty to care for them when sick – so a servant would receive support even when unable to work because of illness. Likewise, servants owed reciprocal duties to their masters, most prominently obedience and respect – not unlike the duties of children to their parents. The period of employment was normally considered to be one year, which was reasonable in an agricultural society where production ebbed and flowed seasonally, evening out support and labor during periods of intense as well as slack work. Employees who left employment before the year's contract had expired could be harshly punished; they were subject to imprisonment for up to three months or until they agreed to return to fulfill the terms of their contract (Seinfeld 1991).

Arguably, American workers have been freer from the impositions of master/servant law since the country's independence. Two factors figure prominently in explaining these looser restrictions: first, binding labor by legal impositions based on status did not comport well with a revolutionary ideology declaring that "all men" were naturally endowed with rights to "life, liberty, and the pursuit of happiness"; and second, labor shortages in the new nation compelled employers to entice workers by offering more favorable contractual terms (Kahana). So even when master/servant law reigned before the adoption of at will employment, unlike England, where "the English rule" enforced a one-year employment norm with prison as punishment for breach, in the U.S. workers who left their employment before the year's termination suffered forfeiture of the year's entire wages, but not imprisonment (the so-called entirety doctrine) (Steinfeld 1991; Kahana).

Of course, master/servant law was not the only, or even primary, example of status trumping contract in work relations. Much of the “free” workforce during colonial times consisted of indentured servants, workers who entered into contracts for typically four to seven years and who were subject to extremely harsh terms, including very limited freedoms and drastic punishments during the course of indenture (one estimate is that one-fifth of indentured servants died before the end of their service). Although states abolished indentured servitude in the years after the revolution, apprenticeships continued to be common, and although entered into by agreement, they involved limits on individual freedoms based on the status of apprenticeship (Seinfeld 1991; Sitaraman).

Slavery constituted the most glaring contradiction to contract labor as well as political freedom for the first two hundred and fifty years of the country’s history. Slavery was introduced to the American colonies almost from the beginning, and although it had been abolished or virtually died out in many, mostly northern, states by the revolution, it received new impetus in the South in the 19th century with the advent of the cotton economy, creating a massive second internal slave trade as enslaved people were brutally “sold down the river” to newly booming cotton regions (Baptist). A bloody civil war and post-war constitutional amendments were required to abolish slavery, but even so, in the decades after emancipation Southern states created various forms of unfree labor to force the formerly enslaved (as well as some poor whites) to continue working under coercive conditions. In agriculture, share cropping and tenant farming amounted to virtually forced labor for the majority of workers. More explicitly coercive, debt peonage bound many poor laborers, while the convict labor system used the coercive power of the state to essentially recreate slavery for the black workers swept into its clutches (Pope 2010).

Even for white Southern workers and Northern workers fortunate enough to avoid being ensnared in these unfree labor systems, the “free labor” celebrated by the middle-class abolitionists increasingly rang hollow as the economic developments over the course of the nineteenth century changed the nature of work for most workers. While small farms and craft shops had been much more prevalent in the United States than in Europe in the early years of the Republic (Sitaraman), economic trends, including industrialization, urbanization, and the corporate “revolution” (Roy; Lamoreaux), conspired to deprive many independent small farmers and craft workers of ownership of their means of production, forcing them to enter employment, selling their labor to increasingly large enterprises (Gordon, Edwards, and Reich). Although “proletarianization” sounds too Marxist to be commonly used to describe this change, American workers indeed did sense this transition from self-employment to employment by others as a loss of freedom. Early labor organizations such as the National Labor Union and the Knights of Labor denounced the newly predominant employment as “wage slavery” (Gourevitch 2015) and advocated “a cooperative commonwealth” as an alternative to the emerging corporate, industrial capitalist order (Fink). Even into the twentieth century, the labor movement argued for worker protections not based on statutory or common law but on the constitutional prohibition against “involuntary servitude” found in the thirteenth amendment that abolished forced labor along with slavery (Pope 2010).

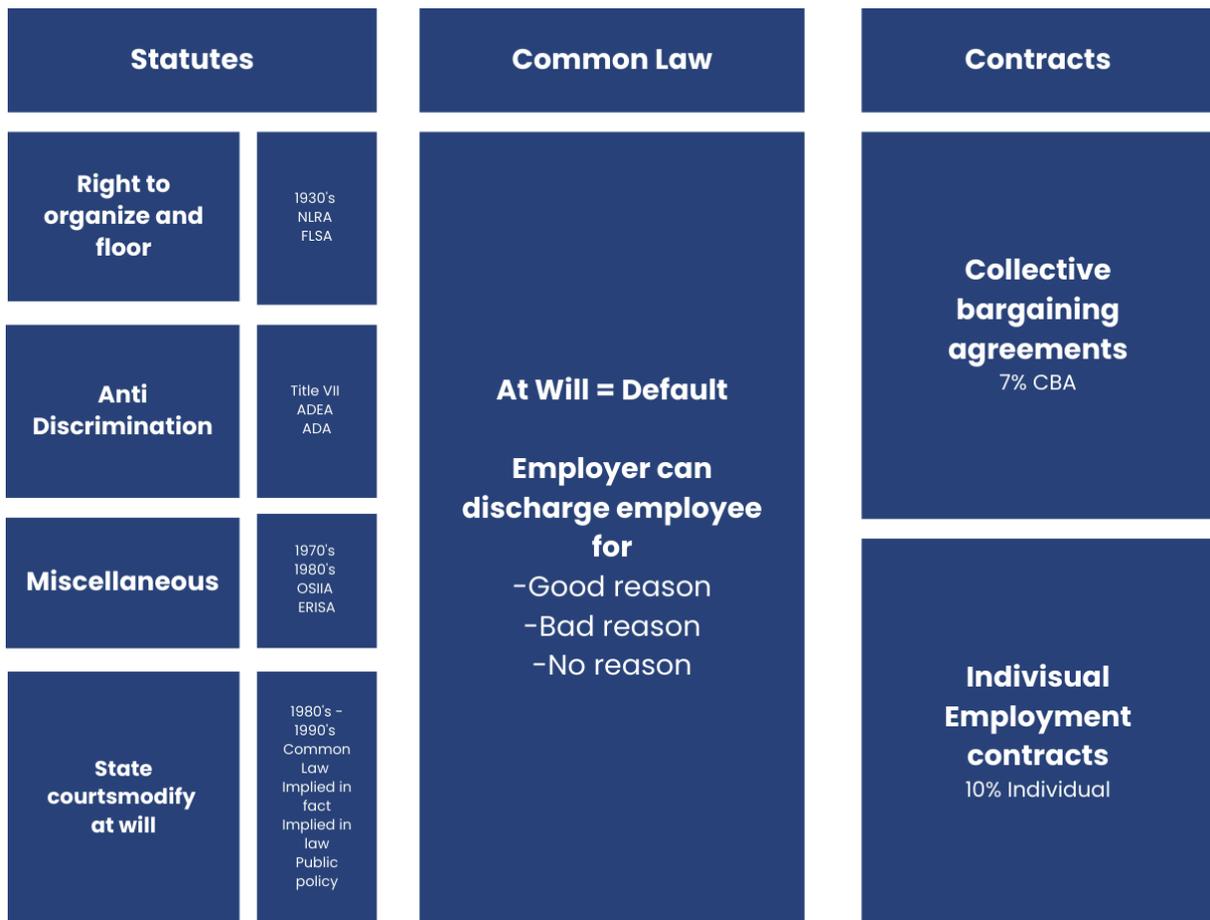
President Franklin Delano Roosevelt’s New Deal, however, relied on statutory reforms to enhance the conditions of labor, immeasurably worsened by the Great Depression. The premiere labor legislation, the National Labor Relations Act (1935), remained true to the negotiated employment regulation model, creating a public law framework that encouraged employees and employers to collectively

negotiate mutually acceptable terms and conditions of employment, rather than directly legislating such. In prioritizing private contracts, however, the law recognized (in its purpose statement) that capital had itself collectivized in the form of giant corporations (Lamoreaux), and that bargaining power was now grossly unequal between individual employees and corporate employers, requiring legal protections for employees to organize and bargain collectively for there to be “actual liberty of contract” by “restoring equality of bargaining power between employers and employees” (NLRA). Then NLRA was supplemented shortly thereafter by the Fair Labor Standards Act (FLSA, 1938) which did statutorily impose a minimum wage and maximum hours (requiring overtime pay for more than 40 hours per week) as well as banning child labor.

In the 1960s, at the height of the civil rights movement, Congress enacted the Civil Rights Act of 1964 whose Title VII prohibited discrimination in employment “because of” race, color, sex, religion, or national origin. Several other federal statutes extend anti-discrimination regulations, notably based on age (the Age Discrimination in Employment Act, 1967) or disability (the Americans for Disability Act, 1990). State and local governments also have many laws to protect employment rights and worker interests, with some jurisdictions passing “little Title VIIs” and much older legislation regulating aspects of employment (including such nowadays mundane matters as when and how employees must be paid). In the last years of the twentieth century, a trend emerged in many states to modify the harshness of common law at will employment as judges began to recognize various categories of exceptions to employers’ purely discretionary power of discharge. There were decisions finding contractual terms implied by law (so-called good faith and fair dealings clauses) whether or not expressed by the parties explicitly in employment contracts; other decisions found promises

implied by the facts of the employment (e.g., a promise to employ someone who moved to accept a job, or a company handbook whose rules promised to fire employees only for certain specified just causes). And some states limited at will firing in cases where the discharges violated “public policy” (e.g., employees fired for testifying before a grand jury or otherwise exercising civic duties). Not all states adopted all of these reforms to the common law, and some states adopted none. In any case, the trend seemed to have peaked out in the 1990s as neoliberalism increasingly displaced New Deal regulatory liberalism.

The resulting complex employment regulation can be conceived of as a framework composed of private contracts, individual and collective, and public laws (state and federal, enacted principally in three waves during the 1930s, 1960s, and 1980/90s) that limit the discretion of employers. But within this framework, employers retain a huge amount of residual authority to both dictate the terms and conditions of employment, the operations of work, and even the termination of employment. This framework is depicted in Figure 1 here.



The intent of the labor and employment law of the New Deal and its progeny was not to have the state dictate terms and conditions of employment but to ensure that private negotiations, individual or collective, would be free and fair. In a sense, having evolved from labor that was unfree because of the status of many workers being slave, indentured, or servants, the law had replaced status with contract, but failed to attain the liberatory effects anticipated by Maine and many liberals because of evolving modern economic and social conditions. Hence the New Deal's determination to replace these imbalanced bargaining conditions with what could be conceived of as a new status: "citizenship" in a new "industrial democracy" wherein workers would enjoy certain rights to protect their interests analogously to the rights enjoyed by all citizens in a political democracy.

Even Figure 1's picture overstates the limitations placed on employer's extensive power. Almost from the beginning of the New Deal statutory regime, conservative forces launched intense campaigns to dilute regulation (Phillips-Fein). In 1947, when Republican majorities gained control of Congress, it passed the Taft-Hartley amendments to the NLRA over President Truman's veto. Arguably these changes converted the national government's stance from encouraging collective bargaining as the preferred mode of industrial relations to a position of neutrality, even though the statute's stated purpose was not revised (Hartley), but whether or not the shift was so substantial, the specific provisions weakened the protections for workers in the law. Two significant alterations were prohibiting secondary boycotts or strikes in support of workers in other firms and allowing employer "freedom of speech," including so-called captive audience meetings where employees are required to listen to employers' anti-union propaganda without questioning or rebuttal.

Beyond legislative amendment, the federal courts have historically played an important role in diluting the force of the NLRA and other pro-worker legislation. Professor Karl Klare has called the original Wagner Act "the most radical piece of legislation ever passed by Congress," but he has traced how Supreme Court interpretations have "deradicalized" the law through pro-employer, anti-employee rulings. An early egregious example is *Makay Radio v. NLRB* (1938), in which the Court endorsed the use of permanent substitutes to replace striking economic workers, despite the clear protections of the right to strike in the NLRA. Other examples would include allowing employer lockouts and ruling that shutting down a company to avoid unionization is not necessarily an unfair labor practice while deeming worker tactics like slowdowns to be unfair labor practices. Professor James Atleson has highlighted the way judges have also introduced

even subtler anti-worker bias into their interpretations of the NLRA by incorporating common law doctrines into their decisions limiting the reach of the law's protections, even though in the hierarchy of American law, statutory law in theory trumps common law. For example, the Supreme Court has severely limited employees' access to hear pro-union information and advocacy in the name of respecting employers' property rights (Republic Aviation; Lechmere; Cedar Point Nurseries). Workers' free speech and protest rights have been limited because of an implicit duty of loyalty, despite the traditional law of master/servant being long outdated (NLRB v. IBEW-Jefferson Standard). And union's right to bargain over various firm decisions has been severely limited by Supreme Court jurisprudence about permissive and mandatory subjects of bargaining that reflects old common law nature on the proper role (or lack thereof) of workers in "management decisions" (First National Maintenance). In interpreting anti-discrimination law, the court's record is more mixed. For example, even the extremely conservative Supreme Court recently interpreted Title VII to extend its protections against discrimination because of sex to include discrimination based on sexual orientation or gender presentation, with both the majority and dissent written by conservative Justices claiming to base their reasoning in textualist methods (Bostock). As the Supreme Court has moved increasingly to the right, however, affirmative action has come under intense attack, culminating in twin cases, both concerning college admissions but with obvious implications for employment decisions, ruling affirmative action to violate the constitutional mandate for "equal protection" as well as Title VII's prohibitions of discrimination because of race (Students for Fair Admissions). Perhaps the greatest impact of the Court's "colorblind" approach to discrimination will result if the majority perceives Title VII's application to disparate impact (practices that result in

disparate outcomes, regardless of whether they reflect an intent to discriminate) as a form of affirmative action, as the majority did in *Ricci*, or if the current six-three majority of conservatives on the Supreme Court overrule the precedent that declared rules with disparate impact to be unlawful business practices (*Griggs v. Duke Power*) and directly declare disparate impact beyond the scope of Title VII.

Conservative presidential administrations have also undermined the efficacy of labor and employment law by the downgrading of enforcement agencies, the National Labor Relations Board (NLRB) that administers the NLRA, the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), charged with enforcing Title VII, and the Department of Labor's Wage and Hours Division that enforces the FLSA. These agencies have all experienced severe cutbacks in their budgets and staffing for decades, since the presidency of Ronald Reagan, and even recent Democratic presidential administrations have failed to offset the reductions in the neoliberal era (Hartley).

#### **4. Neoliberalism and NeoLochnerism**

The New Deal and legal liberalism's recognition of the need to compensate somewhat for unequal bargaining power and adopt minimal rules of fairness, e.g., anti-discrimination laws, in the labor market, constitute modest attempts to counteract the privileged position of contract by law that could be conceived of as implementing a new status of equal democratic citizenship in an industrial democracy (Derber). Since the 1970s, however, the scales tipped once again in favor of a regime of accumulation that exalts individual choice and denounces most forms state intervention as coercion: neoliberalism. Neoliberalism can be understood and defined in diverse ways: as a philosophy, set of policies, a political

project, a hegemonic ideology, or a new form of governmentality (Cochran, 2017). Professor Wendy Brown, influenced by Foucault, conceives of neoliberalism as a political logic that extends economic concepts, values, and rules into all areas of life and that shapes individual subjects into entrepreneurs of themselves, viewing all personal and professional choices as investments in their own human capital.

This “economization” of all spheres of life supposedly maximizes freedom while reducing government interference in individual choices, but unlike classical nineteenth century liberalism, that simply validated the market and advocated a minimal state, the neoliberal state adopts measures to affirmatively act to create competition and market logic in all areas of society, reregulating more than deregulating society (Peck), as well as creating the very choosing subjects that make choices within constructed range of options. Brown gives the example of students, acting as self-entrepreneurs maximizing their human capital by their educational and occupational choices (or investments) from the array of options in an educational field constructed by public policies (for example, the reduction of public education investments and student aid and their substitution with student loans). Neoliberalism reveres choice, but relegates individuals to narrow roles in choosing, for example, as consumers rather than as producers or owners.

Freedom of choice depends on the “choice set” (Steinfeld 2009) or alternative options available, and while neoliberalism offers choice among options, it denies citizens any role in determining the set of options available. Neoliberal choice thus offers us a menu of choices like consumers in a restaurant, but not choices to be the restaurant owner, who determines the menu. It also denies the role of citizens as it elides the state’s role in constructing the conditions of choice (e.g., the health regulations that safeguard the food, the streets that give access, the work conditions of the employees) that indirectly condition the

restaurant's very existence. Neoliberalism ignores inequalities in resources and traditional social hierarchies that determine roles such as customer or owner as well as the choice sets available to individuals. Indeed, Professor Samuel Freeman argues that by negating the democratic role of the state and blinding us to economic inequalities and social hierarchies, a neoliberal society tends to resemble feudalism.

Not surprisingly, neoliberalism has had enormous influence in U.S. law, shaping labor and employment law directly and through constitutional interpretations as well. In recent years, the neoliberal turn has been so sharp that numerous academic observers have begun to describe the new jurisprudence as a return to the *Lochner* Era, elevating the value of supposedly individual free choice while deprecating public rights and the democratic choices of majorities. Several Supreme Court cases illustrate the neoliberal/neoLochnerian logic of the current Court. In *Epic Systems v. Lewis* (2018), the majority upheld a claim that the employee had waived her rights to collective arbitration under Section 7 of the NLRA guaranteeing protection for "concerted activities" because she was deemed to have consented to an individual arbitration agreement (even though in this case, the "consent" was ridiculously fictional – employees received an email saying that if they appeared for work the next day, they would be deemed to have implicitly agreed to the company's individual arbitration contract, and the only "choice" employees had was to agree to arbitrate disputes or forfeit their jobs).

The Court claimed to be following the Congressional policy favoring arbitration adopted in the Federal Arbitration Act, even though this act dealing with commercial arbitration and was adopted in 1925, whereas the protection for concerted activities was legislated in the nation's fundamental labor law sanctioned in 1935 (*Fernandez*).

In *Janus v. AFSCME, Local 74* (2018), the Court majority relied on a new constitutional law ruling to invalidate past court precedents upholding so-called agency fees for public employees. Past Court decisions had already held that employees could not be forced to join a union nor required to pay union dues, even though such non-union employees in a union-represented bargaining union received the same benefits of the collective bargaining agreement as dues-paying union members. The Court further whittled down mandatory union payments that the employer and union could deduct from salaries to agency fees, the minimal necessary to cover the union's cost in negotiating the contract on behalf of all workers in the unit. Plaintiff Janus objected to even this minimal payment and claimed that being forced to pay it violated his freedom of expression (although the first amendment applies only to government infringements on speech, as a public employee Janus could claim that the state of Illinois was acting as a government and not merely as a private employer). Ignoring precedent, the majority held that collecting agency fees infringed on Janus' choice that expressed his anti-union sentiment, ignoring that Janus had expressive rights to participate in the group decision to form or join a union and the group choice had been to unionize. The Court concluded that the agency fee was an infringement on Janus's freedom because he had no real choice but to pay the agency fee or quit his job, ignoring the obvious contradiction with its own reasoning in *Epic Systems* that the employees' choice had been "free" even though they had exactly the same "choice" as Janus: agree or quit (Bagenstos).

The Court's recent labor decisions have demonstrated a consistency unusual for the Supreme Court, manifesting an anti-union bias in rulings reminiscent of pre-New Deal courts. In *Cedar Point Nurseries v. NLRB*, the Supreme Court held that a California law requiring farmers to grant access to union

organizers to speak with their farm hands during limited periods of their non-working time constituted a physical taking that required just compensation, a modern variation of the *Lochner*-era jurisprudence that prioritized property over worker rights. In *Glacier Northwest v. Teamsters*, the Court declined to follow well-established precedent of deferring to the NLRB before authorizing law suits against unions in civil courts and held that unions could be held liable for foreseeable damages to company property that they failed to mitigate in calling their members out on strike. Again, the weight seems to be on employer property rather than the statutorily guaranteed right of workers to strike. And in *Groff v. DeJoy*, the Court ruled that Title VII's prohibition against discrimination because of religion required the Postal Service to accommodate an employee's refusal of Sunday shifts for faith reasons, without considering whether relieving the burden on the plaintiff's faith might burden his fellow union members who did not share his beliefs.

Even more serious threats to employee rights and unions stem from the current Supreme Court's recent constitutional decisions. The conservative "supermajority" (Waldman), buttressed by three Trump appointees to constitute a comfortable margin of six to three in cases falling along ideological fault lines, is using the first amendment to deregulate the economy generally, causing many academics to speak of "first amendment *Lochnerism*" (Cochran and Fernandez). Many cases involve free speech, or slightly more broadly, freedom of expression; as Professor Jedediah Purdy (2014) has observed, if the government cannot regulate speech, regulation is impossible, since speech is inevitably involved in regulation. In *303 Creative LLC v. Elenis*, the Supreme Court held that a Colorado anti-discrimination prohibition could not prevent a putative web designer from

refusing to provide her services to gay couples because to do so would force her to express approval of such same-sex marriages that her religion condemned.

Although technically based on free speech, this case illustrates the Court's increasing willingness to use another first amendment freedom, religious freedom, specifically the free exercise of religion, not as a shield for religious practice but as a sword against government regulation. The ruling in 303 Creative struck down a statute that protected access to business services for consumers on a non-discriminatory basis, but the logic of excusing compliance with law because of religious beliefs clearly could be logically extended to religious exemptions from labor and employment laws (Hobby Lobby has already granted an exemption, based on the free exercise of religion of a private corporation, not a physical person, from a mandated employee benefit, health insurance that covers reproductive health).

Although garnering less public attention than many recent controversial Supreme Court decisions, a major danger for labor and employment law could reside in administrative and constitutional law. Enforcement agencies in all areas face serious challenges in the courts in coming years as the Supreme Court manifests heightened hostility to agency decisions, and in some cases, even their very existence. Beginning with a concurrence in a decision invalidating a pandemic-era mandate on large businesses to require their employees to mask or test for Covid, the Supreme Court has developed a judge-made major questions doctrine announcing that in cases involving issues of major economic or political significance, judges will no longer defer to administrative agencies to adopt reasonable interpretations of ambiguous Congressional statutes. This rule, first adopted in *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, is shockingly vague, lacking any intelligible rule as to which policies raise significant,

controversial questions, and appears to be a signal that the Court intends to relegate to itself decisions about critical policy issues, including life-or-death matters such as climate change, the policy involved in this case. This year, in *Loper Bright Enterprises v. Raimundo*, the Court took the even more drastic step of overruling the default rule, the Chevron doctrine, requiring judicial deference to reasonable administrative agency policy interpretations when statutes were ambiguous in force for nearly four decades. These decisions portend to have enormous political impact, amounting to a naked power grab from agencies supposedly lacking political accountability by unelected judges with life tenure, and are fraught with potential policy dangers, shifting policy making to courts absolutely lacking expertise in complex issues such as climate change.

Beyond diminishing the role of executive agencies in making policy, this term's *Jarkesy v. Securities Exchange Commission* strikes at the very heart of administrative enforcement of the laws. In *Jarkesy*, the Supreme Court that enforcement of an SEC rule by an agency administrative law judge (ALJ) violated the plaintiff's 7th amendment right to a jury trial, but the plaintiff had also argued that the SEC action was unconstitutional because its ALJs were not removable by the President, thus lacking political accountability, and that the agency performed legislative and judicial as well as executive functions, violating separation of powers, claims that the Supreme Court preferred to ignore. The impact on labor law and worker protections as well as other areas of law could be dramatic. The National Labor Relations Board, like many other agencies, relies on administrative law judges within the agency to apply the law, and although these agency decisions are appealable to federal courts, this check on agency power was not sufficient to save this enforcement scheme in *Jarkesy*. Already, Elon Musk's SpaceX, as well as Amazon, Starbucks, and other powerful corporations battling

unionization drives, have filed suits that the NLRB lacks constitutional authority to adjudicate unfair labor charges against them (Iafolla and Purifoy).

## 5. Civic Republicanism

The conservative legal movement's decades-long efforts to displace liberal legalism, reverse the "constitutional revolution" of 1937 when court packing threats by FDR led the Supreme Court to renounce Lochner Era jurisprudence, and restore the policies and constitutional perspectives that predominated a century ago is bearing fruit (Teles). While liberal resistance to these attacks on the modern state are evident in academic as well as political spheres, a growing number of legal scholars, fearing that the individualistic basis of legal liberalism provides an insufficiently potent platform for countering the growing super-individualistic libertarian conservative trends, have turned to a philosophical approach awkwardly called civic (or neo-) republicanism. Although emerging civic republicanism has arisen recently and mostly in academia, its backers claim that it is not a new philosophy, but one deeply rooted in the American tradition, meaning that it has historical legitimacy as well as resonating profoundly with American cultural values (Sandel).

One barrier to wider acceptance of republicanism is that it is not a tightly coherent philosophy, partly owing to its many origins, including diverse ancient philosophers such as Aristotle and Cicero, as well as early modern thinkers, such as Machiavelli, Mary Wollstonecraft, and the English "country" thinkers of the 18th century. Another obstacle to acceptance is its very name, implying association with the political party of that name in the U.S.; the link between party and philosophy, however, does not extend past the early years of the party of Lincoln and its radical wing. Its various themes, articulated by scholars in diverse fields

such as Phillip Pettit, Michael Sandel, and Tom O’Shea resonate with modern American liberalism, but also have various facets that perhaps better enable it to articulate more solid philosophical foundations than liberalism for an alternative politics to the newly regnant conservatism. Civic republicanism is less hyper-individualistic than liberalism, whether in its 19th or 20th century version.

Rather than seeing people as isolated atoms, it recognizes that individuals are embedded in social relations and structures, giving republicanism more of a sense of community and of the public and common good than competing visions. Republicans also de-emphasize the split between private and public spheres, a schism so crucial to liberalism. They recognize that politics and economics cannot be sharply separated; as James Harrington, an 18th century British republican stated, “power follows property.” This insight leads republicans to stress the necessity of equal citizenship, which requires some limits to economic inequality for a republican form of government. Thus, republicans such as Ganesh Sitaraman stand neoLochnerian conservatism on its head, agreeing that the constitution does necessarily entail a political economy and not just political procedures as legal liberals contend, but the republican version of constitutional political economy is the opposite of that envisioned by Lochner – not a laissez faire inegalitarian market but an economy with egalitarian limits imposed politically.

Republicans, however, do not advocate equality at the price of liberty, because they do not conceive of liberty and equality as being opposing values requiring some tradeoff, as do liberals. Instead, some measure of equality is a prerequisite of real liberty because republicans define freedom not in negative terms as freedom from interference but rather more positively as independence, lack of domination. They also recognize that private parties and social structures

as well as government can be sources of domination. Republicans value choice, but recognize that subordinate status, and not just interfering behavior, can limit choices. If liberty means being free of domination, defined as being subject to the arbitrary will of another, republicans thus place great value on citizenship and democracy, so that citizens can enjoy self-government not only as individuals but as participants in making the laws in a free state. This self-governing democracy, in turn, demands much of citizens: that they be virtuous in the sense of being devoted to the common good and willing to exercise the duties of citizenship (as opposed to the moralistic individual sense that defines that word today). The great danger to republics is seen as corruption, not merely bribery but the subversion of the general public interest by partial private interests, a corruption that historically has given rise to oligarchies and demagoguery and spelled the end of free republics (Honohan). Many of these ideas have influence in the contemporary American public sphere, even if the coherent vision of republicanism remains only vaguely articulated beyond the academy.

A distinctly civic republican approach to constitutional law has been cogently advocated in two recent books by law professors. Professor Ganesh Sitaraman traces American constitutional thought from the founding of the Republic, arguing that legal liberalism's ideal of a strictly procedural document with no substantive social theories (schematically but forcefully stated by Holmes in his *Lochner* dissent) is not the only alternative to newly ascendent conservatism's neoLochnerian vision of a constitution that enshrines a *laissez faire* theory of political economy. Sitaraman agrees with conservatives that the constitution does have a substantive theory of political economy, just that he contends that their *laissez faire* view is the wrong vision, that the constitution embraces republican egalitarianism. A republic of free citizens requires a political

economy sufficiently egalitarian that everyone enjoys real freedom from domination and the material basis for civic participation. From from being simply procedural and protective of negative rights, the republican constitution demands active government in defense of equal citizenship and freedom for all.

Professors Joseph Fishkin and William Forbath have published a complementary constitutional history sustaining a similar view of a constitution chiefly concerned with defending republican freedom against the counter-currents of oligarchy. According to Fishkin and Forbath, not only was this purpose built into the original document, but at various “anti-oligarchy moments,” amendments, interpretations, or policies have been necessary to protect the democratic constitutional vision against social and economic structures and trends, whether slavery, industrialization, corporations, or segregation, that undermined equal freedom for all citizens. They also impute constitutional significance to what liberals view as ordinary policy, such as labor law or welfare provisions, arguing that a political republic requires a republican society and economy as a foundation. Hence, they advocate a “democracy-of-opportunity” with less extreme differences in its distribution of wealth and income and a more egalitarian political economy necessary to maintain what Sitaraman calls our “middle class constitution.” This republican perspective has important implications for constitutional law, civil rights and liberties, economic policies such as anti-trust, full employment, media regulation, and industrial policy, as well as social policies such as education, immigration, and religious freedom, but also labor and employment law.

## 6. NeoRepublican Labor Law

Labor and employment law rooted in civic republican philosophy might overlap considerably with the liberal approach that emerged from the New Deal and post-WWII eras, but its emphases and rationales might be slightly different. Republican views of work might be more egalitarian, challenging the extreme inequalities that have been so exacerbated by neoliberalism. This insight might entail a wider view of socio-economic equality and government policies necessary to moderate the savage inequalities of neoliberalism as well as a more skeptical view of the domination inherent in the capitalist employment relationship. Republicanism might also impart a more emphatic centrality on active participation of workers in determining decisions in the workplace and in the broader economy. And republicanism might suggest constitutional significance to labor and employment issues, linking them more directly to political freedom and democracy.

Viewed from a republican angle, individual freedom of contract in conditions of extreme inequality, fragmentary and precarious work, concentrated economic power, and anemic social welfare policies looks almost as hauntingly hollow and abstract as it appeared in the *Lochner* era. With limited support available from the state, workers, without capital or ownership of their own means of production, have no realistic alternative but to sell their labor to an employer. Of course they can choose which employer to whom to sell their labor, but they cannot refuse to sell altogether, that is, they cannot reject employment as a social relationship itself. Not only is the bargain likely to favor the employer, who only risks his profits instead of his very means of livelihood should an agreed sale not be reached, but the concentrated size of giant corporations of collectivized capital not only means less need for immediate contraction but also less

competition among employers for workers, as employers implicitly coordinate wage policies. Such an obvious power imbalance obviously makes workers subject to the arbitrary will of their employers. Professor Alexander Gourevitch (2013, p. 602) argues that employment is thus “voluntary” but not “free.” Professor Guy Davidov argues that employment inevitably involved subordination, that having sold labor to an employer, a worker is subject to the employer’s authority in the workplace for production to function. Domination, however, entails more – it is subjection to the arbitrary will of another. Various republican authors seek to understand “arbitrary” in various ways, but Davidov suggests that the capabilities theory of Amartya Sen and Martha Nussbaum offers criteria for defining arbitration as the power to deprive persons of the resources necessary to develop their capabilities and flourish.

Liberalism has not been blind to the realities of power discrepancies in the labor market and employment, but its approach has generally been limited to remedying what appear to be market failures or rather minor flaws in the capitalist institutions. In contrast, a republican perspective on labor and employment would encourage a wider lens through which to view the problems of power disparities and a deeper criticism of the laws and institutions of capitalist political economy. A more realistic approach to individual employment contracting would suggest some policies that both liberals, perhaps even libertarians, and republicans could support. For example, banning so-called non-compete clauses that bar employees leaving the employ of one firm from accepting employment in the same or related fields (usually limited by scope and time) would make the labor market more competitive, and freer. Prohibiting forced arbitration agreements as a condition of employment (which Congress recently did at least for complaints about sexual assault) would ensure that

public worker rights could be vindicated in public courts. Beyond measures to make individual employment contracts fairer, an obvious starting point, in light of the anti-domination imperative of republicanism and its skepticism of market outcomes as necessarily free and just, it seems likely that a republican labor law would stress the liberty worker organization and collective bargaining rather than individual contractual liberty. It would certainly perceive discrimination and harassment as arbitrary and prohibit it forcefully in employment law, as now aspired to in U.S. law, but where American worker protection is currently failing most egregiously is in collective protections. Certainly the proposed Protecting the Right to Organize (PRO) bill would merit republican support; probably even more assertive policies, such as those advocated in the Clean Slate for Worker Power, a project of Harvard Law School's Center for Labor & a Just Economy Program would be endorsed with even fuller backing because its provisions go further in facilitating unionization and effective collective bargaining.

The broader social context would require government policies that were both more generous and comprehensive than the current beleaguered American welfare state to ensure a labor market that was a more level playing field. A higher minimum wage (not raised nationally in the last years and set at a paltry \$7.25/hour) would be a start, but other benefits also require a legislated floor. For example, there is no nationally mandated vacation or even sick leave policy in the U.S., and the family leave law guaranteeing time off to care for children or relatives is unpaid, excuses employees for only twelve-week absences, and covers only 50% of American employees because of a small business exemption. Benefits in general need to be severed from employment and guaranteed publicly. For example, few workers anymore receive the old defined benefit pensions, replaced by various voluntary retirement savings plans, yet Americans

have pitifully few resources saved for retirement just when longer lifespans require more sustenance. Despite the success of the Affordable Care Act, popularly known as Obamacare, medical care remains a huge flaw in America's stunted welfare state, as holes in coverage remain, buying insurance remains expensive despite government subsidies, insurance companies continue to deny or limit treatment, and employers remain empowered because many employees hesitate to change employment because coverage for many remains tied to employer benefit plans. Care work in particular, whether done for pay on the labor market or as part of the reproductive work necessary for social sustainability, needs more public support; support could take any number of forms, from organizing care workers, to public day care, to subsidies or tax credits for care work, to perhaps even wages for house work. Some republican writers have joined the call for a universal basic income, arguing that such minimal payments not tied to employment could strengthen workers' bargaining positions in the labor market as well as provide a set of resource that would stimulate numerous other common goods, from entrepreneurship, further education, care work, and less unnecessary economic waste of labor as a potential economic resource.

Despite the liberatory potential, organizational and technological innovations have also heightened the problem of domination of workers. Digitalization of data collection and analysis has facilitated the precise micro-management of staffing, allowing management to introduce zero-hour contracts subjecting workers to highly variable and unpredictable work schedules. Such random work routines introduce not only lower and less reliable income for workers but also play havoc with workers' lives outside of work, straining family and social life to the breaking point (and, republicans might note, making a travesty of the idea that ordinary workers could participate in the public

sphere or even fulfill minimal civic duties). Large corporations have decentralized, often outsourcing many even essential functions. Such fissuring of companies (Weil) makes it difficult for workers to even identify who their employer is and create formidable accountable for regulating and holding accountable employers. Especially with the advent of artificial intelligence, employers are increasingly relying on algorithmic management strategies and paying algorithmic wages to workers; the lack of transparency in these techniques not only drive wages to their absolute lowest tolerable level, but keep workers in the dark as to the real content of their employment contracts, constituting the essence of the kind of arbitrariness that amounts to domination at work (Teachout). The rapid expansion of the gig economy has exacerbated all these problems. Many gig workers perceive a real gain in freedom from direct management and appreciate the enhanced choices they enjoy, for example, in determining their own work hours. Research has demonstrated, however, how the choice sets of gig workers are limited (e.g., setting rates, choosing customers, conduct on the job, discipline, etc.) and their choices themselves manipulated by gaming their incentives and other psychological stratagems (Rosenblatt; Cochran 2017).

Furthermore, the freedom to contract in the labor market, emphasized in liberal veneration of the liberty in hiring and in quitting, is blind to the domination that characterizes the actual employment relationship in capitalist firms. The worker is assumed to have agreed to obey the authority of the employer during working hours, an implicit form of domination by the absolute will of the employer, recognized as management prerogative. In fact, under U.S. at will law, employers can even dictate aspects of workers' lives outside of work, such as choice of partners, political activities and opinions, recreational options, etc., punishing

disfavored life choices by discharge from employment. Philosopher Elizabeth Anderson has argued that management prerogative is in fact a kind of private government, defined as an authority that is unaccountable to those affected, the governed. Firm management under capitalism is a private government that is arbitrary, because workers have no control over management and management decisions are wholly unaccountable to those they affect most, the workers.

In modern, complex work organizations, some form of authority and coordination may be necessary; Davidov suggests that worker subordination may thus be inevitable in contemporary employment. But as he notes, domination or subordination to arbitrary power and control is what republican theorists object to. Worker voice in the workplace, therefore, would be a top priority for republicans, as it is for Anderson. Participation or “voice” is a complex phenomenon; in arguing for a republican approach to worker democracy, Professor Gonzalez-Ricoy develops one analytical scheme that posits five dimensions for participation. Likewise, various mechanisms for worker participation aim at different dimensions of voice and their performance varies in effectiveness in realizing the goal of genuine influence for workers. Even liberals recognize the contribution of unions in giving organized workers some say in the terms and conditions of their employment, even if union influence is narrowly limited under U.S. law. In the 1980s and 1990s, American companies, under pressure of international competition, turned to the so-called “Japanese style of management,” introducing a wide variety of participatory measure to many workplaces, ranging from quality circles, team work, quality of work life programs, to employee involvement committees. Some of the experiments in employee participation ran afoul of the NLRA’s section 8(a)(2) which prohibits employers from dominating labor organizations. Some of the litigation was aimed at

whether these experiments replicated the functions of unions (constituting de facto labor organizations), while others were challenged for allegedly being dominated by employers, rather than authentic vehicles of employee voice. Whereas courts had taken a much more “republican” approach (implicitly) during the New Deal era, recognizing that the law’s prohibition of “sham” or “company unions” invalidated worker elections if objective conditions rendered the workers structurally dominated. Later, courts adopted a more neoliberal perspective, validating individual choice and ignoring factors creating possibilities of structural domination (Cochran 1995). The Dunlop Commission created under President Bill Clinton sought a compromise between labor and business, with unions gaining ease of organization and management gaining permission to institute worker participation schemes by the repeal of 8(a)(2). Interest in such a truce waned as Republicans assumed political leadership and businesses turned more toward fissuring and precarity as methods of labor control. Recently, however, conservative interest in worker participation in company decisions has revived, as Republican think tanks have rediscovered employee involvement and dredged up the TEAM Act (Teamwork for Employees And Managers) Act, vetoed by Clinton when passed by a Republican Congress in 1996, as a way to deepen Donald Trump’s appeal to the working class (Cass). Although there are comparable proposals for work councils analogous to European-style codetermination, from a republican perspective these mechanisms for worker participation are desirable only if they guarantee protections against employer domination and offer valid opportunities for genuine worker voice (Befort).

One structural limit on worker participation is ownership, as American corporate law gives governance authority in firms to shareholders. One reform is to diversify by broadening the voices taken into account in corporate decision

making, replacing shareholder governance with stakeholder governance (cite). Another innovation is to give workers shares in the ownership of their companies through Employee Stock Ownership Plans (ESOPs). Although there is some evidence that these worker ownership plans have some positive effect in motivating workers and making companies more inviting workplaces, their efficacy as means of worker voice is often doubted, especially since some ESOPs grant employees non-voting shares (Blasi). Classic labor republicanism advocated a much more fundamentally different economic model, one that combined worker voice and ownership in producer cooperatives (Gourevitch; Fink). Cooperative organizations vary, but in its purest form, workers own equal shares (or shares that vary by labor input, not financial investments) and have equal voice and votes in a workers' assembly that constitutes the governing body of the firm (and these basic mechanisms may or may not be supplemented by egalitarian measures such as low income differentials, job redesign to distribute responsible functions, and democratic training and culture). Trevor Scholtz has argued that cooperative models are practical alternatives to giant tech firms, such as Uber, even taking into account the complex technologies and vast scales of contemporary platform capitalism.

Like labor republican activists historically in the nineteenth century, contemporary republican theorists emphasize democracy in the workplace, reflecting the twentieth century experience of socialist and communist overemphasis on reappropriation of capitalist ownership as the solution to class domination. This fixation on ownership, however, was blind to issues of control and generally opted for formal ownership of the means of production by the state, leaving workers as dominated by state managers as they had been by capitalist managers. Some republican theorists of political economy, however, now warn

against a reaction to this one-sidedness by overemphasizing democracy in the workplace while neglecting worker power in the broader economy (Cumbers). The precise type of mechanisms to channel worker influence varies and whether worker control is necessary or merely some institutions to balance inordinate capitalist power in contemporary capitalist economies of often undertheorized (or left as an open question or even purposefully ignored or muddled). Tom Malleson has given one comprehensive blueprint for a top-to-bottom democratization of the economy. Cassasas and DeWispere have used republican political principles even more explicitly to describe a restructured economy meeting the criteria of republican values, while an international group of more than 3,000 academics has signed a Manifesto calling for “the democratization of firms, the decommodification of work, and the decarbonization of our environment” ([www.democratizingwork.org](http://www.democratizingwork.org); Ferreras). And O’Shea (2020) has suggested that various types of social ownership might be necessary to realize genuine worker control in the workplace, a kind of “socialist means for republican ends.” Whether a more democratic macro-economy would be “socialistic” or not largely turns on definitions and assumptions about the role of law and public policy in structuring the economy. Robert Reich, for example, following Polanyi’s insights that all markets require rules, has argued for “saving capitalism” by rewriting the rules in a more democratic, worker-friendly manner, rather than the liberal approach of trying to redistribute a little of the wealth redistributed upward to the wealthy under neoliberalism’s rules and limiting policies (vainly) attempting to fix “market failures.”

“New rules” could involve many aspects of both the organization of production and the overall framework of the economy. On critical issue, that has been contentious since the origins of industrial capitalism move production out of

the home and that figured so prominently in the *Lochner* case, is the balance between work and leisure. The number of working hours is again on the agenda in some countries, and reformers are somewhat torn between trying to improve work as opposed to reduce work (Bueno; Weeks). Historically at least, republicans aimed to achieve both, arguing that both control of their work lives and more time for their families and public duties were both essential to republican citizenship. Presumably, more worker power over political economic policies would result in more worker- friendly, “high road” industrial policies or development models, in contrast to the propensity of countries to adopt more “low road” models resulting in a “race to the bottom” in terms of competing economically at the expense of their workers (Galbriath; Childers). Such high-road models would not only benefit workers; they would also create the socio-economic conditions that minimize domination and create real republican freedom. Although the mixture of market and planning in any future republican vision of political economy might be unclear (Albert), whatever the institutional design adopted it seems clear that the economy will have to be subject to more political direction, not merely to ensure more egalitarian and democratic control of economic decisions but also to provide for more rational, comprehensive, coordinated, and long-term solutions to today’s pressing problems such as climate change.

## 7. Citizenship and Democracy

This paper has focused on republican ideas about political economy, specifically surveying the implications of republican philosophy for labor and employment law, while recognizing that the republican approach to labor and employment issues would cast a wider gaze on broader questions of political

economic policies and institutions than liberalism traditionally has. In conclusion, however, it is well to remember that the central question posed about political economy by republicans is, what type of political economy is necessary to maintain a republic. The key goal is political freedom and democracy, and political economy policies, laws, and institutions should serve that end.

This focus makes republican theory extremely timely, as the United States is in the midst of a political quandary unlike any experienced in many years. Even two mainstream, that is, fairly conservative political scientists, Thomas Mann and Norman Ornstein, after life-time careers defending American institutions, have written that American government is now dysfunctional. They blame a mismatch between constitutional structures, particularly separation of powers, and the new form that U.S. political parties have assumed in recent years: the U.S. has a presidential system with power diffused by separation of powers as well as federalism, while our formerly “big tent” open, moderate, and non-ideological parties have come to resemble the more closed, extreme, and ideological parties of parliamentary regimes. They note that these changes in the nature of political parties, while our constitutional structures remain unamended, have resulted not merely in the traditional legislative process that made policy-making slow and difficult but now has produced a government that is paralyzed by gridlock. Other analysts point to not unrelated but more serious contradictions undermining political democracy, for instance, by noting that grotesque inequality as seen today is incompatible with a functioning democracy (Sitaraman). In the short run, this analysis points to the political infeasibility of republican or any other types of labor and employment law reforms. In the long run, it points to the necessity of more fundamental reforms to restore a workable democracy and the illumination that republican perspectives can provide to guide such restructuring.

In particular, worker voice must be key to deepening democracy in the United States. At a minimum, extending worker organization holds potential to begin a process of overcoming gridlock (presumably by restoring the political basis that the Democratic Party had during its New Deal heyday and supporting healthy majorities that could then legislate meaningful reforms) and of addressing the inequalities that have arisen in the neoliberal era. Research has established clear links between rates of unionization and democratic politics. Unions have also been key in establishing and maintaining successful welfare states, for example, in Sweden and the Nordic countries (Stephens; Korpi). and studies have found a clear correlation between the decline of unionization and the rise of inequality in recent decades (Richman).

But a stronger worker voice beyond a revival of unions is needed to address increasing inequality, the decline of welfare states, and the threat to democratic politics. Australian political scientist Carole Pateman (1972) provides the theoretical justification for centering democracy at work as the solution to our ebbing political democracy. Pateman, examining the history of modern democratic theory, discovers two strands of thinking, one more individualist and negative and the other emphasizing a more positive view of freedom and the importance of active participation by citizens. Pateman argues that to be prepared to play this active role, people must learn the art of participation in decision-making. But the way to learn to participate is by participating (a kind of practice makes perfect dictum), and she notes that the best locale for learning to participate is in the workplace, which she views as a veritable school or democracy. Not only will workers develop their skills in participation, she argues, but these skills will then carry over into their roles as citizens. On these two big

gambles, developmental and spillover hypotheses, she stakes her claim that democracy at work is the secret to political democracy.

American democracy is today faced with numerous dangers more intense, both taken singularly and in combination, than experienced in several lifetimes, perhaps in its history - political polarization, social division and sorting out, an irrational mediascape filled with misinformation and disinformation, a democratic deficit resulting from fragile and unrepresentative electoral and political institutions, policies that fail to address the insecurity of its citizens, decades-long intensification of economic inequality, and above all, the threat of political authoritarianism no longer hovering in the background, but now poised front and center in the 2024 presidential election. Labor and employment law cannot resolve all these issues, but they are critically placed to be a crucial part of any ultimate solutions. This paper has argued that civic republican perspectives on labor and employment issues do not offer easy or certain solutions but perhaps they provide proposals for how to improve work regulations and worker protections. And to the extent that civic republicanism addresses the pillars necessary to sustain republican, that is democratic, self-government, it is hoped that its insights can suggest steps necessary to resolving our current crisis of democracy. Perhaps, as Fishkin and Forbath's and Pope's (1990) historical narratives seem to imply, we have arrived at another anti-oligarchical, republican moment, requiring popular measures to retake and restore democratic self-rule, both in private spheres such as the workplace and in the public sphere.

## References

303 Creative LLC v. Elenis. 600 U.S. 570 (2023).

Adair v United States. 208 U.S. 161 (1908).

Albert, Michael. *Parecon: life after capitalism*. New York: Verso, 2003.

Anderson, Elizabeth. *Life, liberty, and private government*. Tanner lectures at Princeton University, March 4 and 5, 2015. [http://tannerlectures.utah.edu/\\_resources/documents/a-to-z/a/Anderson manuscript.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/a/Anderson%20manuscript.pdf).

Atkins v. Children's Hospital. 261 U.S. 525 (1923).

Atleson, James. *Values and assumptions in American labor law*. Amherst: University of Massachusetts, 1983.

Bagenstos, Samuel R. Consent, coercion, and employment law. *Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 55, p. 409, Summer 2020.

Baptist, Edward E. *The half has never been told: slavery and the making of American capitalism*. New York: Basic Books, 2016.

Befort, Stephen. A new voice for the workplace: a proposal for an American works council act. *Missouri Law Review*, v. 69, p. 607, summer 2004.

Berle, Adolf A., Jr., and Means, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York: MacMillan, 1933.

Blasi, Joseph. *Employee ownership: revolution or ripoff?* New York: Ballinger, 1988.

Bostock v. Clayton County. 590 U.S. 644 (2020).

Breen, Keven. Non-domination, workplace republicanism, and the justification of worker voice and control. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, v. 33, no. 3, p. 419 – 439, September 2017.

Brown, Wendy. *Undoing the demos: neoliberalism's stealth revolution*. New York: Zone Books, 2015.

Bueno, Nicolas. Freedom at, through, and from work: rethinking labour rights. *International Labour Review*, v. 160, no. 2, p. 313 – 329, 2021.

Casassas, David, and De Wispelaere, Jurgen. Republicanism and the political economy of democracy. *European Journal of Social Theory*, v. 19, no. 2, p. 283 – 300, 2015.

Cass, Oren. Workers deserve so much more than America's unions. *New York Times*, New York, p. 5 Opinion, September 1, 2024.

*Cedar Point Nurseries v. Hassid*. 594 U.S. \_\_\_\_ (2021).

*Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 469 U.S. 837 (1984).

Childers, Chandra. Rooted in racism and economic exploitation: the failed Southern economic development model. Economic Policy Institute, Washington, D.C., p. 1 – 32, October 11, 2023.,

Clean Slate for Worker Power. Center for Labor & a Just Economy, Harvard Law School, Cambridge, <https://clje.law.harvard.edu/clean-slate> (accessed September 24, 2024).

Cochran, Augustus Bonner, III. *Lochner x Nova Iorque: o caso dos padeiros que trabalhavam demais*. Curitiba: Juruá, 2021.

\_\_\_\_\_. Choice is not enough: the necessity of voice. *Revista Juridica de Centro Universitario Unicuritiba*, Curitiba, v. 4, no. 49, p. 1 – 26, 2017.

\_\_\_\_\_. We participate, they decide: the real stakes in revising section 8(a)(2) of the National Labor Relations Act. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Berkeley, v. 16, no. 2, p. 458-519, 1995.

\_\_\_\_\_. A decade of joint regulation of working life: MBL turns ten. *Working Life in Sweden*, Stockholm, December 1987.

\_\_\_\_\_ and João Renda Leal Fernandez. De volta a *Lochner*: a ortodoxia liberal que marca novamente tendência nas relações de trabalho dos EUA e do Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, v. 86, no.10, p. 1196 – 2017, outubro 2022.

Cumbers, Andrew. *The case for economic democracy*. Cambridge, UK: Polity, 2020.

Dagan, Hanoch, and Heller, Michael. Can contract emancipate? Contract theory and the law of work. *Theoretical Inquiries in Law, Tel Aviv*, v. 24, p. 49, January 2023.

Davidov, Guy. Subordination vs. domination: exploring the differences. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, v. 33, no. 3, p. 365 – 390, September 2017.

Derber, Milton. *The American ide of industrial democracy, 1865 – 1965. Urbana-Champlain: University of Illinois, 1970.*

Dimick, Matt. Counterfeit liberty. *Catalyst, New York*, v. 3, no. 1, p. 47 – 88, spring 2019.

Dukes, Ruth, and Streeck, Wolfgang. *Democracy at work: Contract, status and post-industrial justice. Cambridge, UK: Polity, 2023.*

Edwards, Richard. *Contested terrain: the transformation of the workplace in the twentieth century. New York: Basic Books, 1980.*

*Epic Systems Corp. v. Lewis. 584 U.S. \_\_\_\_ (2018).*

Fernandes, João Renda Leal. *O mito EUA: um país sem direitos trabalhistas? Rio de Janeiro: JusPodium, 3rd ed., 2024.*

Ferreras, Isabelle, Battilana, Julie, and Meda, Dominique. *Democratize work: the case for reorganizing the economy. Chicago: University of Chicago, 2022.*

Fink, Leon. *Workingmen’s democracy: the Knights of Labor and American politics. Urbana: University of Illinois, 1983.*

*First National Maintenance Corp. v. NLRB. 452 U.S. 666 (1981).*

Fishkin, Joseph, and William E. Forbath. *The anti-oligarchy constitution: reconstructing the economic foundations of American democracy. Cambridge: Harvard University, 2022.*

Forbath, William E. The ambiguities of free labor: labor and the law in the Gilded Age. *Wisconsin Law Review, Madison*, p. 767, July 1985.

Freeman, Samuel. Illiberal libertarians: why libertarianism is not a liberal view. *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, v. 30, no. 2, p. 105 – 151, spring 2001.

Galbraith, James. Dangerous metaphor: the fiction of the labor market. Jerome Levy economics Institute of Bard College, Annandale-on-Hudson, NY, Public Policy Brief, no. 36A, p. 1 – 5, October 1997.

Galbraith, John Kenneth. *The new industrial state*. New York: Houghton Mifflin, 1967.

Glacier Northwest, Inc., v. International Brotherhood of Teamsters, Local Union No. 174. 598 U.S. 771 (2023).

Gonzalez-Ricoy, Inigo. The republican case for workplace democracy. *Social Theory and Practice*, v. 40, no. 2, p. 232 – 254, April 2014.

Groff v. DeJoy. 600 U.S. 447 (2023)

Gordon, David M., Edwards, Richard, and Reich, Michael. *Segmented work, divided workers: the historical transformation of labor in the United States*. New York: Cambridge University, 1982.

Gourevitch, Alexander. *From slavery to the cooperative commonwealth: labor and republican liberty in the nineteenth century*. New York: Cambridge University, 2015.

\_\_\_\_\_. Labor republicanism and the transformation of work. *Political Theory*, v. 41, no. 4, p. 591 – 617, 2013.

Griggs v. Duke Power Co. 401 U.S. 424 (1971).

Hacker, Jacob, and Paul Pierson. The Republican devolution: partisanship and the decline of American governance. *Foreign Affairs*, v. 98, no. 4, July/August 2019.

Hahn, Steven. *Illiberal America: a history*. New York: W. W. Norton and Company, 2024.

Hartley, Roger C. *Fulfilling the pledge: securing industrial democracy for American workers in a digital economy*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2023.

Hartz, Louis. *The liberal tradition in America: an interpretation of American political thought since the revolution*. New York: Harcourt Brace, 1955.

Hirschmann, Nancy J. *The subject of liberty: toward a feminist theory of freedom*. Princeton; Princeton University, 2003.

Honohan, Iseult. *Freedom as Citizenship: the republican tradition in political theory*. *The Republic*, *The Irish Institute*, no. 2, p. 7 – 24, spring/summer 2001.

Iafolla, Robert, and Purifoy, Parker. *SpaceX's bid to upend NLRB follows signals from Supreme Court*. *Bloomberg Law*, January 9, 2024.

*Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*. 585 U.S. (2018).

*Jarkesy, Securities and Exchange Commission v. No. 22-859 U.S.* (June 27, 2024).

Judis, John. *The populist explosion: How the great recession transformed American and European politics*. New York: Columbia Global Reports, 2016.

Kahana, Jeffrey S. *Master and servant in the Early Republic*. *Journal of the Early Republic*, v. 20, no. 1, p. 27 – 57, spring 2000.

*Kennedy v. Bremerton School District*. 597 U.S. 507 (2022).

Klare, Karl. *Judicial deradicalization of the Wagner Act and the origins of modern legal consciousness*. *Minnesota Law Review*, v. 62, p. 265, 1978.

Lamoreaux, Naomi R. *The great merger movement in American business, 1895-1904*. New York: Cambridge University, 1985.

Lazonick, William, and O'Sullivan, Mary. *Maximizing shareholder value: a new ideology for corporate governance*. *Economy and Society*, v. 29, no. 1, p. 13 – 35, 2000.

*Lechmere, Inc. v. NLRB*. 502 U.S. 627 (1992).

Lichtenstein, Nelson. *State of the union: a century of American labor*. Princeton: Princeton University, 2003.

Lochner v. New York. 198 U. S. 45 (1905).

Locke, John. Two treatises on government. Ed. By Peter Laslett. New York: Cambridge University, 1960.

Loper Bright Enterprises v. Raimondo. 603 U.S. \_\_\_ (2024).

Malleson, Tom. Economic democracy: the left's big idea for the twenty-first century? *New Political Science*, v. 35, no. 1, p. 84 – 108, 2013.

Mann, Thomas, and Norman Ornstein. Finding the common good in an era of dysfunctional governance. *Daedalus*, v. 142, no. 2, p. 15 – 24, spring 2013.

Matsumura, Kaiponanea. Unifying Status and Contract. *University of California Davis Law Review*, v. 56, p. 1571 – 1633, 2023.

National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935), as amended; 29 U.S.C. Sections 151 – 69 (1988).

NLRB v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local No. 1229 (Jefferson Standard). 346 U.S. 464 (1953).

NLRB v. Mackay Radio and Telegraph Co. 304 U.S. 333 (1938).

Nichols, John. The “s” word: A short history of an American tradition, socialism. New York: Verso, 2011.

Nussbaum, Martha. Capabilities and human rights. *Fordham Law Review*, v. 66, p. 273, November 1997.

Orren, Karen. *Belated feudalism: labor, the law, and liberal development in the United States*. New York: Cambridge University, 1991.

O’Shea, Tom. Radical republicanism and the future of work. *Theory & Event*, v. 24, no. 4, p. 1050 – 1067, October 2021.

\_\_\_\_\_. What is economic liberty? *Philosophical Topics*, v. 48, no. 2, p. 203, fall 2020.

\_\_\_\_\_ . Are workers dominated? *Journal of Ethics and Social Philosophy*, v. 16, no. 1, p. 1 – 24, September 2019.

Pateman, Carole. *Participation and democratic theory*. New York: Cambridge University, 1970.

Peck, Jamie. *Constructions of neoliberal reasoning*. New York: Oxford University, 2010.

Perry, Stewart. *San Francisco scavengers: dirty work and the pride of ownership*. Berkeley: University of California, 1978.

Pettit, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford University, 1999.

Phillips-Fein , Kim. *Invisible hands: the businessmen’s crusade against the New Deal*. New York: W. W. Norton and Company, 2009.

Polanyi, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our times*. Boston: Beacon, 1971.

Pope, James Gray. Contract, race, and freedom of labor in the constitutional law of “involuntary servitude.” *Yale Law Journal*, New Haven, Conn., v. 119, p. 1474 – 1567, May 2010.

Pope, James Gray. Republican moments: the role of direct popular power in the American constitutional order. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 139, p. 287 – 368, December 1990.

Purdy, Jedediah. Neoliberal constitutionalism: Lochnerism for a new economy. *Law & Contemporary Problems*, v. 77, p. 195, 2014.

Reich, Robert. *Saving capitalism: for the many, not the few*. New York: Vintage, 2016.

*Republic Aviation v. NLRB*. 324 U.S. 798 (1945).

*Ricci v. DeStefano*. 557 U.S. 557 (2009).

Richman, Shaun. Tell the bosses we're coming: an action plan for workers in the twenty-first century. New York: Monthly Review, 2020.

Rosenblatt, Alex. Uberland: how algorithms are rewriting the rules of work. Oakland: University of California, 2018.

Rousseau, Jean-Jaques. On the social contract, in The basic political writings, ed. By Donald A. Cress. Indianapolis: Hackett, 1987.

Roy, William G. Socializing capital: the rise of the large industrial corporation in America. Princeton: Princeton University, 1997.

Sandel, Michael. Democracy's discontent: America in search of a public philosophy. Cambridge: Harvard University, 1997.

Scholz, R. Trebor. Own this: how platform cooperatives help workers build a democratic internet. New York: Verso: 2023.

Sen, Amartya. Development as freedom. New York: Anchor, 2000.

Shesol, Jeff. Supreme power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court. New York: W. W. Norton and Company, 2010.

Sitaraman, Ganesh. The crisis of the middle-class constitution: why economic inequality threatens our republic. New York: Alfred A. Knopf, 2017.

Stanley, Amy Dru. From bondage to contract: wage labor, marriage, and the market in the age of slave emancipation. New York: Cambridge University, 1998.

Stephens, John D. The transition from capitalism to socialism. Urbana-Champaign, University of Illinois, 1986.

Steinfeld, Robert J. Coercion/consent in labour. Centre on Migration, Policy, and Society, University of Oxford, Oxford, UK, Working Paper no. 66, 2009.

\_\_\_\_\_. The invention of free labor: the employment law in English and American law and culture, 1350 – 1870. Chapel Hill: University of North Carolina, 1991.

Students for Fair Admissions v. Harvard and Students for Fair Admissions v. University of North Carolina. 600 U.S. 181 (2023).

Teachout, Zepher. Algorithmic personalized wages. *Politics & Society*, v. 51, no. 3, p. 436 – 458, 2023.

Teles, Steven M. *The rise of the conservative legal movement*. Princeton: Princeton University, 2008.

Tomassetti, Julia. The powerful role of unproven economic assumptions in work law. *Journal of Law and Political Economy, Berkeley*, v. 3, p. 49 – 71, 2022.

Waldman, Michael. *The supermajority: how the Supreme Court divided America*. New York: Simon & Schuster, 2023.

Weeks, Kathi. *The problem with work: Feminism, Marxism, antiwork politics, and post-work imaginaries*. Durham: Duke University, 2011.

Weil, David. *The fissured workplace: why work came to be so bad for so many and what can be done to improve it*. Cambridge: Harvard University, 2017.

West Virginia v. Environmental Protection Agency. 597 U.S. 697 (2022).

Wright, Erik Olin. *Envisioning real utopias*. New York: Verso, 2010.

## Minibio:

Professor Emeritus of Political Science, Agnes Scott College, in Atlanta, Georgia, USA. He holds a BA from Davidson College, an MA from Indiana University, and a PhD from the University of North Carolina-Chapel Hill, all in political science, as well as a JD from the College of Law of Georgia State University in Atlanta. For a decade he was associated with the Atlanta labor and employment law firm Stanford, Fagan, and Giolito. He is the author of *Sexual Harassment and the Law: The Mechelle Vinson Case* (University Press of Kansas, 2004), *Lochner x Nova Iorque: O Caso dos Padeiros Que Trabalhavam Demais* (Editora Juruá, Curitiba, 2021), and, with João Renda Leal Fernandes, *Glossário Jurídico-Trabalhista/Labor and Employment Law Glossary* (Editora JusPodium, Rio de Janeiro, 2024). He taught as a Fulbright Fellow at the Universidade Federal de Santa Catarina in 2018

The Mechelle Vinson Case (University Press of Kansas, 2004), *Lochner x Nova Iorque: O Caso dos Padeiros Que Trabalhavam Demais* (Editora Juruá, Curitiba, 2021), and, with João Renda Leal Fernandes, *Glossário Jurídico-Trabalhista/Labor and Employment Law Glossary* (Editora JusPodium, Rio de Janeiro, 2024). He taught as a Fulbright Fellow at the Universidade Federal de Santa Catarina in 2018 and as a visiting professor at the Universidade do Estado de Rio de Janeiro (PPGD) in 2023.

**Como citar este artigo:****ABNT**

COCHRAN III, Augustus Bonner. Coercion and Consent in Employment: From Contract to Civic Republicanism. **Labuta**, v. 1, n. 2, p. 8-59, jul./dez. 2024.

**APA**

Cochran III, A. B. (2024). Coercion and Consent in Employment: From Contract to Civic Republicanism. *Labuta*, 1(2), 8-59.

## Entre idas e vindas: uma breve reflexão sobre o alcance do Direito do Trabalho em relação ao labor em plataformas digitais

Claudio Victor de Castro Freitas

Instituição: Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro, Rio  
de Janeiro, RJ, Brasil



Recebido em: 28/6/2024  
Aceito em: 5/7/2024

### RESUMO:

O Direito do Trabalho nasceu e se desenvolveu baseado no pressuposto da proteção ao trabalho como forma de pacificação dos conflitos sociais. Ainda que inaugurado sob o molde da subordinação jurídica clássica, é indene de dúvidas que o avanço social deve se fazer acompanhar de interpretação evolutiva acerca dos elementos que compõem a relação de emprego, situação essa ocorrida em diversos países estrangeiros, sendo esse o caminho mais adequado a ser percorrido em nosso país para que possamos analisar a proteção jurídica dos trabalhadores em plataformas digitais.

### ABSTRACT:

Labor Law was born and developed based on the assumption of labor protection as a way of pacifying social conflicts. Although inaugurated under the model of classical legal subordination, there is no doubt that social advancement must be accompanied by an evolutionary interpretation of the elements that make up the employment relationship, a situation that has occurred in several foreign countries, being the most appropriate path to be covered in our country to analyze the legal protection of workers on digital platforms.

### PALAVRAS-CHAVE:

Direito do Trabalho; subordinação jurídica; relação de emprego; proteção social; trabalho em plataformas digitais.

### KEYWORDS:

Employment contract, consent, civic republicanism, worker voice, domination.

com objetivo de proteção da propriedade privada e outros direitos essenciais em razão de uma legitimação permissiva do uso da coerção a que se submete a sociedade civil, tudo motivado previamente pela aceitação de obediência a um contrato social legitimador da ordem.

Ainda nesse contexto introdutório identificamos o capitalismo com sendo o sistema de produção por meio do qual ocorre a apropriação de todos os bens materiais de produção por parte de empresas lucrativas autônomas, que se valem da especulação para atuação em uma economia de comércio e mercado livre, utilizando-se de técnicas racionais de produção com base nos ditames da lei de cada nação, valendo-se de mão-de-obra que labora livremente e apresentando, conseqüentemente, o seu verdadeiro “espírito”, que é a busca pela maximização do lucro decorrente do exercício da atividade econômica como modelo global de vida.

Analisando historicamente o sistema em tela - eis que se torna o centro do debate sobre a forma de exploração do trabalho humano e as conseqüências na saúde física e mental - pode ser apresentada uma 1ª fase do capitalismo, cristalizado entre o século XVIII e o final da 2ª Guerra Mundial, na qual houve a difusão da máxima do laissez-faire, apresentada pela mão invisível do mercado classicamente propugnada por Adam Smith,, por meio da qual se exigia a total desconexão do Estado com a regulação das atividades econômicas e sociais.

Dáí o surgimento da 1ª dimensão dos direitos humanos, focada nos direitos políticos e civis fundamentados na liberdade individual (“liberdades negativas”), com a qual trabalharam as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e que culminaram na Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Tal período ainda foi marcado pela substituição da manufatura pela maquinofatura especialmente têxtil e voltada ao consumo de um mercado anônimo, operando-se uma transformação econômica e social sem precedentes.

Tais elementos caracterizaram a 1ª Revolução Industrial, setorizada na Inglaterra. Como pano de fundo instigador houve uma base estrutural favorável sedimentada no antecedente “capitalismo agrário” inglês, bem como no financiamento do ouro brasileiro advindo das lavras mineiras, nas vastas reservas britânicas de carvão, na submissão estatal aos interesses da burguesia no pós-Revolução Gloriosa (1688) e na enorme acumulação de capital prévio decorrente da expansão do mercantilismo e exploração britânica colonialista dos séculos XVI ao XVIII.

Foi a partir desse momento que emergiu um fundamental detalhe da cultura capitalista, a saber, a venda da força de trabalho pelo homem em troca de contraprestação em pecúnia. Eis, inclusive, o nascedouro do Direito do Trabalho, pressupondo um labor livre e que recebia como resposta o pagamento pelo dispêndio de energia pessoal.

Ademais, a utilização das máquinas em lugar do trabalho exclusivamente humano e manual acabou por permitir a ampliação sobremaneira dos mercados consumidores, de modo a alterar profundamente a estrutura da economia e das relações de trabalho. Com isso, houve a desterritorialização do campesinato em direção às cidades, sendo o criadouro do proletariado, em cujo centro de exploração burguesa fora observado o desmedido uso da mão-de-obra infantil, pagamento de baixos vencimentos, inexistência de limitação de jornada e de qualquer proteção legal à força de trabalho e as enormes diferenças salariais entre os trabalhadores e trabalhadoras. Tal

intensificação do labor somou-se aos ainda débeis movimentos sindicais e à carente proteção social legal estatal, gerando um cenário caótico e cruel de ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais ocasionadoras de graves lesões e mortes.

Nesse contexto é que se extrai uma real disciplina dos corpos para o trabalho, em que aqueles eram tratados como reservatórios de energia, verdadeiras máquinas produtivas (o homo motor) e, pejorativamente, a escória social formada por pessoas desordeiras, indisciplinadas, sujas (sendo difundida a expressão “the great unwashed” aos trabalhadores aglomerados nas vilas que surgiam ao redor das fábricas) e indignas de confiança.

Como consequência da acima apresentada exploração irracional do sistema capitalista sobre o labor humano eclodiram manifestações da classe trabalhadora por melhores condições de vida e labor, desencadeando em greves que, se não simplesmente levavam à interrupção das atividades, chegavam a destruir o maquinário existente nas fábricas (como era praxe do movimento ludista).

Seguido dos acontecimentos apresentados, ainda que não compartimentalizada de modo estanque, ao longo da segunda metade do século XIX já se pôde falar do fenômeno da 2ª Revolução Industrial, com aprimoramento dos sistemas, técnicas e maquinário de produção que se expandiram molecularmente para diversos países, como Estados Unidos, França, Japão, Rússia e Alemanha.

Em tal momento notou-se especialmente a utilização do aço e da eletricidade, que acarretaram na produção em massa de diversos itens por meio da automação, na qual cada máquina passara a executar suas tarefas parcialmente por meio da intervenção humana, sendo complementada pelas

seguintes das etapas de fabricação. Tal produção em série se difundia especialmente por dois métodos complementares.

O primeiro deles foi o modelo taylorista de produção, que trabalhava com a lógica de organização científica do trabalho, na qual foram estabelecidos métodos objetivos e uniformes de execução das tarefas prescritas exclusivamente pela gerência das unidades produtivas focadas na velocidade da produção, bem como simplificação e eliminação dos movimentos desnecessários e ineficientes. Tratava-se de verdadeiro “adestramento” da massa trabalhadora ao modo mecânico produtivo, ainda mais se considerados os incentivos salariais concedidos por meio de pagamentos de acordo com a produtividade.

Impedia-se de plano, assim, o nexó psicofísico do trabalho profissional qualificado, exigindo-se do funcionário o desenvolvimento de atitudes maquinais e automáticas após demonstrações concretas acerca do novo método de produção, gerando-se nova atitude mental daquele por meio de suposta cooperação espontânea com a administração e baseada na identidade de interesse e desejo de prosperidade de empregadores e empregados.

Já o segundo conceito consagrado que se deu a partir da supracitada 2ª Revolução Industrial foi o modelo fordista de produção, alicerçado na intensificação da especialização/parcelização das tarefas e utilização das esteiras rolantes na linha de montagem para redução do gasto de tempo no transporte das peças dentro da cadeia produtiva e, conseqüentemente, daquele utilizado para a produção, bem como na estipulação do preço final do item de acordo com a disponibilização de produtos no mercado. Tudo isso acompanhado de aumento salarial, gerando vasto consumo de massa a criar

um novo tipo de “sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista”, aperfeiçoando o sistema taylorista.

Inegavelmente os modelos acima revolucionaram a forma com a qual o capitalismo se desenvolveu.

Por outro lado, sérios problemas passaram a surgir desde então, destacadamente os de absenteísmo, o turnover (rotatividade de trabalhadores em razão de desligamentos e admissões), a má execução dos serviços em razão do excesso de carga imposta e, até mesmo, a sabotagem por parte da força de trabalho insatisfeita com a imensa exploração em razão da total desconstituição de conteúdo do trabalho mecanicamente executado. Aparentemente refletia-se a constatação clássica anterior (mas ignorada) de ser o homem “um instrumento muito imperfeito de produção quando se trata de conseguir movimentos uniformes e contínuos”.

Tal clima de instabilidade se agravou por situações de grande relevância, especialmente (i) o surgimento da alternativa pelo sistema socialista como uma forma de combate ao voraz aparelho do predomínio da exploração do trabalho, por meio da pregação de uma justa divisão e a igualdade entre os cidadãos (incluindo os trabalhadores), bem como (ii) a crise econômica até então sem precedentes e deflagrada no pós-Grande Depressão da Bolsa de Nova Iorque (1929), geradora de devastador colapso financeiro global agravado pela 2ª Guerra Mundial.

Tal conjuntura exigia que o Estado solucionasse - ou, ao menos, pacificasse - a situação politicamente conflituosa em que se encontrava, destacadamente pela intervenção sócio-econômica sob o risco de substituição do sistema capitalista, situação inimaginável para as nações mais poderosas e que dele se valiam, gerando, à época, o acirramento ainda maior da Guerra Fria.

Como consequência de tais fenômenos foi que em tal momento histórico (mesmo que com alguns apontamentos anteriores, demonstrando uma clara evolução no tempo) tivemos a eclosão de “um corpo de leis para a proteção das pessoas e dos salários dos trabalhadores (direito do trabalho) e para julgamento dos litígios nascidos nas relações da mesma espécie”. Eis o nascedouro do Direito do Trabalho.

### **1.1. A “era dourada” capitalista, o Constitucionalismo social e o Direito do Trabalho**

Sobressalta, nesse ponto, diante do panorama acima já apresentado, o movimento do “constitucionalismo social” que já vinha se mobilizando alguns anos antes, por meio do qual passaram a ser incluídas normas trabalhistas nas Constituições de determinados países (marcadamente as do México de 1917 e Weimar de 1919).

Nesse mesmo sentido, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, demonstrando a crescente preocupação internacional no tratamento dos direitos dos trabalhadores (ainda que existam críticas a essa narrativa constituidora), influenciando inúmeras nações nesse sentido, inclusive o Brasil, especialmente com a Constituição de 1934 (especialmente em seus artigos 120 a 123). Dentro do mesmo contexto, ainda, inúmeras foram as leis nacionais criadas até que, em 1º de maio de 1943, em plena Era Vargas, houve a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entrando em vigor em 10 de novembro do mesmo ano, compilando praticamente todas as leis laborais até então vigentes no Brasil em um texto único e criando/modernizando novos direitos. O Estatuto, inclusive, vigora até os dias de hoje, apesar das inúmeras alterações

legislativas, bem como as interpretações evolutivas propiciadas pela jurisprudência.

A partir de tal ensejo já podemos identificar uma 2ª fase do capitalismo, que se deu do encerramento da 2ª Guerra Mundial (1945) até finais dos anos sessenta da centúria passada, período conhecido como tendo sido a “era dourada” do desenvolvimento capitalista, na qual foram criadas ou aperfeiçoadas as instituições regulatórias. Isso tanto objetivando o cunho desenvolvimentista (dos países em crescimento), quanto focado na eficiência alocativa e equidade distributiva com escopo de repartição de serviços e bens mais diversificados e a custos mais reduzidos (situação vivenciada, por exemplo, nos Estados Unidos da América), ou, mesmo, em um aumento da produtividade e capacidade tecnológica das políticas nacionais sem um aspecto reducionista de custos (como ocorrera na Europa Ocidental e Japão).

Daí o surgimento (mas, posteriormente, declínio) de diversas nuances do conhecido “Estado de Bem Estar Social” (ou Welfare State), baseado, sobretudo, na teoria do bem estar, que se fundava no mais puro utilitarismo benthaniano, teorizado no “ótimo de Pareto” e buscador do equilíbrio ocasionado pela existência de mercados suficientes e pela competição entre consumidores e produtores, evitando-se falhas de mercado (especialmente pelos “monopólios naturais”, ou seja, aqueles em que determinada empresa produz para todo o mercado a custo inferior se comparado com uma situação de concorrência).

Exigia-se um Estado regulador eficiente e garantidor, ao menos, de direitos básicos da cidadania em razão da inexistência de harmonia entre os interesses egoísticos dos agentes econômicos individuais da anteriormente dogmatizada “mão invisível do mercado” e o bem-estar global (uma 2ª dimensão dos direitos

fundamentais, que seriam “liberdades positivas”), na busca da construção de um verdadeiro “capitalismo social”.

De toda forma, a literatura aponta uma diversidade na utilização do Welfare State, que poderia ocorrer, segundo determinada corrente, por meio de (i) um modelo residual, ex-post facto e de modo temporário (como no caso dos Estados Unidos), ou em (ii) um modelo meritocrático-particularista (com atuação na correção de falhas de mercado, como o caso da Alemanha), ou, até, por meio de (iii) um tipo institucional-redistributivo, produzindo e distribuindo bens e serviços extramercado (como ocorrera em países nórdicos).

Para outra parcela importante de especialistas poderíamos considerar o (i) Welfare State liberal, com assistência limitada aos comprovadamente pobres e utilização de reduzidos programas sociais e de transferências universais (como Estados Unidos, Canadá e Austrália), o (ii) Welfare State conservador e corporativista, que busca manter a diferença de classes com redistribuição diminuta de benefícios (como ocorrera na Alemanha, França, Itália e Brasil) e (iii) Welfare State social-democrata, que prezou pelo universalismo e desmercantilização da classe média, incorporando-se todo o sistema social ao mesmo sistema de seguridade social por meio de contribuições pecuniárias (a exemplo de alguns países escandinavos).

Os notórios avanços decorrentes do Estado de Bem Estar Social originaram situação inimaginável anteriormente, apresentada por uma verdadeira aliança entre os diferentes setores da sociedade, quais sejam, inclusive gerando-se novo movimento de reurbanização e conseqüente aumento do consumo de combustíveis fósseis, conjuntura prejudicial ao meio ambiente relativizada pelo bom momento socioeconômico.

Ocorre que dentro da lógica comum da finitude dos deleites mundanos, uma 3ª fase do capitalismo emergiu nas décadas de 1970 e 1980, conhecido período de enormes dificuldades do Estado de Bem Estar Social ocasionadoras de seu refluxo, especialmente em razão da estagnação econômica das sociedades capitalistas, elevação dos índices de inflação acompanhada do desemprego (gerando a “estagflação”) e a eclosão da primeira grande crise do petróleo.

Conseqüentemente o Estado de Bem Estar fora transformado caricaturalmente “no símbolo do atraso, da lentidão e do desperdício - um elefante velho que se movimenta com dificuldades e que deve dar lugar aos rápidos e ‘espertos’ tigres do mercado”, afastando-se o seus poderes investidor e regulatório, considerado então excessivo, para atuação focada em desvios considerados falhas de governo, funcionando limitadamente a regulação em conformidade com os interesses existentes nas indústrias/produtoras, assim como entre os diversos grupos sociais (grupos de interesses), sempre na busca de seus benefícios, chegando-se a um possível denominador comum na escolha pública (public choice), esta consubstanciada na preocupação com as causas do comportamento governamental, inserindo-se no campo de estudos relacionado à teoria econômica da tomada de decisões.

Em tal conceituação o Estado, por meio de seu poder de coação, passara a incentivar a indústria através de subvenção direta em dinheiro, controle sobre a entrada de novos concorrentes (reduzindo-se, assim, a participação destes), políticas que afetassem produtos substitutos e complementares (por meio de redução de viabilidades de surgimento de produtos alternativos ou incentivando indústrias complementares) e fixação de preços para obtenção de taxas de retorno mais competitivas. Isso sem descurar da dimensão política por meio da

qual o agente regulador seria o próprio legislador, alocando recursos em setores que o exigiriam em troca de apoio de sustentação na busca artificial da renda através da atuação do Estado através da busca do lucro (profit-seeking).

Nesse sentido, evolutivamente podemos apontar diversos teóricos que apresentam suas teses, como as referentes à escolha pública racional das políticas públicas (i) puramente pelo aspecto individual de Keneth Arrow, a exemplo do seu “teorema da impossibilidade”, que nega a viabilidade de tomada de escolha coletiva democrática racional, e Anthony Downs, que trabalhava com a ideia de formulação de políticas públicas partidárias como um item a ser vendido em troca dos votos das urnas, posicionando o Estado em verdadeiro meio-termo entre visões coletivas e individualistas, concluindo que “o governo continuará a proporcionar uma estabilidade somente enquanto o sistema político funcionar eficientemente”.

Além desses, (ii) os teóricos que pressupõem a atuação estatal por meio de desempenho coletivo, a exemplo de James Buchanan e Gordon Tullock , que pressupunham a existência de um organismo estatal que absorveria os indivíduos, mas, ao mesmo tempo, que as escolhas desses deveriam ser tomadas em coletividade, demonstrando, assim, uma teoria da ação coletiva, e Mancur Olson, que analisava o comportamento racional dos grupos de interesse na análise das escolhas públicas, já que aqueles possuiriam razão de ser na busca de satisfação de seus membros, concedendo seu apoio político a grupos representativos estatais sempre em troca de algum benefício.

Somam-se aos estudiosos, ainda, outros que (iii) defendem a atuação puramente de serviços burocráticos, como William Niskanen, que trabalha com o pressuposto pelo qual os agentes públicos agiriam em nome do aparelho estatal

burocrático na escolha pública e, não, no interesse da população em geral, buscando-se a maximização orçamentária da respectiva repartição.

Tais movimentos, portanto, culminaram com uma sequência de ataques ao sistema até então vigente, gerando posicionamentos diversificados que buscavam demonstrar as falhas inerentes à regulação de mercado e implementação de políticas públicas pelo Estado, elevando-se a dogma praticamente inafastável o neoliberalismo, sobretudo pela exaltação da supremacia dos “dotes e inclinações individuais por parte de cada um” e da suposta cooperação espontânea entre os indivíduos como geradores de coesão social.

Suas manifestações iniciais se apresentaram em início da década de 1980 nos Estados Unidos e Reino Unido, liderados, respectivamente, por Ronald Reagan e Margareth Thatcher (ou, até antes mesmo, no Chile, sob a batuta do regime ditatorial do general Pinochet na década de 1970). A centralidade do sistema fora permeado por um Estado considerado “forte” ao lado de uma economia dita “livre”, baseados em novos métodos e objetivos por meio de uma “subordinação a certo tipo de racionalidade política e social articulada à globalização e à financeirização do capitalismo”.

Já no Brasil o movimento de implementação de tal sistema ocorreu inicialmente com a abertura econômica do governo Fernando Collor através do Plano de Modernização Industrial e Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade, mas ganhou destaque com Fernando Henrique Cardoso, notadamente pela implantação do Plano Real e da Reforma Administrativa, preceitos que permaneceram nos governos de esquerda posteriormente eleitos, ainda que com algumas peculiaridades diferenciadas e sob o epíteto de “social-liberalismo”.

A partir de tal período passamos a notar uma reconfiguração do capitalismo através da mundialização do capital, sobretudo por meio da mudança radical do padrão de acumulação, que passou a se dar através do capital financeiro, ou o capital portador de juros.

Eis o contexto no qual a literatura se baseia para sustentar a existência de uma 3ª Revolução Industrial, ou revolução técnico-científica, liderada especialmente pelo Japão e que se valeu da computação, microtecnologia, fibra ótica e a internet, bem como terceirização do processo produtivo com organização de sistemas flexíveis de organização produtiva e do trabalho.

Além disso, destacaram-se uma maior integração entre financiamento, fornecimento e produção e o surgimento de um tipo de empresa concentrada, multiindustrial e com um importante braço financeiro, atuando em escala internacional e competição via qualidade e diferenciação de produtos, sobressaindo o extraordinário aumento das estratégias competitivas internacionais dos poderosos oligopólios industriais.

Conferiu-se, assim, mobilidade ao capital industrial com aumento de seu lucro desmedido, ainda que sem o correspondente crescimento quantitativo e qualitativo do emprego, extraíndo-se, de modo mais intenso, o mais-valor pela precarização e desemprego estrutural, incorporação da informática e novas tecnologias como geradores de impactos no mundo do trabalho (inerentes a uma 4ª fase do capitalismo).

Entender o papel do Estado no contexto capitalista se apresenta como elemento importante para que, por conseguinte, possamos buscar analisar como o Direito do Trabalho (cuja estrutura legal é a centralidade de seu funcionamento) vem sendo utilizando ao longo do tempo para apuração da problemática entre o capital e trabalho, que lhe é estruturante.

## **2. O direito ao trabalho decente, a precarização das relações de trabalho, a captura da subjetividade do trabalhador: "crise" do Direito do Trabalho?**

Toda a situação acerca das novas formas de exploração acima expostas, decorrente dos novos métodos capitalistas de ganho econômico, acabou por repercutir na subjetividade dos trabalhadores.

Conseqüentemente, novos sofrimentos físicos psíquicos e sociais passaram a ser produzidos com a inserção de uma nova ideologia dominante a acarretar verdadeira acumulação por espoliação, pela qual o capital fictício restou atrelado ao capital produtivo, liberando-se ativos (a exemplo de matéria-prima e força de trabalho) a baixo custo, conferindo-se destino lucrativo ao estipêndio virtualmente empregado.

Assim, a acumulação flexível emergente em tal fase surgiu como forma de reposição de elementos considerados essenciais do sistema neoliberal em vigor, colocando-se nova roupagem em razão da crise estrutural.

Suas novas nuances em relação a períodos anteriores se manifestaram no caráter universal e alcance global, com escala de tempo extensa e modo rastejante de desdobramento do capitalismo, procedendo-se a novas formas de ordenações espaço-temporais como expedientes de enfrentamento das recorrentes crises se sobreacumulação (recorrentemente por meio de deslocamentos temporais, que se dão pelos investimentos em projetos de longo prazo, especialmente infraestrutura, deslocamentos espaciais, que permitem busca de novos mercados ou recursos, como mão-de-obra usualmente a preços mais reduzidos, assim como gastos sociais, especialmente em pesquisas).

A flexibilidade da força de trabalho com diminuição da legislação e regulamentação social do trabalho e sindical apresentou-se travestida como verdadeira necessidade e supostamente como construtora do valor mercadológico relacionado ao tempo despendido pelo labor humano, sendo enxergada como resultado tido por “natural” de uma força quase divina, incoercível e sem limites, que é o mercado.

Tal procedimentalização ocorrera também no Brasil, como exemplos: (i) balizamentos sobre a terceirização de serviços (Súmula 331 do TST, em 1993); (ii) permissão para contratação de trabalho por meio de cooperativas profissionais, sem configuração de vínculo de emprego entre os cooperativados e as próprias cooperativas (Lei 8.949/1994); (iii) definição de incentivos ao desligamento/demissão voluntária de servidores públicos (Lei 9.468/1997); (iv) ampliação da utilização do contrato por prazo determinado, com redução do custo do trabalho para as empresas (Lei 9.601/1998); (v) trabalho em regime de tempo parcial (artigo 58-A da CLT, introduzido pela Medida Provisória 2.164-41/2001), (vi) banco de horas e regime de compensação (alteração do artigo 59 da CLT pela Medida Provisória 2.164-41/2001); (vii) permissão para contratação de trabalho por meio de pessoa jurídica unipessoal, prestadora de serviços intelectuais, sem configuração de vínculo de emprego entre a prestadora e a tomadora dos serviços (Lei 11.196/2005); (viii) permissão para contratação de trabalho por meio de pessoa jurídica unipessoal, prestadora de serviços de transporte rodoviário de cargas, sem configuração de vínculo de emprego entre a prestadora e a tomadora dos serviços (Lei 11.442/2007); ou a (ix) permissão para contratação de trabalhador rural por prazo reduzido, sem anotação da carteira de trabalho (Lei 11.718/2008).

Exemplos mais recentes se apresentam na “Reforma Trabalhista” (Lei 13.467/2017), “Reforma Previdenciária” (Emenda Constitucional 103/2019) e, inclusive, pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Neste último caso destacamos a posição da C. Corte no julgamento das ADIs 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735, confirmando-se a possibilidade de irrestrita terceirização de atividade fim promovida pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, alterando-se a Lei 6.019/1974, em cujo acórdão ficou expressamente registrado que a terceirização se trata de uma nova perspectiva de mercado no mundo merecedora de acolhimento no Brasil, seguindo-se expressamente relatório do Banco Mundial que, ao analisar propostas sobre políticas de redução da informalidade, manifestou-se no sentido de “aumentar a flexibilidade de normas de proteção do emprego e reduzir salários mínimos reduz os custos de contratação formal de trabalhadores, e assim, pode incrementar incentivos para que empresas aumentem o emprego registrado”.

Ao procederem as grandes empresas nas práticas como terceirização de atividades, abrindo-se mão de controle direto dos trabalhadores subcontratados e dos fornecedores, mas com a manutenção do uso das marcas e exigência cada vez maior de rapidez e qualidade nos serviços intensificadoras do labor, seja pela reorganização do ritmo laboral, seja pelas exigências de polivalência (vide, por exemplo, os artigos 33, II, “b” e 43 da Lei 12.815/2013) e/ou gestão por desempenho, foram e vêm sendo gerados locais de trabalho cada vez mais “fissurados”, submetendo os trabalhadores a um verdadeiro “sociometabolismo da barbárie”, expondo contradições do capitalismo, como a cobrança de aguda racionalização dentro da empresa em cenário de irracionalidade social.

Dessa forma, em um ambiente atual caracterizado pelo desemprego formal, flexibilização normativa e desregulamentações nota-se o surgimento,

inclusive, de um “darwinismo normativo”, com a sobrevivência das normas mais adequadas aos interesses dos investidores, que se “reinventam” com estratégias de fortalecimento das organizações, como no atual discurso da “cidadania empresarial”, apresentando-se o empresariado como promotores de direitos sociais em substituição ao Estado ou em “parceira” com ele, identificando-se aqueles com esses e sem qualquer “espaço ideológico de luta e disputa de intervenção na questão social”.

As ideias de governança corporativa, por meio, por exemplo, da responsabilidade social empresarial (RSE), incorporam estratégias de marketing social de muitos empregadores em busca de um “capital reputacional” que lhes propiciaria retorno financeiro na forma de isenções fiscais e melhor venda de um itens rotulados por uma diversidade de selos de qualidade, seja individualmente nas empresas, seja por meio de papel de direção do comportamento organizacional de associadas (representando “corporações orgânicas do capital”, verdadeiras especificidade dos “aparelhos privados de hegemonia”).

Criando uma conjuntura funcional de uma inerente “máquina de vulnerabilizar”, a nova organização do trabalho precarizado (completamente distinta do tradicional modelo estável, permanente e de prazo indeterminado, passando a formas flexíveis, atípicas e alternativas), cultuadora da urgência e rapidez atinge, segundo a literatura especializada, a objetividade e subjetividade do trabalhador, moldando suas ações e pensamentos em conformidade com os novos modelos de gestão de verdadeira integração não só mecânica, mas orgânica no trabalho, fazendo com que o prestador labore para não morrer de fome.

A erosão das conquistas legais históricas dos trabalhadores apresenta-se cada vez mais elástica, seja na literal extinção/flexibilização de direitos pela

lógica da agenda liberal, seja através de novas modelagens de prestação de serviços por meio de trabalhos intermitentes, teletrabalho (inclusive com a possibilidade de inexistência de limitação de jornada para o labor por produção em tal modalidade, conforme artigo 62, III da CLT), aumento da informalidade com o conseqüente labor por meio de plataformas digitais e o escancaramento da chamada “economia de compartilhamento”, que serviria para conectar consumidores interessados em determinados bens físicos com os disponíveis provedores de serviço. Exemplo deste se apresenta no transporte de passageiros, ou, mesmo, serviços de toda espécie, com a promessa de auxílio aos indivíduos mais vulneráveis no intento da transformação em microempresários (ou, na melhor dicção do atual sistema, “empreendedores”), em movimento conhecido como uberização do trabalho. Emerge, assim, a “trípode destrutiva” do capital em relação ao trabalho, sustentada na terceirização, informalidade e flexibilidade, escancarando-se em expressão consagrada como verdadeira “desmedida empresarial”.

Dentro dessa lógica estrutural prejudicial ao mundo do trabalho, a necessidade de regulamentação dessas novas modalidades de trabalho se mostra indelével, em detrimento das falas de defensores de uma corrente flexibilizadora do Direito do Trabalho, para os quais “a prática da negociação coletiva seria de interesse aos trabalhadores, de modo a reduzir a rigidez das leis trabalhistas e fixar condições de trabalho, assim como regulamentar as relações entre as partes que a estipularam”, argumento inerente à tese da plena aplicabilidade do artigo 611-A da CLT como permissivo da negociação coletiva in pejus (tema analisado no julgamento do ARE 1.121.633 pelo Supremo Tribunal Federal), em que pese a clara vedação de tal possibilidade diante dos princípios

da vedação ao retrocesso social, norma mais favorável e condição mais benéfica estampados no artigo 7º, caput, parte final da CRFB/88.

De toda forma, tais movimentos estão a gerar, inclusive, debates sobre uma “crise” do Direito do Trabalho, gerando discussão no mundo doutrinário, jurisprudencial e legislativo pátrio e alhures de forma a angariar ferrenhos defensores de teses diametralmente antagônicas, a saber, a corrente flexibilista e a antiflexibilista.

Enquanto os primeiros (flexibilistas) explicitam que “flexibilização” seria a “modificação atual e potencial das normas laborais, traduzindo na atenuação dos níveis de proteção dos trabalhadores e que, frequentemente, vai acompanhada de uma aplicação da faculdade patronal de direção”, podendo as partes do contrato de trabalho estabelecerem as condições de trabalho, estando ou não assistidas por suas respectivas entidades sindicais – o que lhes seria favorável em virtude da possibilidade de os trabalhadores salvaguardarem seus contratos de trabalho diante de alguma situação desfavorável, como uma situação de desemprego iminente –, os antiflexibilistas afirmam que essa ideia estaria em desacordo com o próprio Direito do Trabalho e seu fim protecionista aos hipossuficientes.

Cumprir destacar que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem admitido posicionamentos em sentidos opostos, situando-se, por vezes, de acordo com a corrente flexibilista e, em outras situações, com a corrente antiflexibilista.

Este é um tema que merece análises profundas e demonstra que, ao lado da reestruturação das relações laborais anteriormente mencionadas, o Direito do Trabalho passa por um momento de redefinição para a sua adequação à nova realidade social. Segundo Arion Sayão Romita:

A tendência expansionista do direito do trabalho, assinalada pelos estudiosos durante os anos de sedimentação doutrinária da matéria, findou com o término dos chamados 30 anos gloriosos (os 30 anos subsequentes ao fim da Segunda Guerra Mundial), o que coincide com meados dos anos 1970. Ao invés de expandir-se, o direito do trabalho passou a retrair-se.

A simples e geral flexibilização - ao contrário de uma regulamentação legal adequada - seria tão ou mais cruel que as incursões do período pré-legal trabalhista liberal-burguês, eis que recolocaria exclusivamente em mãos dos empregadores poderes amplos para estipular a modalidade do contrato e sua forma de execução. Dessa forma, exercer-se-ia o poder diretivo de modo potestativamente unilateral e pernicioso, pois a criação/aumento/permanência da empregabilidade se sujeitaria à exclusividade do desejo maleável dos tomadores, que passariam a poder submeter qualquer tipo de trabalho a qualquer valor salarial, bastando-se o respeito ao montante do mínimo-hora fixado uniformemente pela União.

Veja-se que com isso não se está a definir preconceitual e radicalmente posição que colocaria em polos diametralmente opostos os trabalhadores e seus empregadores em todos os casos possíveis da vida, eis que, como se sabe, muitos dos tomadores não possuem condição econômica ou técnica elevada. O que se busca, em verdade, é o exercício do diálogo estampado em manifestações individuais ou coletivas da democracia participativa, tema cada dia mais em voga e apresentável como elemento essencial de todo e qualquer negócio jurídico que se pretenda profícuo.

De todo modo, é possível uma breve análise sobre algumas das novas formas de prestação de serviços, destacadamente, no presente trabalho, o labor executado por meio de plataformas digitais, buscando averiguar se o Direito do

Trabalho presente em nosso ordenamento a ele se amolda conceitual e legalmente.

## **2.1. Entre novas modalidades de trabalho e a virtualização da figura do empregador**

Dentre tantas novas formas contratuais laborais – a exemplo do trabalho intermitente (artigos 443, caput e §3º e 452-A da CLT) e o teletrabalho (artigos 62, III, 75-A ao 75-E e 611-A, VIII da CLT) –, temos que uma nova modelagem de execução do labor que vem ganhando cada vez mais corpo em nossa sociedade: o trabalho prestado por meio de plataformas digitais.

Atualmente assistimos a uma moderna onda de precarização, agora pela via digital, criando-se nova forma de fiscalização dos serviços na qual os prestadores “devem viver com medo de ser delatados pelos clientes”, apresentando-se como uma via cada vez mais ampliada em razão da diminuição dos postos de trabalho classicamente considerados e aumento substancial da ocupação no setor informal (taxa de desocupação 7,9% no primeiro trimestre de 2024 e 38,9% da população ocupada no Brasil no setor informal, segundo últimos dados da PNAD contínua divulgados pelo IBGE).

Tais plataformas são “infraestruturas digitais que possibilitam a interação de dois ou mais grupos”, decorrentes da “economia de compartilhamento”.

Operam-se “formas ultrarrápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado”, ambientadas dentro da gig economy, que é a “economia de escala baseada em plataformas digitais, marcada pela descentralização de atividades e de atores, pelo gerenciamento algorítmico e pela flexibilidade nas relações”.

Tais algoritmos situam-se no centro do ecossistema informacional cultural e da digitalização das atividades laborativas, tornando-se essenciais para o funcionamento do capitalismo contemporâneo (inclusive no sistema educacional, conforme artigo 3º, I, e §1º, II da Lei 14.533/2023), eis que diminuem os custos transacionais e a estrutura organizacional empresarial.

O manejo dos algoritmos propicia a criação dos “killer apps”, que são bens ou serviços capazes de desarranjar as relações entre fornecedores, produtores e consumidores, bem como as regulações governamentais e a oferta de produtos por meio da “destruição criativa” que impõem. Dessa forma, permite-se, conseqüentemente, uma enorme vantagem econômica dos agentes que primeiramente os desenvolvem (nesse sentido, desde o elevador e telefone, em períodos anteriores, às atuais plataformas digitais da Uber e Ifood, por exemplo).

Assim, por meio da utilização de algoritmos é possível decompor um conjunto de decisões através de modelos matemáticos inseridos no meio computacional para previsão de possíveis condutas de acordo com as variáveis indicadas pelo programador, sendo aquele recomposto para gerar, como resultado final, um produto ou serviço. Tais estratégias se encontram no seio do universo digitalizado de tomadas de decisão e, naturalmente, do poder diretivo empregatício e da subsunção do labor ao capital.

Em tal situação de trabalho prestado por meio de plataformas digitais o trabalhador está intensamente ligado ao contratante/usuário algorítmicamente, impedindo-se verdadeiramente o direito de escolha, sob risco de desativação, elevando-se a competição entre os pares, a precarização do labor e desafiando as legislações de cada um dos locais onde penetra. Ou seja, “a dominação aumenta sua eficiência na medida em que delega a vigilância a cada um dos indivíduos”.

Nesse sentido, apresentam-se as seguintes correntes:

- (i) há uma parcela de entendimento no sentido de serem os referidos trabalhadores como plenamente autônomos, sem garantias legais mínimas (como desejam as plataformas digitais);
- (ii) existe uma segunda corrente que entende estarmos diante de trabalhadores autônomos com determinados direitos garantidos por lei (a exemplo do Projeto de Lei 3.754/2020, de autoria do Senador Alessandro Vieira, e do Projeto de Lei Complementar 12/2024, de autoria do Executivo);
- (iii) uma terceira corrente entende que existem verdadeiros empregados celetistas submetidos a uma nova forma de subordinação por algoritmos e com todos direitos da legislação atual (a exemplo do Projeto de Lei 805/2022, de autoria do Deputado Federal Alexandre Frota);
- (iv) um quarto entendimento defende se tratar igualmente de empregados celetistas, mas com direitos especificamente regulados por lei especial de acordo com a peculiaridade dos serviços prestados (a exemplo do Projeto de Lei 3748/2020, de autoria da Deputada Federal Tábata Amaral e Deputados Federais João Campos e Professor Israel Batista, bem como o Projeto de Lei 4172/2020, de autoria do Deputado Henrique Fontana).

A atividade humana, assim, cada vez mais vai se resumindo exclusivamente ao trabalho, cambiando a ideia da vitalidade omnilateral do labor como produtor de felicidade social para o vícios “alienante, aprisionado e unilateralizado”, apresentando uma verdadeira processualidade contraditória presente no ato de laborar, que ao mesmo tempo “emancipa e aliena, humaniza e sujeita, libera e escraviza”. Retira-se, assim, a importância do trabalho concreto em detrimento da única via possível do capital através do labor abstrato.

Os dados mais recentes e apresentados pelo IBGE (referentes ao 4º trimestre de 2022, não havendo qualquer informação de períodos posteriores) mostram que no Brasil há cerca de 2,1 milhões de pessoas laborando por meio de plataformas digitais (1,7% da população ocupada).

O tipo de labor acima apontado é verdadeiro desafio do mundo do trabalho a ser estudado nessa enigmática modalidade que expressa um suposto “mistério do empregador inexistente”, especialmente no que toca ao tema da qualidade do seu exercício (e não simplesmente a sua quantidade). E isso notadamente se observados o aumento da intensidade do trabalho e surgimentos de problemas psicossociais, bem como a ruptura das fronteiras entre tempo de trabalho e tempo de lazer.

### 2.1.1. Uma breve análise do direito comparado

No ordenamento jurídico estrangeiro encontramos diversos posicionamentos sobre a temática ora analisada. A sua apuração se torna relevante para que possamos obter orientação acerca de caminhos que possam ser seguidos pelo sistema jurídico brasileiro, seja na promoção de diploma legal específico, seja em eventual produção decisória pátria baseada no método integrativo da analogia do direito comparado (conforme expressa autorização do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do artigo 8º, caput da CLT).

Assim, observamos que na União Europeia como um todo há o atual posicionamento do Parlamento Europeu, através de Diretiva aprovada em abril de 2024, em relação à regulamentação dos trabalhadores em plataformas digitais. Através do referido documento foram estipulados padrões mínimos de

proteção aos trabalhadores em plataformas digitais (ideia utilizada no já acima apontado Projeto de Lei Complementar 12/2024, de autoria do Executivo pátrio), mas com liberdade de cada um dos membros para definir a existência, ou não, de vínculo empregatício, desde que se utilizem da presunção de laboralidade. Além disso, ficou estipulada a proibição de acesso a dados sensíveis dos trabalhadores, bem como devem as plataformas conceder total transparência sobre a gestão algorítmica do trabalho.

No entanto, como a orientação acima apresentada é extremamente recente, temos que antes de sua apresentação muitas das nações europeias já se posicionaram sobre a temática.

No Reino Unido (que não mais faz parte da União Europeia) a Suprema Corte já decidiu em 19/02/2021, no caso *Uber BV and Others (Appellants) v Aslam and Others (Respondents)*, que os motoristas de uber são empregados, não podendo ser enquadrados como autônomos ou qualquer outra forma de liame. Na Espanha, por sua vez, podemos encontrar o Real Decreto-ley 09/2021, conhecida como “Ley Rider” (geradora de alteração do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, com acréscimo da alínea “d” ao artigo 64.4 e do artigo 23º das disposições adicionais), estabelecendo a presunção de vínculo empregatício do trabalhador em plataforma (presunção de laboralidade), bem como o seu direito à informação acerca das decisões algorítmicas do aplicativo utilizado.

Já em Portugal tivemos o artigo 12 do Código de Trabalho recentemente alterado pela Lei 13/2023, introduzindo-se, assim como no exemplo espanhol, a presunção de laboralidade no sistema lusitano, incluindo-se, expressamente, o trabalho por plataformas digitais.

Na Itália temos um posicionamento atual majoritário no sentido de utilização do artigo 2.094 do Código Civil e do artigo 2º do Decreto Legislativo 81, de 15/6/2015 (com alterações promovidas posteriormente pelo Decreto-Lei 198/2022 e Lei 14/2023) para categorizar os trabalhadores em plataformas como empregados, acarretando, por exemplo, em condenação por conduta antissindical do aplicativo uber eats em razão de descredenciamento de milhares de trabalhadores, considerando-se como ilegal a verdadeiramente ocorrida dispensa em massa.

Na França observamos que a sua Câmara Social da Suprema Corte (Chambre Sociale du Cour de Cassation) entendeu pela existência de vínculo de emprego entre os motoristas e as plataformas Take Eat Easy e Uber, reconhecendo-se a existência de subordinação em razão de "l'intégration à un service organisé".

Já na Alemanha nos deparamos com o posicionamento do Tribunal Federal do Trabalho (Bundesarbeitsgericht) no sentido da existência de relação empregatícia entre o motorista e o aplicativo Uber, com base na subordinação algorítmica e gamificação. Por este motivo, para continuar a funcionar no país, a empresa vem trabalhando como intermediária/corretora entre uma locadora de veículos que possua motoristas empregados e clientes.

Na Colômbia atualmente temos o funcionamento do Uber com base em decisão judicial da Câmara de Cassação Cível, Agrária e Rural do Supremo Tribunal de Justiça (decisão SC370-2023), eis que no ano de 2019 a Superintendência da Indústria e Comércio havia impedido o seu funcionamento por concorrência desleal.

No referido país, assim como na Argentina (em que as plataformas de transporte operam, em verdade, com base no artigo 1.280 do seu Código Civil),

não há legislação específica ou decisão judicial de instâncias superiores reconhecendo os trabalhadores das plataformas como empregados, razão pela qual são tidos como autônomos.

No Uruguai dois projetos de lei estão em debate no Congresso e buscam regulamentar o trabalho de transporte por aplicativos, com transparência dos algoritmos e sistemas de monitorização, bem como proibição de discriminação e respeito a direitos trabalhistas mínimos (como limitação de jornada e salário mínimo).

Já no Chile notamos a existência da Lei 21.553/2023 (“Ley Uber”), que regula os aplicativos de transporte de passageiros, não exigindo a condição de empregados, pressupondo a existência de relação autônoma, inclusive permitindo o transporte de passageiro livremente por taxistas, desde que os motoristas, à sua totalidade, estejam devidamente cadastrados e habilitados.

Assim, observamos, ao menos na análise acima, que países europeus avançam sobremaneira na proteção trabalhista dos trabalhadores em plataformas digitais, ao passo que os latino-americanos apontados centram a atuação na autonomia da prestação dos serviços.

Em relação ao sistema brasileiro, passamos à sua análise abaixo.

## 2.1.2. Os elementos basilares da relação empregatícia no Brasil e a apuração de sua utilização para os novos modelos de negócio em plataformas digitais

No Brasil a discussão vem tomando corpo especialmente em razão de decisões judiciais do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Supremo Tribunal Federal (STF), ainda que não tenhamos, atualmente, pacificação da temática por

meio de precedente vinculante emanado por qualquer das Cortes Superiores indicadas.

No caso do TST temos decisões tanto no sentido da existência de relação de emprego, quanto pela sua inoccorrência.

Já no STF as decisões sobre a questão foram todas tomadas, até o presente momento, em reclamações constitucionais prolatadas pela 1ª ou 2ª Turmas, sendo, em sua maioria, no sentido do conhecimento e procedência das reclamações constitucionais apresentadas. Segundo os acórdãos, as decisões da Justiça do Trabalho que venham a permitir a configuração de relação de emprego nesses casos estariam a violar precedentes vinculantes emanados na ADC 48, na ADPF 324, no RE 958.252 (Tema 725-RG), na ADI 5.835 MC e no RE 688.223 (Tema 590-RG).

O tema gera profundas discussões jurídicas, mas não podemos deixar de indicar, em relação ao indicado atual posicionamento majoritário do STF e com as devidas vênias, a inexistência de qualquer violação aos precedentes citados.

Isso porque as decisões indicam, baseadas no princípio da livre iniciativa, a possibilidade de existência de outras formas de relações de trabalho em nosso país que não somente o clássico vínculo de emprego (o que é situação clara e jamais negada por qualquer decisão judicial da esfera laboral), ao que se soma a possibilidade de ampla terceirização das atividades empresariais (atividades-meio e fim, na forma da Lei 6.019/1974 e posicionamento do STF nas ADIs 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735, confirmando a constitucionalidade das alterações legais).

No entanto, o que a Justiça do Trabalho vem fazendo, desde sua criação, é a análise da existência dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, conforme artigo 3º da CLT, declarando-o após reconhecimento de eventual

nulidade diante de situação de fraude, conforme exige o artigo 9º da CLT, dentro da competência constitucional ampliada do artigo 114, I da CRFB/88 (EC 45/2004). Os indicados dispositivos, no entanto, não são sequer citados ou declarados inconstitucionais nos pronunciamentos do STF.

Além disso, os precedentes invocados são claros em afirmar que a liberdade contratual não pode ser executada fraudulentamente, sob pena de caracterização de vínculo de emprego. Ou seja, não há, naturalmente, total liberdade contratual a ponto de vilipêndio às regras legais e princípios especiais do Direito do Trabalho, especialmente a primazia da realidade, situação que ocorre em qualquer sistema jurídico trabalhista do mundo (vide, por exemplo, as orientações tomadas pelos inúmeros países apresentados neste trabalho).

De toda sorte, atualmente o tema fora afetado ao Plenário por meio da Reclamação 64.018 (decisão de afetação em 05/12/2023), ainda sem julgamento final. Esperamos, ASSIM, que o posicionamento a ser pacificado no STF seja no sentido de plenamente permitir que a Justiça do Trabalho analise livremente, dentro de sua competência quase secular, a existência (ou não) de vínculo de emprego nos casos concretos a ela submetidos, sob risco de desconsideração a princípios e regras mais elementares do Direito Constitucional (competência) e Laboral (primazia da realidade e nulidade contratual fraudulenta).

Certo é que os questionamentos restam centralizados na existência, em cada caso, dos principais elementos fático-jurídicos da relação de emprego controvertidos, destacadamente, na situação brasileira, a (i) subordinação, (ii) pessoalidade, (iii) não eventualidade e (iv) alteridade, que merecem atenção neste ponto com o foco no exercício do labor em plataformas digitais.

### 2.1.2.1. A subordinação

Um dos elementos fático-jurídicos mais abordados quando se trata da discussão sobre o enquadramento dos trabalhadores em plataformas digitais se refere à subordinação. Melhor afirmando: a “dependência” a que se refere o artigo 3º da CLT.

Isso porque o ordenamento jurídico pátrio adotou o critério da dependência hierárquica, ou seja, a subordinação jurídica. Tal situação significa dizer que para a configuração de uma relação de emprego nos moldes celetistas, deve o trabalhador receber ordens direcionadas pelo seu empregador (subordinação clássica, ou subjetiva), e/ou realizar os objetivos sociais da empresa (subordinação objetiva), e/ou se harmonizar à organização, dinâmica e cultura do empreendimento que lhe capta os serviços (subordinação estrutural, ou integrativa).

Ocorre que em um sistema de capitalismo de plataforma, que adota o sistema de algoritmos como forma de garantia da realização dos objetivos empresariais, a subordinação dos trabalhadores utiliza o controle por sanções e premiações (“sticks and carrots”), por meio do qual são ofertadas duas possibilidades: (i) recompensas aos que seguem a programação apresentada, ou (ii) punições (inclusive com exclusão da plataforma) aos que a inobservam. Qualquer alegação de liberdade se apresenta, portanto, fictícia, eis que as avaliações quantitativas e qualitativas das atividades dos trabalhadores ocorrem por meio de controle programado.

Dessa forma, natural que não ocorra o recebimento de ordens diretas conferidas por um empregador ou seu preposto (subordinação subjetiva/clássica) e, nem mesmo, realização dos objetivos sociais empresariais (subordinação objetiva). Ocorre, isso sim, a harmonização das atividades do

trabalhador à organização, dinâmica e cultura do empreendimento, fazendo emergir a sua adequação à subordinação estrutural,

Veja-se: o artigo 3º da CLT coloca o empregado como sendo o trabalhador que possui dependência de outrem e nada mais adequado que reconhecer que aquela se apresenta como sendo estrutural, não havendo, a princípio, qualquer necessidade de criação de teses jurídicas novas para o reconhecimento do elemento fático-jurídico apontado.

Ainda assim há literatura de peso que defende estarmos diante de um novo molde de subordinação: a subordinação algorítmica (ou gestão por gamificação), pela qual os algoritmos, por meio das informações recebidas pelas empresas, direcionam as atividades dos trabalhadores, tendo acesso a uma vasta gama deles sem qualquer contato direto, verificando o seu desempenho por meio de avaliação dos clientes.

Assim, as regras dos softwares desenvolvidos e utilizados são decisões de cunho gerencial, sendo que “o seu desenho e as limitações eu estabelece não são obras do acaso, mas políticas empresariais tomadas com o objetivo de maximizar os lucros”, moldando o comportamento dos trabalhadores e, conseqüentemente, alcançando as metas estabelecidas. Trata-se da aplicação, inclusive, do artigo 6º, parágrafo único da CLT.

Conseqüentemente, esses trabalhadores, ao prestarem seus serviços em plataformas digitais, o fazem sendo monitorados e avaliados, seguindo regras das empresas (como recebendo valores estabelecidos pela própria empresa e seguindo rotas por ela indicadas), em prol destas e para clientes destas, sem qualquer tipo de controle decisional acerca do modelo comercial. Tais situações fazem aproximar o trabalhador, segundo parcela doutrinária, da dependência

econômica, resgatando-se tal elemento ao lado do critério hierárquico (subordinação jurídica).

Assim, não possuem razão legal e real de ser as teses defensoras do argumento de se tratarem de trabalhadores autônomos, por inexistente a subordinação jurídica.

Da mesma forma, não há razão de ser para sustentar a ocorrência de uma terceira modalidade de trabalhador com direitos especificados em lei, como o “contratado dependente” (“dependente contractor”) do sistema canadense, ou “trabalhador” (“worker”) britânico, ou o “quase-empregado” (“arbeitnehmerähnliche Person”) alemão, ou o “trabalhador economicamente dependente” (“trabajador economicamente dependiente”) espanhol, ou o antigo “trabalhador parassubordinado” (“lavatore parasubordinato”) italiano. Além da desnecessidade em tal instituição, eis que suficientes os critérios existentes da subordinação, estar-se-ia criando uma suposta nova categoria que poderia vir a gerar ainda mais confusão no já complexo dilema categorizador entre autônomo e empregado.

#### 2.1.2.2. A personalidade

Como se sabe, a prestação dos serviços por plataformas digitais requer o preenchimento de uma série de requisitos para que os “parceiros”/“colaboradores” possam executar suas tarefas, ativando o aplicativo. Com isso, o labor passa a ser prestado *intuitu personae*, sendo, ainda, avaliados pessoalmente, sob pena de exclusão da plataforma, não podendo se fazer substituir em tais misteres, demonstrando, de forma cabal, o preenchimento do elemento fático-jurídico da personalidade sem maiores complexidades.

### 2.1.2.3. A não eventualidade

O referido elemento, para a caracterização de relação empregatícia, conforme já acima apontado, exige a habitualidade na prestação dos serviços, tomando-se como norte a ótica do empregador.

Ou seja, utiliza-se a teoria dos fins da empresa, não importando, para a configuração de emprego urbano, o quantitativo de horas ou dias laborados (o que ensejaria a adoção do princípio da continuidade, como se dá, por exemplo, no trabalho doméstico).

Requer-se, assim, que o labor seja de necessidade permanente à empresa, inserida em seu padrão finalístico, situação essa que ocorre, exatamente, no trabalho em plataformas digitais.

A alegada liberdade de trabalho para determinação de horários nas plataformas digitais, como a Uber, por exemplo, é contraditória, segundo a doutrina especializada. Isso porque ainda que haja liberdade sobre o momento em que iniciam o labor em si, certo é que uma vez começado, a plataforma espera que todas as atividades algoritmicamente desenhadas previamente (inclusive com incentivos com novos rumos de acordo com as metas anteriores cumpridas) sejam aceitas e executadas, sob pena de desativação, caso ocorra índice de rejeição acima do admitido.

Assim sendo, inegável que o elemento fático-jurídico ora analisado se encontra plenamente presente no trabalho em plataformas digitais, não havendo qualquer plausibilidade jurídico-legal para o seu afastamento.

#### 2.1.2.4. A alteridade

Acerca do indicado elemento, é relevante apontar a existência de autores que afirmam que a propriedade dos meios de produção recai sobre os prestadores de serviços (vulgo “parceiros”) das plataformas, situação que lhes conferiria independência econômica em razão do suposto controle em relação àquele ativo, podendo definir como utilizá-lo. Dessa forma, chegam a cogitar que, a princípio, poderiam assumir os riscos da atividade enquanto atuam autonomamente.

Ocorre que, em verdade, os instrumentos de trabalho são, de fato, do trabalhador, mas aqueles não são meios de produção. Assim, o trabalhador possui somente os instrumentos utilizados no desenvolvimento de sua atividade, nada interferindo em relação à organização do empreendimento em si, que permanece nas mãos exclusivas das plataformas, que mantém a subsunção real do trabalhador aos seus direcionamentos (inerente à subordinação).

Dessa maneira, é inviável se reconhecer que os riscos da atividade podem (ou devem) recair, de alguma forma, sobre o trabalhador, que simplesmente desenvolve seus misteres em conformidade com o empreendimento dirigido pelo tomador de seus serviços. Assim, não existe qualquer autonomia na tomada de decisões negociais, nem mesmo independência ou autodireção econômica, não sendo repassada a assunção dos riscos das atividades.

Conseqüentemente, o elemento da “alteridade” permanece presente no trabalho desenvolvido por meio de plataformas digitais, não alterando a lógica clássica da relação de emprego.

### 3. Conclusão

A adaptação do Direito do Trabalho ao mundo moderno se faz necessária, fazendo valer suas funções precípua de regulação da vida laboral por meio de normas protetivas. Eis a mens legis da “dependência” no artigo 2º da CLT e ao estender aos meios telemáticos a possibilidade de gerenciamento do trabalho, conforme artigo 6º do diploma celetista.

A regulamentação trabalhista deve merecer total atenção e aplicação às novas formas de exercício do labor, não se podendo conceber o afastamento ou desconsideração de sua utilização sob o simplório argumento de ancilamento normativo, como se inviável a interpretação atualizada da legislação laboral.

Pacificando-se os conflitos sociais e conferindo a devida proteção ao trabalhador inerente ao funcionamento de qualquer ordenamento trabalhista do mundo, situação que se apresenta em diversos países estrangeiros, certo é que o labor em plataformas digitais não pode se apresentar como um exercício de verdadeiro darwinismo social míope e externado em forma de máquina de precarização.

Não se torna viável, assim, concebermos um direito do trabalho de exceção, marcado fortemente pela (i) consideração do labor como mercadoria, (ii) diminuição das fronteiras entre o trabalho subordinado e autônomo e (iii) disseminação de práticas ilícitas da exploração do labor por meio de reformas legais e confirmação do Poder Judiciário, por meio de uma jurisprudência de austeridade.

Dessa forma, merecem os trabalhadores em plataformas digitais a completa tutela legal celetista e previdenciária, eis que preenchidos todos os elementos fático-jurídicos inerentes à caracterização da referida condição, conforme devidamente delineado nas linhas precedentes.

Para isso se deve entender verdadeiramente o que se tem por “trabalho”, a englobar todas as formas de prestação de serviço e merecedoras de proteção social aos seus exercentes e cuidados para que se assegure um futuro sustentável às gerações vindouras.

#### 4. Referências

ABÍLIO, Ludmila Costhek; AMORIM, Henrique; GROHMANN, Rafael. Uberização e plataformização do trabalho no Brasil: conceitos, processos e formas. *Sociologias*, ano 23, n.57, maio/agosto 2021.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. A Nova Competência da Justiça do Trabalho: ampliação do alcance dos juízos de equidade ou nova concepção bicéfala da justiça civil de raízes burguesas? In *Revista LTr*. São Paulo, vol. 70, n. 05, p. 550. São Paulo: LTr, maio/2006.

ALVES, Giovanni. *Dimensões da Reestruturação Produtiva: ensaios de sociologia do trabalho*. 2ª edição. Londrina: Praxis, 2007.

\_\_\_\_\_. *Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp.09/23.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: a explosão do novo proletariado de serviços*. São Paulo: 2020.

\_\_\_\_\_. *Proletariado digital, serviços e valor*. In ANTUNES, Ricard (org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida*. São Paulo: Boitempo, 2019.

ARROW, K. J. *Social choice and individual values*. 2nd ed. New York: John Wiley and Sons, 1963.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso “Uber”. Revista da LTr, v. 81, n. 3, Mar. 2017.

BÁRTOLI, M.; ROCCA, M. Gestion par objectifs et réquisition de compétences: vers de nouvelles sources d'intensification du travail? In ASKENAZY, P., et al. (Orgs.). Organisation et intensité du travail. Toulouse: Octarès, 2006.

BEDIN, G. A.; NIELSSON, J. G. A crise da década de 1970: observações sobre as ideias neoliberais e suas consequências. In COSTA, L. C., NOGUEIRA, V. M. R., and SILVA, V. R. (orgs.). A política social na América do Sul: perspectivas e desafios no século XXI. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2013.

BLAKE; A. Allan; KELSEY, L. Autin; KERRIE G. Wilkins-Yel. Precarious work in the 21st century: a psychological perspective. In Journal of Vocational Behavior, vol.126, 2021.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 8a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. In Revista de Cultura e Política Lua Nova, n.45, pp.49/95, 1998.

BUCHANAN, J.M.; TULLOCK, G. The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

CAMELO, Ana Paula, et. al. Debates conceituais e regulatórios sobre o futuro do trabalho em plataformas Digitais. São Paulo: FGV Direito SP, 2022.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX. In LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alvez;

CHAVES JR., José Eduardo de Resende (coords.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário. Trad. Iraci D. Poletti. 9a ed. Petropólis: Vozes, 2010.

CHANG, Ha-Joon. The Economics and Politics of Regulation. In Cambridge Journal of Economics, vol.21, n.6, pp.703/728.

CHERRY, Miriam; ALOISI, Antonio. "Dependent contractors" in the gig economy: a comparative approach. American University Law Review, v.66, n.03, 2017.

CHESNAIS, F. A mundialização do capital. Rio de Janeiro: Xanã, 1996.

CORIAT, B. Ciencia, técnica y capital. Madrid: H. Blume, 1976, p.108.

CORTEBEECK, Luc. Still work to be done: the future of decent work in the world. Tiel: Lanoo, 2020.

COSMOPOLIS, Mario Pasco. La flexibilización en América Latina. Direito e Processo do Trabalho. In Estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTr, 1996.

CUNNINGHAM-PARMETER, Keith. From Amazon to Uber: Defining Employment in the Modern Economy. Boston University Law Review, v.96, 2016.

DAL ROSSO, Sadi. Mais trabalho: a intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008.

----- . O arдил da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor. São Paulo: Boitempo, 2017.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. 1a ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIDOV, Guy. The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach. Spanish Labour Law and Employment Relations Journal, n.1-2, v.06, noviembre/2017.

DE STEFANO, Valerio. The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork, and labor protection in the "gig-economy". Comparative Labor Law & Policy Journal, v.37, n.03, 2016.

DELEUZE, Gilles. Conversações. Trad. Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DIEHL, Isani; VARGAS, Paulo Roberto. Paradoxos da globalização: da pressuposição do fim do estado-nação à realidade do retorno do estado. In Estudos do CEPE, Santa Cruz do Sul, n. 3/4, jan./dez. 1996.

DOWNES, Larry; MUI, Chunka. Unleashing the killer app: digital strategies for market dominance. Boston: Harvard Business School Press, 2000.

DOWNS, A. Uma teoria econômica da democracia. Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da USP, 1999.

DUFOUR, Dany-Robert. O divino mercado: a revolução cultural liberal. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

ENDRES, Anthony; FLEMING, Grant. International organizations and the analysis of Economic Policy 1919-1950. New York: Cambridge University Press, 2002.

ESPING-ANDERSEN, G. The three worlds of welfare capitalism. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2002.

FERREIRA, António Casimiro. Sociedade da austeridade e o Direito do Trabalho de exceção. Porto: Vida Económica, 2012.

FIGUEIREDO, Carlos. Algoritmos, subsunção do trabalho, vigilância e controle: novas estratégias de precarização do trabalho e colonização do mundo da vida. Revista Eptic, v.21, n.1, jan/abr 2019.

\_\_\_\_\_; BOLAÑO, César. Social media and algorithms: configurations of the lifeworld colonization by new media. International Review of Information Ethics, v. 26, p. 12, 2017.

FIGUEIREDO, Lucas. Boa ventura! A corrida do ouro no Brasil [1697-1810]: a cobiça que forjou um país, sustentou Portugal e inflamou o mundo. Rio de Janeiro: Record, 2011.

FIORI, José Luis. Estado de bem-estar social: padrões e crises. In Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, vol.7, n.2, 1997.

FORTES, Alexandre. Miríades por toda a eternidade. In Tempo Social - Revista de sociologia da USP, pp.197/2015, vol.18, n.01, 2014.

FRANCO ENRIQUEZ, Jesús Gabriel. La involución del derecho del trabajo. In Salud de los Trabajadores, Maracay, vol.22, n.01, pp.3/6, jun/2014.

FREITAS, Claudio. A democracia participativa, a proteção às minorias e a negociação coletiva atípica trabalhista: novos caminhos para o negociado versus legislado. In Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. RT, ano 45. vol.200, pp.117/134, abril/2019.

-----; DINIZ, Amanda. CLT Comentada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FREUND, Julien. Sociologia de Max Weber. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. São Paulo: Arte Nova.

FRITZEN, F. M. Nuevas formas de organización y trabajo: latinoamérica frente a los actuales desafíos económicos, sociales y medioambientales. Santiago: Red Pilares, 2018.

GEMINIANI, Murilo Caldeira. A natureza jurídica das relações de trabalho na gig economy. Revista LTr, v.83, n.02, fev./2019.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. In Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol.16, n. 2, p.16, maio/agosto 2020.

GILLESPIE, Tarleton. A relevância dos algoritmos. Trad. Amanda Jurno. São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, jan./abr. 2018.

GOLDIN, Adrián. The subjective weakening of labour law. In DAVIDOV, Guy; LANGILLE, Brian (orgs.). Boundaries and frontiers of labour law. Oxford: Hart, 2006.

GOLLAC, M.; VOLKOFF, S. Les conditions de travail. Paris: Éditions La Découverte, 2007.

GORGEU, A.; MATHIEU, R.; PIALOUX, M. Polyvalence, polycompétence ouvrières et intensification du travail: l'exemple de l'industrie automobile. In ASKENAZY, P., et al. (Orgs.). Organisation et intensité du travail. Toulouse: Octarès, 2006.

GORZ, André. Crítica da divisão do trabalho. 2ª ed São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GRAMSCI, A. A questão meridional. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. Americanismo e fordismo. In: A. Gramsci. Obras escolhidas. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.

HARVEY, David. 17 contradições e o fim do capitalismo. Trad. Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2016.

\_\_\_\_\_. Condição pós-moderna. São Paulo: Loyola, 1992.

\_\_\_\_\_. O novo imperialismo. São Paulo: Loyola, 2004.

HAYEK, Friedrich August von. O caminho da servidão. Porto Alegre: Globo, 1977.

HELOANI, R. Organização do trabalho: uma visão multidisciplinar. São Paulo, SP: Cortez: 2002.

HOBBSBAWM, Eric J. Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo. 5ª ed. São Paulo: Forense, 2000.

IGLÉSIAS, Francisco. A Revolução Industrial. 5ª ed. Brasília: Ed. Brasiliense, 1984.

IÓRIO, Marcio. Teoria jurídica da regulação: entre escolha pública e captura. In Revista de Direito Público, Edição Especial, 2019.

KEYNES, J. M. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. Inflação e deflação. Trad. Mario R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

LARA, Ricardo; SILVA, Mauri Antônio da. Trabalho e crise social no Brasil contemporâneo. In Antunes, Ricardo (org.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. São Paulo: Boitempo, 2019.

LEDYARD, John O. Market Failure. In EATWELL, J.; MILGATE, M.; NEWMAN, P. (org.). The New Palgrave: A Dictionary of Economics. London: Macmillan, 1987.

LIMA, Maria Elizabeth Atunes. Trabalho e saúde mental no contexto contemporâneo de trabalho: possibilidades e limites de ação. In

VIZZACCARO-AMARAL, André Luís; MOTA, Daniel Pestana; ALVES, Giovanni (orgs.). Trabalho e saúde: a precarização do trabalho e a saúde do trabalhador no Século XXI. São Paulo: LTr, 2011.

LINHART, Danièle. A desmedida do capital. São Paulo: Boitempo, 2007.

LOCHELFELDT, Sven. Rechtsweg-Fremdgeschäftsführer-arbeitnehmerähnliche Person. Juristische Rundschau; 2019(11): 603-604.

MACHADO FILHO; Claudio Antonio Pinheiro; ZYLBERSZTAJN, Decio. Capital reputacional e responsabilidade social: considerações teóricas. In Caderno de pesquisas em Administração, vol.11, n.2, abr-jun/2004.

MACHADO, Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1989.

MACIEL, Fabrício; MATTOS, Patrícia. Como pensar o capitalismo contemporâneo? Considerações preliminares. In Sociedade e Estado. Brasília, vol.35, n.03, pp.673/694, dez/2020

MAIOR, A. Souto. História Geral. 15ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

MALHADAS, Júlio Assunção. A flexibilização das condições de trabalho em face da nova Constituição. In Curso de Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo: LTr. 1991.

MARANHÃO, Délio. Direito do trabalho. 14ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

MARX, Karl. O Capital. Vol.1. Tomo 1. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

\_\_\_\_\_. O capital: crítica da economia política. Livro 3. Tomos 1 e 2. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MATTOS, Paulo, et al. (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MELGAR, Alfredo Montoya. Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo. In Revista andaluza de trabajo y bienestar social, n.81, 2005, p.25-40.

MERLO, A.R.C.; LÁPIS, N.L. A saúde e os processos de trabalho no capitalismo: reflexões na interface da psicodinâmica do trabalho e da sociologia do trabalho. In Psicologia & Sociedade, vol.19, n.01, jan/abr 2007.

MÉSZAROS, István. O poder da ideologia. 1ª ed. 5ª reimpr. Trad. Magda Lopes e Paulo Cesar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014.

\_\_\_\_\_. Para além do capital: rumo a uma teoria da transição. São Paulo: Boitempo, 2002.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MOORE, Phoebe V. A Ameaça da Violência e Assédio Físico e Psicossocial no Trabalho Digitalizado. Bureau Internacional do Trabalho: Genebra, 2020.

MORAES NETO, Benedito Rodrigues de. Maquinaria, taylorismo e fordismo: a reinvenção da manufatura. In Revista de Administração Empresarial. Rio de Janeiro, vol.26, n.4, pp.31/34, out./dez. 1986.

MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites ao poder de controlo eletrónico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010.

MOURA, Alkimar R. Crise do petróleo e o fim do milagre: uma nota. In Revista de administração de empresas, São Paulo, vol.18, n.1, pp.72/74, março/1978.

NISKANEN, William A. The peculiar economics of bureaucracy. In The American Economic Review, vol.58, n.2, may/1968.

NIVEAU, Maurice. Histórias dos fatos econômicos contemporâneos. São Paulo: Difusão Europeia, 1969.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara.

Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. Revista Direito e Praxis, v.11, n.04, 2020, pp.2609-2634.

OLSON, M. L. The logic of collective action: public goods and the theory of groups. 20a ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). OIT 1919-1969: 50 años al servicio del progreso social. Ginebra: OIT, 1969.

PASSCHIER, Catelene. De verknijpte economie, presentation. Amsterdam: FNV, 2018.

PAULO, Sávio Freitas. A terceira revolução industrial e a estagnação da acumulação capitalista. In Revista Mundo Livre, Campos dos Goytacazes, vol.5, n.2, ago/dez 2019.

PELTZMAN, S. Towards a more general theory of regulation. In Journal of Law and Economics, vol.19, n.02, pp.211/240, aug/1976.

PIGNON, D.; QUERZOLA, J. Democracia e autoritarismo na produção. In Gorz, Andre, et al. Divisão do trabalho, tecnologia e modo de produção capitalista. Porto: Escorpião, 1974.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD Daniel L. Microeconomia. 5a ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINSOF, Jennifer. A new take on na old problem: employee misclassification in the modern gig-economy notes. Michigan Telecommunications and Technology Law Review, v.22, p.355/364, 2016.

PINTO, Maria Ceclia Alves. As novas ferramentas tecnológicas de gestão de mão de obra e a necessária releitura do elemento fático-jurídico da não eventualidade na relação de emprego. In LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alvez; CHAVES JR., José Eduardo de Resende (coords.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

POCHMANN, M. Capitalismo e desenvolvimento. In Brasil sem industrialização: a herança renunciada. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016.

RABINBACH, Anson. The human motor. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 1992.

RAFFINI, Luca. Lavorare ai tempi dell'economia digitale. le trasformazioni del lavoro nel contesto del capitalismo cognitivo e dell'economia delle piattaforme. Sociologados - Revista de Investigación Social, v.03, n.01, 2018.

RAVELLI, Marco Antonio. Economia e modelo sociale nel pasagio tra fordismo e toyotismo. In INGRAO, Pietro; ROSSANDA, Rossana (orgs.). Appuntamenti di fine secolo. Roma: Manifestalibri, 1995.

REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de transportes e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alvez; CHAVES JR., José Eduardo de Resende (coords.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena

Emerick. A tutela jurídica do crowdwork e do trabalho on-demand no Direito Brasileiro: o direito fundamental ao trabalho digno como matriz epicentral do Direito do Trabalho. In DELGADO, Gabriela Neves (coord.). Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI: desafios e ressignificações para as relações de trabalho da era digital. Vol. 3. São Paulo: LTr, 2020.

ROMITA, Arion Sayão. A crise da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. In Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, Ano XXXI, n. 117, p.46. São Paulo: RT, jan-mar/2005.

RUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALERNO, Mario Sergio. A flexibilidade e organização produtiva. In CASTRO, Nadya Araújo de (org.). A máquina e o equilibrista: inovações da indústria automobilística brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SANTOS, Antonio Tiago Loureiro Araújo dos; BIANCHI, Ana Maria. (2007). Além do cânon: mão invisível, ordem natural e instituições. In Estudos Econômicos (São Paulo), 37(3), 635-662.

SANTOS, Theotônio dos. Revolução científico-técnica e capitalismo contemporâneo. Petrópolis: Editora Vozes, 1983.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEN, A. K. Sobre ética e economia. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

SLEE, Tom. Uberização: a nova onda do trabalho precarizado. Trad. João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2007, pp.33/34.

SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SNIRCEK, Nick. Platform Capitalism. Cambridge: Polity Press, 2017.

STIGLER, George J. Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo, et al. (coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004.

STOFFAËS, Christian. A crise da economia mundial. Trad. Miguel Serras Pereira e João Faria. Lisboa: Dom Quixote, 1991.

SUPIOT, Alain. O direito do trabalho ao desbarato no mercado das normas. Trad.

Antônio Monteiro Fernandes. In Questões laborais. Coimbra: Coimbra editora. Ano 12, n.26, 2005.

TAYLOR, Frederic W. Princípios de Administração Científica. Trad. Arlindo Vieira Ramos. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1990.

The World Bank. Policies to reduce informal employment: an international survey. Washington (D.C.), April. 2012.

TITMUS, R. Essays on the welfare state. London: Allen & Unwin, 1963.

TOLLISON, Robert D.; CONGLETON, Roger D. The economic analysis of rent-seeking. London: Edward Elgar Publishing Ltd., 1995.

TORRES, Michelângelo Marques. Estratégia do capital e intervenção social das corporações empresariais no Brasil. In ANTUNES, Ricardo (org.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. São Paulo: Boitempo, 2019.

VICENTE, MM. História e comunicação na ordem internacional. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

VIDIGAL, V. A uberização do trabalho e o nublamento das fronteiras da relação de emprego. In Revista Brasileira de Direito Social, v.03, n.01, 2021.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation. International Data Privacy Law, vol.7, Issue 2, May 2017.

WEBER, Max. A ética protestante e o “espírito” do capitalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. A política como vocação. A ciência como vocação. In: GERTH, H. H.; WRIGHT MILLS, C. (orgs.). Ensaio de sociologia. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

\_\_\_\_\_. Ensaio de sociologia. 5a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

\_\_\_\_\_. História geral da economia. In Os pensadores. Vol. XXXVII. 2a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

WEIL, David. The fissured workplace: why work became so bad for so many and what can be done to improve it. Boston: Harvard University Press, 2017.

WOOD JR., Thomaz. Fordismo, toyotismo e volvismo: os caminhos da indústria em busca do tempo perdido. In Revista de Administração de Empresas. São Paulo, vol.32, n.04, pp.06/18, set/out 1992.

WOOD, Ellen Meiksins. A Origem do Capitalismo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

### Sobre o autor:

Doutorando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UERJ. Mestre e Doutor em Direito e Relações Sociais pela UFF. Juiz do Trabalho do TRT da 1a Região. Professor universitário.

#### Como citar este artigo:

##### ABNT

FREITAS, Cláudio Victor de Castro. Entre idas e vindas: uma breve reflexão sobre o alcance do Direito do Trabalho em relação ao labor em plataformas digitais. **Labuta**, v. 1, n. 2, p. 60-107, jul./dez. 2024.

##### APA

Freitas, C. V. C. (2024). Entre idas e vindas: uma breve reflexão sobre o alcance do Direito do Trabalho em relação ao labor em plataformas digitais. *Labuta*, 1(2), 60-107.

# O direito à pensão por morte integral para dependentes com invalidez ou deficiência no Regime Geral de Previdência Social brasileiro

Cristiane Miziara Mussi

Instituição: Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro, Rio  
de Janeiro, RJ, Brasil



Recebido em: 8/9/2024

Aceito em: 13/9/2024

## RESUMO:

O presente estudo tem por objetivo geral a análise do benefício pensão por morte de forma integral para dependentes com invalidez ou com deficiência intelectual, mental ou grave no âmbito do Regime Geral de Previdência Social brasileiro. A importância do tema é latente, já que estes dependentes se encontram em situação de maior vulnerabilidade social diante do óbito daquele que de forma comprovada ou presumida, dependiam economicamente. Como hipótese, observa-se que para se obter efetiva proteção social na concessão do benefício pensão por morte a esses dependentes, é preciso que o valor do benefício não sofra redutores de nenhuma espécie trazidos pela Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019. Neste contexto, a metodologia empregada foi a lógico-dedutiva, com base no procedimento de análise bibliográfica e legislativa, com o escopo de proporcionar visão geral e próxima da importância de proteção integral da pensão por morte aos dependentes na qualidade de cônjuge, companheiro, companheira e filho ou irmão maior de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual, mental ou grave, nos termos do artigo 16, da lei 8.213/91, como será observado ao longo do estudo. Como principais resultados alcançados, observa-se que a EC 103/2019 se equivocou ao permitir a redução de benefício em caso de acumulação de pensão por morte com a aposentadoria, em se tratando de cônjuge ou companheiro (a) com invalidez e deficiência nos termos da lei, contrariando o ideal protetivo e inclusivo da previdência social. Ademais, a base de cálculo do benefício pensão por morte para esses dependentes deveria ser, em todas as hipóteses de 100% do salário-de-benefício, se a utilização do novo critério de cálculo para a aposentadoria por incapacidade permanente.

**ABSTRACT:**

*The general aim of this study is to analyze the full death pension benefit for disabled dependents or those with intellectual, mental or severe disabilities under the Brazilian General Social Security System. The importance of the subject is clear, since these dependents are in a situation of greater social vulnerability in the face of the death of the person on whom they were economically dependent, either proven or presumed. As a hypothesis, it is observed that in order to obtain effective social protection in the granting of the death pension benefit to these dependents, it is necessary that the value of the benefit does not suffer reductions of any kind brought about by Constitutional Amendment 103, of November 12, 2019. In this context, the methodology employed was logical-deductive, based on the bibliographic and legislative analysis procedure, with the aim of providing a general and close view of the importance of full protection of the death pension to dependents in the capacity of spouse, partner and child or sibling over 21 years of age or disabled or who has an intellectual, mental or severe disability, under the terms of article 16 of Law 8.213/91, as will be observed throughout the study. As the main results achieved, it can be seen that EC 103/2019 was wrong to allow a reduction in the benefit in the event of accumulation of a death pension with a retirement pension, in the case of a spouse or partner with a disability and disability under the terms of the law, contrary to the protective and inclusive ideal of social security. Furthermore, the basis for calculating the death pension benefit for these dependents should, in all cases, be 100% of the benefit salary, if the new calculation criterion for permanent disability retirement is used.*

**PALAVRAS-CHAVES:**

Pensão por morte; dependente; invalidez; deficiência; reforma da previdência.

**KEYWORDS:**

Death pension; dependent; disability; disability; pension reform.

**1. Introdução**

O benefício previdenciário pensão por morte é um dos mais relevantes benefícios conferidos pelo Regime Geral de Previdência Social brasileiro,

destinando-se aos dependentes do segurado ou da segurada da previdência social em virtude da sua morte, de forma comprovada ou presumida.

A morte, como evento futuro e certo, é um risco social amparado pelo art. 201, V, da Constituição Federal de 1988, vez que na falta de seu instituidor, seus dependentes merecem proteção por parte da previdência social, o que é feito por intermédio do benefício pensão por morte.

Coube à legislação ordinária - Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 - arrolar os dependentes para fins previdenciários, que em seu artigo 16 os dividiu em três classes, conferindo hierarquia entre os mesmos, num rol considerado taxativo, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência brasileira.

Dentre as classes de dependentes, observa-se a classe preferencial, cuja dependência econômica é presumida (presunção absoluta), da qual fazem parte o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

As classes II e III do artigo 16 da Lei 8.213/91 é composta por dependentes não preferenciais, quais sejam, pais (II) e irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (III).

Desde a Lei 9.032 de 28 de abril de 1995, a pensão por morte passou a ser conferida no importe de 100% sobre o valor da aposentadoria que a pessoa instituidora da pensão recebia ou, caso não aposentado, da aposentadoria por invalidez (que também era de 100%) a qual teria direito caso fosse aposentado desta forma, independentemente do número de dependentes do instituidor do benefício.

Com a promulgação e publicação da Emenda Constitucional 103 de 12 de novembro de 2019 (conhecida como nova previdência), a pensão por morte sofreu grande alteração na sua forma de cálculo e também no que tange à alíquota aplicada à mesma, o que gerou uma série de problemáticas, vez que a pensão por morte, embora não possa ser inferior ao salário-mínimo, teve redução significativa para todos os dependentes de segurado, cuja média contributiva supere o valor do salário-mínimo.

Diante das novas regras de cálculo, presente artigo tem por objetivo geral a análise do direito à pensão por morte integral para dependentes com invalidez ou deficiência no Regime Geral de Previdência Social brasileiro. Neste contexto, a metodologia empregada foi a lógico-dedutiva, com base no procedimento de análise bibliográfica e legislativa, com o escopo de proporcionar visão geral e próxima da importância da proteção ao dependente inválido ou com deficiência mental, intelectual ou grave no âmbito da concessão do benefício previdenciário pensão por morte.

Nesse contexto, o presente estudo apresenta novo formato de cálculo do benefício pensão por morte, conferido pela EC 103/2019 quando exista dependente inválido ou com deficiência mental, intelectual ou grave (condição esta analisada por meio de perícia biopsicossocial a cargo da previdência social), bem como trata da possibilidade de acumulação de aposentadoria e pensão por estes dependentes.

Dada a importância do tema, o presente estudo perpassa por uma breve análise do benefício pensão por morte como risco social protegido, considerando os requisitos para a sua concessão, com análise mais aprofundada no que tange aos dependentes com invalidez ou deficiência mental, intelectual ou grave, como

cônjuge, companheiro (a), filhos ou irmãos maiores de 21 anos de idade e pais nessa condição.

Como problemáticas, tem-se: o novo critério de cálculo da pensão por morte traz justiça social aos dependentes inválidos ou que tenham deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave? É possível a acumulação integral entre aposentadoria e pensão para estes dependentes? É correta a distinção de tratamento entre dependente inválido ou com deficiência filho, irmão e pais em relação a cônjuges e companheiros no que tange ao critério de acumulação entre aposentadorias e pensões?

Observa-se, desta forma, que o artigo visa descortinar o ideal previdenciário conferido por meio do benefício pensão por morte aos dependentes inválidos ou com deficiência intelectual, mental ou grave, a partir da análise da nova forma de cálculo do benefício para estes dependentes trazida pela Emenda Constitucional 103 de 2019.

## **2. O benefício pensão por morte como risco social constitucionalmente protegido**

Ao contextualizar o benefício pensão por morte, observa-se que sua origem advém da necessidade de proteção à família. Dentre outros arcabouços protetivos, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 cuidou de proteger, por meio da garantia de proteção previdenciária decorrente do fato gerador morte, os dependentes dos segurados e seguradas da previdência social, integrantes do núcleo familiar.

Assim, o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 dispõe que *“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*. Na sequência, o artigo 227, §3º, II estabelece, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas.

Na conjuntura constitucional de proteção social, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, ao arrolar os riscos sociais que necessitam da proteção por parte do Estado no artigo 201, claramente garante a proteção familiar por meio do benefício previdenciário pensão por morte, impedindo que o mesmo seja concedido em valor inferior ao salário-mínimo, por sua natureza substitutiva da renda familiar:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

[...]

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Seguindo a imposição de garantia do salário-mínimo como piso, o artigo 29, §2.º, da Lei 8.213/91 dispõe que *“o valor do salário-de-benefício não será*

*inferior ao de um salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício”.*

Por risco social entende-se o evento futuro e incerto, cuja ocorrência sem a proteção social devida, acarreta danos sociais irreparáveis. Cabe ao sistema de seguridade social, composto pela tríade saúde, assistência social e previdência social conferir a proteção necessária aos eventos causadores de tais riscos, como medida de proteção social.

No ambiente da justiça social, no qual estará garantida vida digna ao ser humano, o sistema atua como o organismo que, identificando as necessidades de proteção dos seres humanos, trata de satisfazê-las com a atuação sistêmica e coordenada dos programas (BALERA, 2006, p.18).

A seguridade social tem como propósito fundamental proporcionar aos indivíduos e às famílias a tranquilidade de saber que o nível e a qualidade de suas vidas não serão significativamente diminuídos, até onde for possível evitá-lo, por nenhuma circunstância econômica ou social [...] (BALERA e MUSSI, 2023, p. 25)

Riscos como idade avançada, incapacidade laborativa (permanente ou temporária), morte, entre outros, devem obter cobertura por parte do Estado, sob pena de aumento das situações fomentadoras de questões sociais sérias e prejudiciais à toda a sociedade.

Nessa circunstância, o risco social morte possui imperiosa necessidade de proteção social. Trata-se do único risco social que embora futuro, tem sua ocorrência considerada como certa.

A morte no âmbito familiar, por si só, revela situação de tristeza e insegurança, com impactos para além dos emocionais, repercutindo também

financeiramente, especialmente quando a morte acomete o(a) provedor(a) da família.

Ao se estabelecer a proteção familiar por meio da pensão por morte concedida pela previdência social, garante-se que a perda familiar seja minimizada, pela possibilidade de se obter benefício pago de forma mensal, contínua, com natureza substitutiva da renda do segurado ou segurada que veio a óbito.

Mantém-se, assim, dignidade familiar pela proteção previdenciária cujo piso é o salário-mínimo nacional, tendo o valor máximo atualizado anualmente pelo Governo Federal, por Portaria interministerial do Ministério da Previdência Social. A garantia do piso mensal da pensão por morte aos dependentes é de extrema importância no contexto familiar, pois garante ao menos o mínimo, para a subsistência digna dos dependentes da pessoa vinculada à previdência social. Entretanto, a garantia do salário-mínimo mostra-se insuficiente quando nos deparamos com um salário-de-benefício maior do que o salário-mínimo como adiante se verá.

Destaque-se, no entanto, que a obtenção desse benefício não é conferida a todas as pessoas residentes no País, vez que decorre de uma relação previdenciária, nos moldes de um seguro, embora social, que exige critérios objetivos estabelecidos pela Lei 8.213/91, conforme será analisado a seguir.

### **3. Dos requisitos para a obtenção do benefício pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social brasileiro**

A pensão por morte é, de fato, um dos mais importantes benefícios previdenciários no contexto brasileiro. Sua proteção volta-se aos dependentes do segurado ou da segurada da previdência social, com o fito de ampará-los

diante da ausência em definitivo de seu instituidor e da renda do mesmo no contexto familiar.

Primeiramente, é preciso destacar que ao se tratar do Regime Geral de Previdência Social brasileiro, tem-se a ideia de seguro. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS criado em 27 de junho de 1990, pelo Decreto nº 99.350, é a autarquia responsável pela análise e concessão dos benefícios previdenciários, nos moldes de uma seguradora que cuida e trata da análise para deferimento ou indeferimento dos benefícios previdenciários.

Como benefício previdenciário, a concessão da pensão por morte depende do cumprimento de requisitos objetivos estabelecidos no âmbito do regime previdenciário.

Nesse ínterim, a Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 é a atual legislação que trata do tema. Referida norma cuidou de estabelecer tais critérios que, uma vez cumpridos, geram aos dependentes o direito ao benefício pensão por morte.

Assim, imperiosa a análise do artigo 74, em conjunto com o artigo 16 da Lei 8.213/91 que albergam os requisitos objetivos para o gozo e fruição da pensão por morte pelos dependentes de segurado ou segurada da previdência social.

Art. 74, Lei 8213/91. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997) (Vide Medida Provisória nº 871, de 2019)

I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

Depreende-se da análise do *caput* do artigo 74 da Lei 8.213/91 que o benefício em análise depende do cumprimento dos seguintes requisitos: morte; existência de dependentes na data do óbito e qualidade de segurado da previdência social da pessoa que falecer, sendo independente o fato de estar aposentada ou não no momento da ocorrência do fato gerador morte.

### 3.1 Evento morte

O fato gerador do benefício pensão por morte é a ocorrência da morte. O legislador ordinário (Lei 8.213/91) cuidou de amparar o evento morte, seja comprovada ou presumida.

A morte comprovada, também conhecida como morte real, é aquela que pode ser atestada por um médico, havendo o documento de certidão de óbito, diferentemente do que ocorre com a morte presumida, podendo ser conceituada como aquela na qual a pessoa desaparece, não sendo possível atestar seu óbito.

Assim, pode-se entender por morte presumida entende-se aquela na qual a pessoa desaparece sem deixar notícias ou procuração. Neste caso, não há a possibilidade de se atestar o óbito, o que não retira dos dependentes da pessoa presumidamente morta, o direito de requerimento e obtenção do benefício previdenciário, conforme dispõe o artigo 78 da Lei 8.213/91.

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Evidente que o objetivo da legislação previdenciária foi a de amparar a família do segurado ou segurada da previdência social, ainda que a morte seja presumidamente constatada, especialmente pela natureza alimentar do benefício.

No que tange ao óbito comprovado, ressalte-se que este revela-se como o mais comum para a obtenção do benefício pensão por morte. Já o desaparecimento do segurado possível causa ensejadora do benefício, que precisa ser demonstrada e declarada pela autoridade judicial, sendo sua concessão considerada precária. Em caso de reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará a partir do seu retorno, não devendo os dependentes efetuarem a devolução dos valores referentes ao benefício recebido, salvo se estavam de má-fé, como ocorre quando mesmo tendo conhecimento do paradeiro da pessoa “desaparecida”, faz constar o fato de que deixou de ter qualquer conhecimento do fato/notícia relacionados ao desaparecimento da pessoa “presumidamente morta”.

Embora a morte seja o fato gerador do benefício pensão por morte, outros requisitos apresentam extrema relevância, devendo coexistirem no momento do fato gerador morte, tal como o requisito “existência de dependentes no momento do óbito”, cuja inexistência acarreta a falta de beneficiário da pensão por morte paga pela previdência social.

### **3.2 Existência de dependentes na data do óbito**

Dentre os requisitos para a concessão do benefício pensão por morte, observa-se a exigência, por óbvio, de dependentes do segurado ou segurada da previdência na data do óbito.

Coube à lei ordinária definir quais são os beneficiários da pensão por morte, o que foi realizado por meio da Lei 8.213/91, que em seu artigo 16, incisos I, II e III estabeleceu como beneficiários os dependentes do segurado, dividindo-os em três classes e estabelecendo hierarquia entre as mesmas.

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

[...]

Na primeira classe encontram-se os dependentes considerados preferenciais, por haver dependência econômica presumida em relação ao segurado ou segurada da previdência social, bastando que demonstrem a qualidade de cônjuge, companheira, companheiro e filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

O artigo 76 da lei 8.213/91 estabelece a possibilidade do cônjuge ausente, bem como do cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato integrar a primeira classe, como exceção, pois precisará comprovar a dependência econômica.

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

§ 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.

§ 3º Na hipótese de o segurado falecido estar, na data de seu falecimento, obrigado por determinação judicial a pagar alimentos temporários a ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-companheira, a pensão por morte será devida pelo prazo remanescente na data do óbito, caso não incida outra hipótese de cancelamento anterior do benefício. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Também podem entrar na primeira classe o enteado ou o menor tutelado, devendo ser comprovada a dependência econômica em relação ao instituidor da pensão por morte no momento do óbito deste (art. 16, §2.º, Lei 8.213/91).

Já a segunda classe é composta exclusivamente pelos pais, que só poderão requerer o benefício, caso inexista dependente na primeira classe na data do óbito e mediante a comprovação da dependência econômica.

A exemplo do que ocorre com a segunda classe, a terceira classe também precisa comprovar a dependência econômica em relação ao instituidor do benefício pensão por morte, além de apenas poder requerer o benefício em caso de inexistência de dependentes na primeira ou na segunda classes na data do óbito. Na terceira classe encontra-se o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Não havendo dependentes em nenhuma das classes mencionadas pelo artigo 16 da Lei 8.213/91 na data do óbito, o benefício previdenciário não será concedido, ainda que existam outros dependentes conforme legislação civil do segurado ou segurada que veio a óbito. Importa esclarecer que a Lei 8.213/91 (lei que institui o plano de benefícios da previdência social), na sua redação original possibilitava a escolha pelo segurado ou segurada da pessoa designada, como a quarta classe de dependentes. Na falta de dependentes das classes I, II ou III, o segurado poderia designar menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida como seu dependente, não importando a relação de parentesco. Essa alternativa deixou de existir com o advento da Lei 9.032 de 28 de abril de 1995.

Assim, há que se observar que o rol do artigo 16 da Lei 8.213/91 é taxativo. Ademais, a existência ou não de dependentes nos termos do referido artigo deve ser verificada no momento do óbito do instituidor ou da instituidora do benefício pensão por morte.

### **3.3 Qualidade de segurado ou segurada da previdência social na data do óbito**

Como seguro social, apenas estão protegidos os dependentes da pessoa que, na data do óbito, possuía a qualidade de segurado ou segurada da previdência social, atentando-se para o fato de que o benefício pensão por morte é devido a todos que possuem essa qualidade, independentemente se a contribuição previdenciária é vertida de forma obrigatória ou facultativa.

Embora a legislação previdenciária não exija o cumprimento do requisito carência para a concessão do benefício pensão por morte (art. 26, I, da Lei n.

8.213/91), é imprescindível que o instituidor da pensão por morte seja pessoa detentora, na data do óbito, da qualidade de segurado da previdência social.

Para esse propósito, o(a) segurado(a) da previdência social deveria estar vertendo contribuições mensais à previdência social ou estar no denominado “período de graça” quando da ocorrência do fato gerador óbito. Entende-se por este período aquele em que, mesmo não contribuindo, a pessoa mantém sua qualidade, por estar inserida em uma das hipóteses estabelecidas pelo artigo 15 da Lei 8.213/91<sup>1</sup>.

Ainda que o segurado tenha perdido a qualidade de segurado, é possível que seus dependentes recebam o benefício caso o segurado tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito, conforme preceitua a Súmula 416 do Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup>.

Nota-se que tal exigência, imposta pela legislação previdenciária, é típica da ideia de seguro, vez que a proteção conferida pela seguradora só é devida caso na data da ocorrência do fato gerador do prêmio, a pessoa estivesse assegurada pelo plano securitário.

---

<sup>1</sup> Art. 15, Lei 8.213/91. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício, exceto do auxílio-acidente; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

<sup>2</sup> Súmula 416, STJ. É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito.

## 4. A Emenda Constitucional 103 de 2019 e a mudança de cálculo do benefício pensão por morte

Primeiramente, há que se observar a lei existente na data do óbito do instituidor do benefício pensão por morte. Estabeleceu a Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça que *“a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”*.

Para óbito ocorrido a partir de 14 de novembro de 2019, aplica-se a Emenda Constitucional 103 de 12 de novembro de 2019, conhecida como “nova previdência”. Referida emenda constitucional trouxe impactantes alterações no que diz respeito ao cálculo da pensão por morte, conforme se depreende da análise do seu artigo 23:

Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

§ 1º As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco).

§ 2º Na hipótese de existir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão por morte de que trata o caput será equivalente a:

I - 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e

II - uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o

máximo de 100% (cem por cento), para o valor que supere o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º Quando não houver mais dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão será recalculado na forma do disposto no caput e no § 1º.

§ 4º O tempo de duração da pensão por morte e das cotas individuais por dependente até a perda dessa qualidade, o rol de dependentes e sua qualificação e as condições necessárias para enquadramento serão aqueles estabelecidos na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 5º Para o dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, sua condição pode ser reconhecida previamente ao óbito do segurado, por meio de avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, observada revisão periódica na forma da legislação.

§ 6º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica.

[...]

Sendo o segurado já aposentado na data do óbito e este ocorrendo após a publicação da EC 103/2019, o valor da pensão por morte será composto de uma cota familiar de 50% do valor do benefício ao qual o segurado recebia, acrescido de uma cota individual por dependente de 10%, limitada ao máximo de 100%. Saliente-se que no período compreendido entre a Lei 9.032 de 28 de abril de 1995<sup>3</sup> até 13 de novembro de 2019, a alíquota devida aos dependentes era de 100% sobre o valor da aposentadoria para quem já era aposentado ou, caso não aposentado, da aposentadoria por invalidez a qual teria direito caso fosse aposentado desta forma, independentemente do número de dependentes do instituidor do benefício. A aposentadoria por invalidez<sup>4</sup>, por sua vez, era correspondente a 100% do salário-de-benefício.

---

<sup>3</sup> A Lei 9.032 de 1995 alterou a redação do artigo 75 da lei 8.213/91 para estabelecer, como valor mensal da pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, a renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

<sup>4</sup> Assim designada até a publicação da EC 103/2019, que lhe conferiu a nomenclatura de aposentadoria por incapacidade permanente.

Na hipótese do segurado não aposentado na data do óbito, a regra de cálculo tem impacto ainda maior sobre o valor da pensão por morte, uma vez que a EC 103 de 2019 estabelece que será de 50% a cota familiar, acrescida de 10% a cota individual por dependente, até o máximo de 100%, incidente sobre o valor da aposentadoria por incapacidade permanente que o segurado teria direito caso estivesse vivo.

Seguindo o estipulado pelo artigo 23 da Emenda Constitucional 103/2019, a já revogada Portaria ME/INSS nº 450/2020 estabeleceu em seu artigo 47 que:

Art. 47. Na pensão por morte, o valor do benefício, com fato gerador a partir de 14 de novembro de 2019, será calculado na forma da aposentadoria por incapacidade permanente a que o segurado teria direito na data do óbito, aplicando sobre esse valor a regra de cotas para cada dependente, nos termos fixados pelo art. 23 da EC nº 103, de 2019.

Importa destacar que o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente também foi modificado com a EC 103 de 2019 e corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no artigo 26 da Emenda Constitucional 103 de 2019, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, em se tratando de homem e 15 (quinze) anos de contribuição, em se tratando de mulher, quando vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

Isso quer dizer que, se um segurado (homem), que estava em atividade na data do óbito ocorrido depois da EC 103/2019, tiver contribuído por 20 (vinte) anos para a previdência social, o valor da pensão por morte em caso de existir um único dependente será de 60% (alíquota da pensão por morte quando há um único dependente) sobre 60% (alíquota da aposentadoria por incapacidade permanente a qual o segurado teria direito se fosse aposentado dessa maneira, já que contribuiu por apenas vinte anos). (MUSSI, 2020, p. 160)

Desta forma, ao se aplicar a alíquota já reduzida da pensão por morte ao valor da aposentadoria por incapacidade permanente com o cálculo realizado nos termos do artigo 26 da Emenda Constitucional 103 de 2019, tem-se redução ainda mais substancial do valor referente ao benefício pensão por morte. Exceção que se faz é se o fator morte se der em virtude de acidente do trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho, situação na qual o valor da pensão por morte incidirá sobre uma alíquota de 100% do valor que a pessoa receberia a título de aposentadoria por incapacidade permanente. Também não haverá redução caso o salário-de-benefício do instituidor da pensão for correspondente a um salário-mínimo.

Em 23 de junho de 2023, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7051, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Assalariados e Assalariadas Rurais (Contar), validou a forma de cálculo trazida pela Emenda Constitucional 103 de 2019 no que tange ao benefício pensão por morte.

Com isso, importa observar que a pensão por morte, embora não possa ser inferior ao salário-mínimo na sua totalidade, teve alteração na sua natureza de substituição da renda do trabalhador no sentido de manutenção da sua média contributiva para a previdência social, aparentando ser apenas um auxílio-mínimo familiar.

Conforme já dissertamos (MUSSI, 2019, p. 21):

Nesse interim, a problemática social foi formada: a pensão por morte teve sua natureza jurídica alterada e a família dos segurados da previdência social não estariam mais protegidas como até então estavam. A ideia de proteção à família em virtude do risco social morte, ganhou novos contornos e uma nova concepção na sociedade brasileira.

Nesta senda, os dependentes do instituidor do benefício pensão por morte ficam sem o ente familiar e sem uma renda compatível com os gastos da família, quando a média contributiva daquele que faleceu era superior ao salário-mínimo. É sempre importante lembrar que os gastos no âmbito familiar são moldados em conformidade com a renda auferida pela família e, após EC 103/2019, aos beneficiários da pensão por morte restou além do abalo de cunho afetivo, insegurança econômica, quando se utiliza o novo regramento de cálculo do benefício e obtém-se valor bem aquém daquele com o qual o segurado ou segurada contribuía em vida, para a previdência social.

Ao que parece, a forma de cálculo, ainda que confirmada pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional, fere o princípio da regra da contrapartida, segundo o qual *“nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”* (art. 195, §5.º da Constituição Federal de 1988). Ora, se houve contribuição do segurado ou segurada da previdência social para obtenção de benefício previdenciário para si ou para seus dependentes, por certo reduzir o valor da pensão por morte fere a regra da contrapartida.

A reforma previdenciária de 2019, dentro desse cenário de redução do benefício pensão por morte, preocupou-se de forma acertada em ao menos trazer critério diferenciado para o dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave.

## 4.1 Cálculo diferenciado dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave

A Emenda Constitucional 103 de 2019 excepcionou ao trazer critério de cálculo diferenciado para dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, estabelecendo que na hipótese de existir dependente nessas condições, o valor da pensão por morte será equivalente *“a 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social”* (§2.º do artigo 23 da EC 103/2019).

Para tanto, importa caracterizar o dependente como inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave.

O Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999 que regulamentou a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, para dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, trouxe avanço na questão das pessoas com deficiência, estabelecendo em seu artigo 2.º que:

Art. 2.º. Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. No entanto, ainda trazia a ideia da pessoa com deficiência com um teor que fugia da ideia de inclusão destas pessoas ao mercado de trabalho.

Ademais, estabeleceu em seu artigo 3.º, incisos I, II e III, três conceitos a respeito da deficiência e sua extensão, a saber:

Art. 3.º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Como se denota, o Decreto 3.298/99 trouxe distinção entre pessoa com deficiência, deficiência permanente e incapacidade.

Embora de grande importância social, a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência ainda relacionava a pessoa com deficiência àquela que não dispunha de vida independente. Ademais, a expressão “portadora de deficiência” veio com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 e, em meados da década de 90, deixou de ser utilizada, vez que considerada inadequada, pois a pessoa não porta uma deficiência, mas a possui como característica de sua existência.

A Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, em seu capítulo IV, desde a sua redação original arrolou como beneficiária da assistência social para fins de recebimento do benefício assistencial de prestação continuada no valor de um salário-mínimo, a pessoa com deficiência.

O Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e, em seu artigo 1,

conceitua pessoas com deficiência como *“aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”*.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 – representa, no âmbito da previdência social, importante avanço legislativo. Tem como premissa a *“assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”* (artigo 1.º, Lei 13.146/2015). Com esta Lei, com vigência a partir de 3 de janeiro de 2016, passou-se a entender corretamente que a deficiência não está necessariamente ligada às limitações quanto à capacidade civil, pois a pessoa com deficiência deixa de ser incapaz para os atos da vida civil, restando revogados os incisos II e III do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Assim, apenas haverá limitação de ordem patrimonial ou negocial quando a deficiência retirar da pessoa o discernimento necessário para a prática de tais atos.

Portanto, a Lei 13.146/2015 promoveu alteração dos artigos 3.º e 4.º do Código Civil, de forma a garantir o reconhecimento da capacidade civil da pessoa com deficiência. O entendimento decorre do artigo 6.º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015):

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Como se observa, o cerne do Estatuto da Pessoa com Deficiência reside na tríade da não discriminação, da inclusão e da acessibilidade, ao trazer diretrizes com o fito de proporcionar garantias e direitos às pessoas com deficiência, muitas vezes segregadas profissionalmente e socialmente. Ademais, torna clara a diferenciação existente entre invalidez e deficiência, corriqueiramente utilizadas como conceitos sinônimos de forma errônea no contexto social.

A grande distinção que pode ser feita entre a pessoa com deficiência e a pessoa com invalidez, reside justamente na possibilidade de desenvolvimento de atividade laborativa que lhe permita sustento. Enquanto a pessoa com invalidez não tem condições de realização de atividade laborativa, vê-se que a pessoa com deficiência não só pode desenvolver estas atividades, como a sociedade tem o dever de proporcionar a inclusão social dessas pessoas. Destarte, uma pessoa com deficiência tem condições, em regra, de desenvolver atividade laborativa. A depender a deficiência, pode haver também, a impossibilidade do exercício de atividade que lhe garanta o sustento (invalidez).

Para a caracterização da deficiência, não se exige mais a declaração judicial da mesma, como estabelecia a redação da lei 12.470, de 31 de agosto de 2011, que modificou o artigo 16, I, da Lei 8.213/91. O Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015 provocou a alteração do mencionado inciso, para considerar como dependente o filho inválido ou com deficiência intelectual, mental ou

grave, não dependendo de interdição judicial (curatela) para a sua caracterização.

O enquadramento da pessoa como com deficiência é realizado por perícia biopsicossocial a cargo do Instituto Nacional da Previdência Social, podendo ser intelectual, mental, física ou sensorial.

A própria legislação previdenciária (Lei 8.213/91), no artigo 93<sup>5</sup>, cuida de proporcionar a inclusão desses trabalhadores no ambiente de trabalho, ao estabelecer percentuais mínimos de pessoas contratadas numa empresa como pessoa com deficiência.

O artigo 27 Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, desde logo deixou claro que a pessoa com deficiência deve ter seu direito ao trabalho reconhecido pelos Estados Partes, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

---

<sup>5</sup> Art. 93, Lei 8.213/91. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.....	5%.

V - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 1<sup>a</sup> A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 2<sup>a</sup> Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3<sup>a</sup> Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1<sup>a</sup> de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

Há por certo, a ideia de proporcionar inclusão social às pessoas com deficiência, integrando-as à sociedade de forma a alterar, inclusive, a percepção que se tem destas pessoas quando inseridas no mercado de trabalho, descortinando o conceito equivocado de que a pessoa com deficiência é inválida, não possuindo condições de trabalho. A deficiência pode até levar a uma situação de invalidez, como já mencionado, mas o conceito de pessoa com deficiência não pode ser subsumido ao conceito de pessoa inválida.

Assim, conferiu a EC 103 de 2019 a exceção à forma de cálculo do benefício pensão por morte quando houver dependente com essas características: invalidez ou deficiência, intelectual, mental ou grave. Nessa hipótese, a pensão por morte será calculada da seguinte forma: 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do §2.º, inciso I, do art. 23 da EC 103/2019. E o §3.º deste mesmo artigo estabelece o recálculo do benefício pelas regras gerais, quando não houver mais dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave.

No entanto, em prol da justiça social, deveria a Emenda Constitucional 103/2019 ter excepcionado também a base de cálculo do benefício pensão por morte para esses dependentes. Deveria ser aplicada, além da alíquota de 100%, esse mesmo percentual sobre o salário-de-benefício e não o novo cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, pois o dependente com invalidez ou deficiência intelectual, mental ou grave necessita de um arcabouço protetivo maior quando comparado aos demais dependentes.

Destaque-se, ainda, que a aferição da situação de invalidez ou deficiência é feita a cargo da previdência social quando do requerimento do

benefício, devendo esta condição do dependente existir no momento do óbito do segurado ou da segurada da previdência social.

## **5. Necessidade da invalidez ou deficiência existir na data do óbito e independentemente da idade do dependente**

As normas que regem o benefício pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social exigem que a situação de dependente com invalidez ou deficiência intelectual, mental ou grave exista no momento da ocorrência do fato gerador do benefício, ou seja, na data do óbito de segurada ou segurado da previdência social. É na data do óbito de segurado da previdência social que se verifica se existia ou não dependentes do mesmo e qual o enquadramento deles, conforme artigo 16 da Lei 8.213/91.

Sendo superveniente a situação de invalidez ou deficiência, entende-se que não havia dependente com essas características no momento do óbito, o que ensejará no indeferimento do benefício ou deferimento, com aplicação da regra geral de cálculo do benefício.

Estando na condição de filho com deficiência ou invalidez nos termos do artigo 16, inciso I, da Lei 8.213/91 na data do óbito, deixa de importar a idade deste filho, sendo indiferente se esta condição surgiu antes ou depois dos 21 (vinte e um) anos de idade. O mesmo se pode dizer do irmão nestas mesmas condições.

A respeito, interessa mencionar a redação do Decreto 3.048/99, conferida pelo Decreto n. 6.939, de 18 de agosto de 2009, que equivocadamente dispunha que a pensão por morte somente seria devida ao filho e ao irmão cuja invalidez tivesse ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos.

Acerca da invalidez surgir antes ou depois da emancipação ou maioridade, cite-se a importante Ação Civil Pública 0059826-86.2010.4.01.3800/MG, que determinou ao Instituto Nacional do Seguro social o reconhecimento, para fins de concessão do benefício previdenciário pensão por morte, a dependência do filho inválido ou do irmão inválido, quando a invalidez tenha se manifestado após a maioridade ou emancipação, mas até a data do óbito do segurado, desde que atendidos os demais requisitos da lei. Esta Ação Civil Pública deu origem à Portaria Conjunta do Ministério da Economia, Instituto Nacional do Seguro Social e Diretoria de Benefícios n. 4, de 5 de março de 2020 a fim de que fosse cumprida sua determinação.

A despeito do entendimento anterior à Ação Civil Pública 0059826-86.2010.4.01.3800/MG, há que se observar que o artigo 16, inciso I e seu §4.º da lei 8.213/91 nunca exigiu que a situação de invalidez ou deficiência relacionada à filho tivesse ocorrido antes da maioridade para fins previdenciários, que ocorre aos 21(vinte e um) anos de idade. A exigência que deve ser feita nesse sentido diz respeito apenas que a situação, seja de invalidez ou de deficiência, exista na data do fato gerador do benefício, o que corresponde ao momento do óbito do segurado da previdência social.

Na sequência e em virtude da necessidade de adequação de entendimento, o Decreto n. 10.410 de 30 de junho de 2020 corrigiu o Decreto 3.048/99, ao deixar de exigir que a deficiência ocorresse antes dos 21 (vinte e um) anos de idade ou da emancipação. Tal exigência contrariava o princípio da legalidade, pois o Decreto 3.048/99 extrapolava suas funções de regulamentação, restringindo direito, o que não era da sua competência. É importante mencionar que a Lei 8.213/91 não trazia qualquer exigência nesse sentido.

Por fim, resta consignar que o filho com deficiência ou invalidez que esteja na condição de dependente do segurado que veio a óbito terá direito ao recebimento do benefício pensão por morte, enquanto sua condição de deficiência ou invalidez existir, o que significa que pode ser um benefício temporário ou vitalício, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social aferir a mudança nas condições deste filho dependente. No caso de cônjuge ou companheiro, não sendo o benefício vitalício em razão da idade do dependente, caso a invalidez ou deficiência seja cessada, o benefício apenas cessará caso sua duração já tenha ultrapassado o tempo previsto no art. 77, §2.º, inciso V, da Lei 8.213/91, atualizado pela Portaria ME nº 424, de 29 de dezembro de 2020<sup>6</sup>. Não tendo ultrapassado o tempo mínimo para o recebimento do benefício pensão por morte conforme a idade do dependente, será respeitado o tempo mínimo para gozo e fruição do mesmo.

---

<sup>6</sup> Art. 1º, Portaria ME nº 424, de 29 de dezembro de 2020. O direito à percepção de cada cota individual da pensão por morte, nas hipóteses de que tratam a alínea "b" do inciso VII do art. 222 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a alínea "c" do inciso V do § 2º do art. 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, cessará, para o cônjuge ou companheiro, com o transcurso dos seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas dezoito contribuições mensais e pelo menos dois anos após o início do casamento ou da união estável:

- I - três anos, com menos de vinte e dois anos de idade;
- II - seis anos, entre vinte e dois e vinte e sete anos de idade;
- III - dez anos, entre vinte e oito e trinta anos de idade;
- IV - quinze anos, entre trinta e um e quarenta e um anos de idade;
- V - vinte anos, entre quarenta e dois e quarenta e quatro anos de idade;
- VI - vitalícia, com quarenta e cinco ou mais anos de idade.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor em 1º de janeiro de 2021.

---

## **6. A possibilidade de acumulação de mais de um benefício relacionado a morte ou aposentadoria por dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave**

A grande reforma previdenciária trazida pela EC 103 de 2019 manteve a vedação à acumulação de mais de uma pensão por morte no âmbito do Regime Geral de Previdência Social para cônjuge ou companheiro. No entanto, a Lei 8.213/91, estabelece em seu artigo 24, parágrafo único, a possibilidade de escolha pelo dependente nesta situação, do benefício que lhe for mais vantajoso.

Nesse sentido:

Os critérios que levaram à limitação de recebimento de mais de uma pensão por morte por cônjuge, companheiro ou companheira dentro do mesmo regime, salvo no caso de cargos acumuláveis, são compreensíveis no contexto previdenciário. Evita-se, por exemplo, que uma pessoa que se case e fique viúva várias vezes, possa acumular pensões por morte dos respectivos segurados ou seguradas falecidas, desvirtuando o ideário da pensão por morte. No entanto, questiona-se o novo regramento para acumulação de pensão por morte com aposentadoria, diante do artigo 195, §5.º da Constituição Federal de 1988 (MUSSI e FERREIRA, 2021, p. 261).

Enquanto existe esta vedação de acumulação direcionada aos cônjuges e companheiros, não se pode dizer o mesmo em relação aos filhos. Quer isso significar que a legislação previdenciária não traz qualquer vedação que implique na impossibilidade de o filho acumular pensão por morte do pai e da mãe, independentemente de ser filho inválido ou com deficiência nos termos do inciso I do artigo 16 da Lei 8.213/91. Como se observa, legalmente é possível o recebimento conjunto da pensão por morte do filho referente ao óbito de ambos os genitores.

Ressalte-se que benefício previdenciário para dependente inválido ou com deficiência mental, intelectual ou grave será pago pela previdência social enquanto a condição de invalidez ou deficiência existir, respeitado, no caso de cônjuge ou companheiro, o período mínimo de duração do benefício, conforme enuncia o já mencionado artigo 77, inciso V, alínea *a*, da Lei 8213/91, atualizado pela Portaria ME nº 424, de 29 de dezembro de 2020.

Na redação do §5.º do artigo 23 da EC 103/2019:

Art. 23.

[...]

§5.º. Para o dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, sua condição pode ser reconhecida previamente ao óbito do segurado, por meio de avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, observada revisão periódica na forma da legislação.

No que tange à possibilidade de acumulação de aposentadoria e pensão por morte para o dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, observa-se que a Emenda Constitucional 103 de 2019 manteve o direito à acumulação de aposentadoria com pensão por morte para cônjuge e companheiro. No entanto, inovou ao estabelecer que o beneficiário destas prestações (pensão por morte e aposentadoria) de forma cumulativa, manterá o benefício de maior valor de forma integral, sendo aplicado ao de valor menor a redução por faixas estabelecidas no §2.º do artigo 24 da EC 103/2019, *in verbis*:

Art. 24. É vedada a acumulação de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do mesmo regime de previdência social, ressalvadas as pensões do mesmo instituidor decorrentes do exercício de cargos acumuláveis na forma do art. 37 da Constituição Federal.

§ 1º Será admitida, nos termos do § 2º, a acumulação de:

I - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com pensão por morte concedida por outro regime de previdência social ou com pensões

decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal;

II - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social ou com proventos de inatividade decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal; ou

III - pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social.

§ 2º Nas hipóteses das acumulações previstas no § 1º, é assegurada a percepção do valor integral do benefício mais vantajoso e de uma parte de cada um dos demais benefícios, apurada cumulativamente de acordo com as seguintes faixas:

I - 60% (sessenta por cento) do valor que exceder 1 (um) salário-mínimo, até o limite de 2 (dois) salários-mínimos;

II - 40% (quarenta por cento) do valor que exceder 2 (dois) salários-mínimos, até o limite de 3 (três) salários-mínimos;

III - 20% (vinte por cento) do valor que exceder 3 (três) salários-mínimos, até o limite de 4 (quatro) salários-mínimos; e

IV - 10% (dez por cento) do valor que exceder 4 (quatro) salários-mínimos.

[...]

Note-se que esse dispositivo tem eficácia plena, pois não é dependente de legislação específica, sendo aplicado tanto aos regimes próprios de previdência social (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), bem como ao Regime Geral de Previdência Social.

A acumulação, ainda que permitida e respeitadas as situações de direito adquirido antes da EC 103 de 2019, sofrerá redutores por faixas, quando os benefícios acumuláveis forem em valor superior ao salário-mínimo e desde que um dos benefícios se refira ao de pensão por morte.

Ressalte-se que o benefício mais vantajoso será assegurado ao dependente cônjuge ou companheiro beneficiário, nas hipóteses de acumulação

reguladas pelo artigo 24, §1.º da Emenda Constitucional 103/2019. Por benefício mais vantajoso, entende-se o de maior valor.

Extrai-se do §4.º do artigo 24 que as regras de acumulação de aposentadorias e pensões serão aplicadas ainda que um dos benefícios tenha sido concedido antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional em análise. Este entendimento encontra-se respaldado pelo Tema 41 do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que *“não há direito adquirido a regime jurídico, desde que respeitado o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos [...]”*.

Importa ainda mencionar que o § 3.º da EC 103/2019 estabelece que a aplicação da redução prevista no § 2.º poderá ser revista a qualquer tempo, a pedido do interessado, em razão de alteração de algum dos benefícios.

Quanto ao filho dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, observa-se que o mesmo tem o direito de acumular mais de uma pensão por morte, ainda que aposentado.

Nesse sentido, ainda que o filho maior inválido ou com deficiência aufera renda, este fato por si só não exclui o direito à percepção do benefício pensão por morte, especialmente pelo fato de que o artigo 124 da lei 8.213/91<sup>7</sup> não veda a percepção simultânea de aposentadoria e pensão.

Poderia parecer contraditório filho com deficiência ou invalidez aposentado e recebendo pensão por morte dos pais. No entanto, frise-se que a

---

<sup>7</sup> Art. 124, Lei 8.213/91. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I - aposentadoria e auxílio-doença;

II - mais de uma aposentadoria; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

III - aposentadoria e abono de permanência em serviço;

IV - salário-maternidade e auxílio-doença; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

V - mais de um auxílio-acidente; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

VI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa. (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Parágrafo único. É vedado o recebimento conjunto do seguro-desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente. (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

legislação quis justamente cuidar desses dependentes que sofrem com as limitações impostas por sua condição como pessoa com deficiência ou invalidez. Um filho maior de 21 anos de idade e aposentado por invalidez, faz jus à pensão por morte tanto da mãe, quanto do pai, desde que todos os requisitos legais sejam preenchidos.

Em que pese todo o arcabouço de proteção previdenciária conferida aos filhos maiores com deficiência mental, intelectual ou grave ou com invalidez, a jurisprudência se consolidou no sentido de que para estes, a presunção de dependência econômica é relativa.

A respeito, tem-se o entendimento da Turma Nacional de Uniformização, que no Tema 114 firmou tese no sentido de que *“para fins previdenciários, a presunção de dependência econômica do filho inválido é relativa, motivo pelo qual fica afastada quando este auferir renda própria, devendo ela ser comprovada”*.

Ainda sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça também tem como pacificado o mesmo entendimento, no sentido de que para o filho maior de 21 (vinte e um) anos inválido, a presunção de dependência econômica deixa de ter presunção absoluta, devendo ser comprovada:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. TITULAR DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Nas hipóteses em que o filho inválido é titular de benefício de aposentadoria por invalidez, sendo o marco inicial anterior ao óbito da instituidora da pensão, a dependência econômica deve ser comprovada, porque a presunção desta, acaba sendo afastada diante da percepção de renda própria. 2. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice no enunciado nº 7 da Súmula desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1241558 PR 2011/0045890-4, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR

CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Julgamento: 14/04/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2011).

Ao tratar do filho inválido, Leonardo Cacau Santos La Bradbury (2021, p. 118), conclui que:

[...] se a incapacidade permanente do filho ocorrer após a emancipação ou depois de completar 21 anos de idade e perdurar até a data do óbito do segurado, é possível que haja a sua qualidade de dependente. Todavia, nessa situação, haverá a inversão do ônus da prova, ou seja, deve comprovar a sua dependência econômica, ainda que parcial, em relação ao segurado falecido. Logo, o fato de receber aposentadoria por incapacidade permanente, não gera a automática perda da qualidade de dependente, desde que comprove que a renda recebida com o benefício é insuficiente para a sua sobrevivência, necessitando da ajuda financeira do segurado para custear os gastos com moradia, alimentação, saúde, educação, entre outros.

Quanto ao irmão maior de 21 anos inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, deve se entender que também é possível acumular aposentadoria com pensão por morte, desde que comprovada a dependência econômica, que não é presumida para a terceira classe de dependentes estampada no artigo 16 da Lei 8.213/91.

Observação curiosa surge ao se verificar que a tabela de acúmulo de aposentadoria e pensões por faixa trazida pelo §2.º do artigo 24 da EC 103/2019 tem como destinatários apenas cônjuges e companheiros(as), ainda que inválidos(as) ou com deficiência intelectual, mental ou grave, não se falando na categoria filhos ou irmãos maiores de 21 anos com deficiência intelectual, mental ou grave ou com invalidez.

Daí se concluir que no caso de acumulação de aposentadoria e pensão por morte, cujo dependente desta seja cônjuge, companheiro ou companheira,

ainda que inválido ou com deficiência nos termos do artigo 16 da lei 8.213/91, será aplicado o §2.º do artigo 24 da EC 103/2019 já mencionado. Distinção se faz caso o filho ou irmão dependente maior inválido ou com deficiência aposentado e beneficiário da pensão por morte. Nesse contexto, a concessão de pensão para dependente filho ou irmão já aposentado, não estará sujeita a partir da EC 103/2019, às regras de acumulação insertas em seu art. 24, §§ 1º e 2º, vez que estas foram direcionadas especificamente ao cônjuge, companheiro ou companheira que passam a acumular pensão por morte e aposentadoria em virtude de morte ocorrida após a EC 103/2019.

Ao que nos parece, equivocadamente a Emenda Constitucional 103 de 2019 não direcionou a mesma preocupação com os dependentes filhos e irmãos maiores e com deficiência ou invalidez nos termos do artigo 16, I e III, da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 aos cônjuges e companheiros dependentes do instituidor na pensão, que se encontram na mesma situação.

Pelo ideário da igualdade no plano concreto preconizado pelo princípio da seletividade e distributividade das prestações (parágrafo único do artigo 194 da CF/88), no modelo de proteção maior a quem mais necessite, tal distinção revela-se equivocada e discriminatória.

## 7. Considerações finais

O caráter alimentar e reparador da perda familiar conferida pelo benefício pensão por morte revela sua grande importância no contexto brasileiro. Justamente por isso, a análise desse benefício deve considerar a falta da renda do segurado ou segurada da previdência social, no contexto econômico familiar.

Por isso, o artigo traçou recorte do tema voltado à importância do benefício previdenciário pensão por morte e sua nova forma de cálculo,

conferida pela EC 103 de 2019, que reduziu sobremaneira o valor devido aos dependentes do instituidor do benefício pensão por morte.

A pensão por morte até a publicação da nova previdência correspondia à alíquota de 100% sobre a aposentadoria quando a pessoa que veio a falecer já fosse aposentada ou sobre a aposentadoria até então chamada por “invalidez”, que também era correspondente a 100% do salário-de-benefício.

A partir da Emenda Constitucional 103 de 2019, para óbitos ocorridos após 13 de novembro de 2019, o benefício pensão por morte, embora não possa ser inferior ao valor do salário-mínimo considerado na sua integralidade, será no importe de uma cota familiar de 50%, acrescida de cota individual de 10% para cada dependente do segurado ou segurada, até o valor máximo de 100%. Esta alíquota será aplicada sobre o valor da aposentadoria que o instituidor da pensão por morte recebia em vida ou sobre o valor da aposentadoria por incapacidade permanente, caso o mesmo não fosse aposentado.

A respeito, importa frisar que esta última, ou seja, aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez), teve modificação substancial na forma de cálculo também, com redução expressiva após advento da EC 103/2019, passando a ser de 60% da média aritmética contributiva simples a partir de 1.º de julho de 1994, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, em se tratando de homem e 15(quinze) anos de contribuição, em se tratando de mulher, quando vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (art. 26, §2.º, III, da EC 103/2019). Pelo ideal protetivo ao dependente inválido ou com deficiência (artigo 16 da Lei 8.213/91), a base de cálculo do benefício pensão por morte para essa categoria de dependentes

deveria ter como base 100% do salário-de-benefício, não se aplicando a nova forma de cálculo para a aposentadoria por incapacidade permanente.

Já no que se refere à alíquota aplicada, o artigo 23 da EC 103 de 2019 excepcionou no critério de cálculo da pensão por morte para dependente inválido ou com deficiência mental, intelectual ou grave, de forma a aplicar o percentual de 100% sobre *"a aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social"*.

Como se verifica, a base de cálculo do benefício pensão por morte será o mesmo para todos os dependentes, havendo distinção apenas no que tange à alíquota, entre dependentes com comprovada invalidez ou deficiência intelectual, mental ou grave em detrimento do cálculo quando não há dependente nestas condições.

Além das destacadas alterações na forma de cálculo do benefício pensão por morte, importa mencionar que outros impactos aos benefícios sobrevieram em decorrência da EC 103/2019.

A nova previdência trazida pela EC 103 de 2019 manteve a possibilidade de um dependente arrolado na 16 da Lei 8.213/91 acumular pensão por morte com aposentadoria. No entanto, essa acumulação sofrerá redutores para cônjuge e companheiro(a) ainda que o mesmo tenha invalidez ou deficiência nos termos do artigo 16 da Lei 8.213/91, quando os benefícios superem o valor do salário-mínimo vigente no País.

Isto decorre do artigo 24, §§1.º e 2.º da EC 103 de 2019, que trouxe critério de faixas redutoras para benefício superior ao salário-mínimo para cônjuge ou companheiro. Assim, será garantido o maior benefício entre aposentadoria e

pensão, sendo ao benefício de menor valor aplicado o novo cálculo com regras de redução por faixas salariais.

No entanto, tais faixas redutoras serão aplicadas apenas em relação a cônjuge e companheiro (a) ainda que inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, não sendo utilizadas em relação aos demais dependentes da pessoa instituidora da pensão por morte. Tal equívoco contraria a ideia de proteção e inclusão social ao dependente com invalidez ou deficiência, pois acaba por inserir no mesmo critério pessoas que se encontram em situação distinta, em virtude dos embaraços e objeções encontradas ao longo da vida e no mercado de trabalho.

Se a ideia é a de proteção social aos dependentes que encontram diversas barreiras e dificuldades ao longo da vida e no mercado de trabalho em virtude de uma deficiência ou até mesmo a interrupção da atividade laborativa em razão de uma invalidez, não parece correto, de acordo com os ideários constitucionais, a aplicação das faixas redutoras de benefícios acumulados de pensão com aposentadoria insertos no §2.º do artigo 24 da EC 103/2019.

Por certo, as faixas redutoras aplicadas em caso de acúmulo de benefícios quando um dos benefícios diz respeito à pensão por morte (art. 24, §2.º, EC 103/2019) - que por si só já contrariam a regra da contrapartida de maneira ampla (§5.º do artigo 195, CF/88) -, também contrariam o princípio da seletividade e da distributividade das prestações (artigo 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal de 1988), uma vez que os cônjuges e companheiros inválidos ou com deficiência mental e intelectual ou grave não estão no mesmo critério isonômico em relação ao cônjuge e companheiro(a) que não dispõem dessa condição.

Pelo viés da justiça social, o artigo 24 da Emenda Constitucional 103 de 2019 merece ser revisto no sentido de possibilitar aos dependentes objeto deste estudo a acumulação de aposentadoria e pensão sem aplicação de faixas redutoras, sob pena de aplicação em desconformidade com todo arcabouço legislativo brasileiro de proteção às pessoas (cônjuges, companheiros e companheiras) que não podem mais exercer atividade laborativa em virtude da invalidez ou que encontram diversas barreiras sociais e econômicas em razão de uma deficiência.

## 8. Referências

- BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed, Revista, Atualizada e Ampliada. Curitiba: Juruá, 2023.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 05.10.1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08/09/2024.
- \_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF 13.11.2019. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm)>. Acesso em: 07/09/2024.
- \_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06.05.1999. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/////decreto/D3048.htm](https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/////decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 07/09/2024.
- \_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto n. 99.350, de 27 de junho de 1990**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06.05.1999.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d99350.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99350.htm). Acesso em: 08/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21.12.1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em: 08/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto n. 6.939, de 18 de agosto de 2009**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 19.08.2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\*\\*\\*\\*\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/****_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm). Acesso em: 08/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26.08.2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\*\\*\\*\\*\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/****_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm) >. Acesso em: 08/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto n. 10.410, de 30 de junho de 2020**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1.º.07.2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10410.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10410.htm) >. Acesso em: 08/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25.10.1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm?=&undefined](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm?=&undefined). Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25.7.1991. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\*\\*\\*\\*LEIS/L8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/****LEIS/L8213cons.htm). Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 8.12.1993. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm)>. Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28.4.1995. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9032.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm)>. Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28.4.1995. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com)>. Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 12.470, de 31 de agosto de 2011**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1.º.9.2011. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm)>. Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7.7.2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm?msckid=e03ca915a93011eca55b7de3600188ab](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm?msckid=e03ca915a93011eca55b7de3600188ab)>. Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 340 do STJ**: Versão Resumida. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012\\_29\\_capSumula340.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula340.pdf)>. Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 146 do STJ**: Versão Resumida. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: <[file:///C:/Users/crist/Downloads/5327-19775-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/crist/Downloads/5327-19775-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Tema 41 do STF**: Versão Resumida. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2559017&numeroProcesso=563965&classeProcesso=RE&numeroTema=41>>. Acesso em: 25/08/2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 7051**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509629&ori=1>>. Acesso em: 08/09.2024.

\_\_\_\_\_. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. **Tema da TNU**. Versão Resumida. TNU, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-114>>. Acesso em: 07/09/2024.

\_\_\_\_\_. Portaria n. 450, de 3 de abril de 2020. **Portaria conjunta do Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6.4.2020. Disponível em: <<https://in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-450-de-3-de-abril-de-2020-251287830>>. Acesso em: 08/09/2024.

\_\_\_\_\_. Portaria n. 4, de 5 de março de 2020. **Portaria conjunta do Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6.4.2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-4-de-5-de-marco-de-2020-246503483>>. Acesso em: 08/09/2024.

\_\_\_\_\_. Portaria ME n. 424, de 29 de dezembro de 2020. **Portaria Ministério da Economia/Gabinete do Ministro**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30.12.2020. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-me-n-424-de-29-de-dezembro-de-2020-296880511?\\_ga=2.175809506.1745870321.1609694915-1665646218.1596118252](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-me-n-424-de-29-de-dezembro-de-2020-296880511?_ga=2.175809506.1745870321.1609694915-1665646218.1596118252)>. Acesso em: 08/09/2024.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **Curso prático de direito e processo previdenciário: reforma previdenciária** EC 103, de 12.11.2019. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MUSSI, Cristiane Miziara. **A alteração da natureza jurídica do benefício pensão por morte no regime geral de previdência social brasileiro com a reforma da previdência**. CERS/Revista científica disruptiva, volume I, número 3, jul-dez, 2019, pp. 4-25.

\_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 22, 23, 24 e 25 da Emenda Constitucional 103, publicada em 13.11.2019. *In*: BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula Oriola (coord.). **Comentários à Reforma da Previdência**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Coleção de Direito Previdenciário, v. 1, pp. 153-178.

\_\_\_\_\_; FERREIRA, Carlos Vinicius Ribeiro. Evolução ou retrocesso do benefício pensão por morte ao longo dos 30 anos do advento da lei 8.213/91? *in* PASSOS, Fabio Luiz dos, RUBIN, Fernando, TRICHES, Alexandre Schumacher, **30 anos de seguridade social no Brasil: Estudos alusivos aos 30 anos das Leis 8.212/91 e 8.213/91**, Curitiba, PR, IBDP, 2021. Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/wp-content/uploads/2021/10/Artigo-11-EVOLUCAO-OU-RETOCESSO-DO-BENEFICIO-PENSAO-POR-MORTE-AO-LOGO-DOS-30-ANOS-DO-ADVENTO-DA-LEI-8.213-91-Cristiane-Miziara-Mussi-e-Carlos-Vinicius-Ribeiro-Ferreira.pdf>, acesso em: 20/05/2024, pp.241-272

### Sobre a autora:

Doutora e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Multidisciplinar. Advogada. Autora de obras jurídicas; cristianemiziamussi@gmail.com.

**Como citar este artigo:****ABNT**

MUSSI, Cristiane Miziara. O direito à pensão por morte integral para dependentes com invalidez ou deficiência no Regime Geral de Previdência Social brasileiro. **Labuta**, v. 1, n. 2, p. 108-152, jul./dez. 2024.

**APA**

Mussi, C. M. (2024). O direito à pensão por morte integral para dependentes com invalidez ou deficiência no Regime Geral de Previdência Social brasileiro. *Labuta*, 1(2), 108-152.

## As Reclamações

### Constitucionais no Precedente

### 725 do Supremo Tribunal

### Federal

Ivan Simões Garcia

Instituição: Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro, Rio  
de Janeiro, RJ, Brasil



Recebido em: 24/9/2024

Aceito em: 1º/10/2024

#### RESUMO:

Este artigo aborda o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema 725 diante do fenômeno da “pejotização”, analisando a relevância dos precedentes judiciais e seu uso no caso de direitos trabalhistas, através das Reclamações Constitucionais. Examina-se a aplicação dos precedentes no Brasil e do instituto das Reclamações para analisar pesquisas sobre casos no STF que têm como paradigma o Tema 724 e a ADPF 324, geralmente questionando o vínculo empregatício e a competência da Justiça do Trabalho. Ademais, discute-se o impacto das Reclamações Constitucionais no bojo do processo de reforma do Direito do Trabalho, à luz da Constituição Federal.

#### ABSTRACT:

*This article addresses the precedent set by the Brazilian Supreme Court (STF) in Theme 725 regarding the phenomenon of “pejotização”, analyzing the relevance of judicial precedents and their use in the case of labor rights, through Constitutional Complaints. The application of precedents in Brazil and the Complaints institute are examined to analyze research on cases in the STF that have as a paradigm Theme 724 and ADPF 324, generally questioning the employment relationship and the jurisdiction of the Labor Court. Furthermore, the impact of Constitutional Complaints in the process of reforming Labor Law, in light of the Federal Constitution, is discussed.*

#### PALAVRAS-CHAVE:

Precedentes judiciais; Tema 725; Supremo Tribunal Federal; Reclamações Constitucionais.

**KEYWORDS:**

Judicial precedents; Theme 725; Federal Supreme Court; Constitutional Complaints.

**1. Introdução**

O sistema jurídico brasileiro tem evoluído significativamente na utilização dos precedentes judiciais, especialmente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que buscou dar maior previsibilidade e segurança jurídica às decisões judiciais. Nesse contexto, os artigos 926 e 927 do CPC reforçam a importância de uniformizar a jurisprudência e observá-la de forma compulsória.

No entanto, antes de tudo, impõe-se desfazer uma confusão que paira na doutrina e alastra-se pela jurisprudência. Uma avaliação heurística dos dispositivos do CPC sobre os Precedentes está calcada em um equívoco: A de que o artigo 927, do CPC ensejaria um efeito vinculante quanto à obrigatoriedade do conteúdo dos precedentes para juízes e Tribunais.

De fato, desde o sistema do *Common Law*, há um constrangimento de observância dos precedentes, um dever por parte dos magistrados. Mas se trata do dever de interpretar, conquanto que de forma criativa, levando em consideração as interpretações anteriores, devendo criar a melhor interpretação possível como se não fosse obra de um único julgador, parafraseando a ideia do “romance em cadeia”, na obra “Império do Direito” (Dworkin, 2007, p. 276). O julgador pode acrescentar novas leituras, novas perspectivas, mas deve levar em conta o conjunto de interpretações anteriores, ajustando as inovações ao que fora produzido (Dworkin, 2007, p. 278).

Assim, como premissa, estabelecemos que o dever de “observar”, do artigo 927, CPC, refere-se a considerar os fundamentos dos precedentes, levar em

conta seus argumentos de princípio dos precedentes, na construção de uma nova decisão judicial.

É esse diálogo com os argumentos das decisões anteriores que a Lei impõe. E não a mera reprodução mecânica do conteúdo do precedente, como se os juízes e Tribunais fossem meros autômatos, vinculados cegamente à **auctoritas** das Cortes superiores (Streck, 2024, p. 36).

Apresenta-se essa questão preliminar para retirar qualquer debate sobre o tema do campo em que pululam teses sobre juízes insubmissos ou Tribunais insurretos que por isso seriam responsáveis pela demora da prestação jurisdicional ou insegurança jurídica<sup>8</sup>.

## 2. “Pejotização” e Fraude ao Vínculo Empregatício

As formas de organização produtiva propostas para superar a crise capitalista a partir dos anos 1980, promovem também uma mudança no que se refere à gestão do trabalho, ganhando fôlego a busca por formas mais fugazes e precárias de prestação laboral, num contexto em que ganha relevância a flexibilização ou desregulamentação do direito do trabalho.

A partir dos anos 1990, verificou-se no Brasil um protagonismo de uma vertente neoliberal na política e na economia, no qual se reproduz com mais força um discurso que defende que a CLT e as garantias dos trabalhadores consagradas desde os anos 1930 estariam ultrapassadas, defendendo-se a necessidade de “modernizar” as leis trabalhistas, empregando-se, dentre outros meios, a constituição de novas formas jurídicas de regulação das relações de

---

<sup>8</sup> Há quem confunda segurança jurídica com segurança pública. E há os que entendem que para ambos os problemas, a solução está na pura coerção.

---

trabalho e se materializam em disposições legais que consagram desde os contratos temporários, uso de cooperativas até o estabelecimento de um marco regulatório que permite a ampla difusão da terceirização.

Nesse contexto político e social, reformas da legislação na década de noventa do século passado e início dos anos dois mil, instituíram mudanças nas leis trabalhistas e previdenciárias seguindo esta lógica de diminuição dos custos dos encargos sociais, muitas vezes em prejuízo às garantias da ordem constitucional vigente, cumprindo, no âmbito trabalhista mencionar a regulação legal da participação nos lucros e resultados desvinculada de quaisquer reflexos no plexo salarial a partir da Medida Provisória 794/1994, a previsão das cooperativas profissionais previstas na Lei 8.949/1994, entidades usadas muitas vezes para a fraudes trabalhistas, a lei do trabalho por prazo determinado, “provisório” (Lei 9.601/1998), que também instituiu o Banco de Horas.

E é precisamente nesse contexto que além das remodelações em institutos laborais são disseminadas novas fraudes no mercado de trabalho com vistas a atender a uma suposta necessidade de redução de direitos e, por via de consequência, tais ardis lançados pelos tomadores de serviços acabam sendo apreciados pelas Cortes trabalhistas. Esse é o panorama de origem da “pejotização”, também referida como “pjotização” ou “personificação por encomenda”, uma fraude que, por consagrada na prática do mercado de trabalho, é nomeada com distinção no âmbito da doutrina e da jurisprudência trabalhistas na senda do demonstrado por Luz (2023, p.64).

Tal prática designa o fenômeno no qual uma pessoa natural formaliza uma personalidade jurídica com o intuito de disponibilizar a um tomador sua mão de obra através de um contrato cível, comercial ou de qualquer outra

natureza, visando encobrir a prestação de serviços sob os pressupostos da relação de emprego.

A ideia é empreender uma tentativa de transmutar formalmente a natureza jurídica da relação laboral no intuito de minorar custos com a mão de obra, que vão desde garantias com o salário mínimo, horas extras, descansos semanais remunerados, férias com adicional constitucional, passando por verbas rescisórias até a encargos devidos pelo empregador sobre a folha de pagamento, como aponta Silva (2024, p. 64).

Inegável portanto, que tal prática afasta boa parte das garantias legais conferidas à relação empregatícia, precarizando as condições de trabalho e de vida daqueles que vendem a força de trabalho.

Tal prática fraudulenta, ganha força com a entrada em vigor da Lei 11.196/2005, que em seu artigo 1298, prevê a possibilidade de contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços de natureza artística, científica ou cultural, tendo esta prestação laboral intuito personalíssimo ou não.

Esta disposição legal foi utilizada em prol dos que defendiam um autorizativo legal destas contratações sem formação do liame empregatício, mesmo diante da verificação dos requisitos do artigo 3º da CLT<sup>9</sup>. E logo se defendeu esta mesma possibilidade para outros segmentos além daqueles previstos em lei, abrangendo serviços intelectuais, técnicos ou serviços predominantemente manuais na senda do apontado por Luz (2023, p. 64).

A jurisprudência das Cortes trabalhistas, entretanto, se consolidou em sentido diverso ao preconizado pelos defensores da vertente liberal,

---

<sup>9</sup> Tal dispositivo de lei foi objeto da Ação de declaração de constitucionalidade ADC 66, já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

---

considerando que o viés de irrenunciabilidade das normas de direito do trabalho obstaculizaria o reconhecimento de natureza civil ou comercial de relações desde que verificados os requisitos da subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade no caso concreto com base ainda no princípio da primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual a natureza jurídica de uma relação laboral não deflui propriamente da qualificação formalmente atribuída pelas partes, mas da verificação concreta das circunstâncias da prestação laboral.

Deste modo inegável a recorrência do tema, sendo certo também que o Judiciário, de maneira majoritária e histórica entende que o emprego da “pejotização” constitui uma forma de fraude a direitos trabalhistas, pois visa, simuladamente, operar modalidade de contratação de serviços de modo a ilidir com os encargos trabalhistas, previdenciários e tributários, como apontado por Francisco Neto e Bertolin (2015, p.157) e acordo com Pereira (2013, p. 7)

Na linha do apontado por Luz (2023, p. 74), até mesmo considerando a forma de tratamento da pejotização no âmbito do Judiciário, a reforma trabalhista empreendeu tentativa de instituir disposição no sentido de inviabilizar ou dificultar interpretações de que este seria um expediente fraudulento, tendo o art. 442-B da CLT, dando a entender que a natureza jurídica da relação, bastando haver formalização de contrato civil ou comercial, afastaria a possibilidade do Judiciário reconhecer a relação jurídica de tomador e prestador como empregatícia.

Tal interpretação, porém, ao se chocar contra os princípios da proteção e da primazia da realidade, não prevalece. Em verdade, o disposto no Art. 442-B estabelece apenas uma obviedade: A contratação do autônomo (autônomo de

verdade. Autônomo reconhecido pela primazia da realidade) afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º da CLT.

Embora se opere a partir de um mesmo mecanismo geral, a “pejotização” assume facetas diversas a depender do expediente específico utilizado para fraudar a relação empregatícia.

Por exemplo, talvez a mais difundida, se aplica aos mais diversos segmentos da atividade laboral e é conhecida como “pejotização” empregatícia, na qual, de acordo com Luz (2023, p. 63), os trabalhadores se ativam como pessoas subordinadas e são instados pelo tomador a constituir pessoa jurídica para intermediar o contrato de prestação de serviços, criando-se óbice formal ao reconhecimento do vínculo de emprego.

Desta forma, na “pejotização” empregatícia cria-se uma ficção da pessoa jurídica em que a remuneração do empregado se traveste de receita, vez que o trabalhador não detém o controle das prestações de serviços, é dependente do patrão camuflado de tomador de serviço, nem dos ganhos de capital.

O fato é que nestas condições fáticas, a lei, de forma cogente, impõe o vínculo empregatício.

Claro que nem toda contratação via pessoa jurídica é fraudulenta, mas caso presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, verificando o Judiciário as provas que o prestador do serviço trabalha de forma subordinada, sem autonomia, se está diante do vínculo empregatício.

Há ainda figuras como a da “pejotização” societária, de relevância nos precedentes do STF, que surge sobretudo nas sociedades simples e ficou conhecida como meio de precarização do trabalho de profissionais liberais,

sobretudo na advocacia. O Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) em seu artigo 15, § 10º prevê a figura do advogado associado, instituto que é regulado ainda pelo Conselho Federal da Ordem no Provimento 169/2015 o definindo como sendo aquele advogado que integra uma sociedade de advogados sem, todavia, subordinação, controle de jornada e, portanto, sem vínculo empregatício.

Ocorre que tal figura do contrato de associação, assim como o sócio sem poder de gestão que consta com um percentual muito diminuto do capital social passaram a ser empregadas no intuito de mascarar verdadeiras relações empregatícias, em que de fato, há o controle de jornada, a subordinação e os outros elementos do liame empregatício.

Assim, na fraude da “pejotização” societária, de acordo com as definições de Luz (2023, p. 70) não se constitui a pessoa jurídica titularizada pelo prestador de serviços, mas de algum modo se insere alguma figura jurídica que aproxima o prestador à personalidade jurídica do tomador, tal como um contrato de associação, ou inclui-se o trabalhador formalmente numa sociedade sem qualquer característica de sócio efetivo.

Assim, para Plá Rodriguez (2000. p. 339) salienta que o princípio da primazia da realidade significa que, “em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”,

E nesse sentido, prossegue para defender que “esse desajuste entre fatos e a forma pode ter diferentes procedências, dentre elas a que resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação.”

Além do princípio da primazia da realidade, parte relevante do tratamento dispensado à fraude da pejetização deflui de outro relevante princípio peculiar do direito do trabalho, o da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Segundo Godinho Delgado (2017, p. 143), a indisponibilidade traduz a impossibilidade do empregado de poder, por simples manifestação de vontade, renunciar às vantagens e proteções que a ordem jurídica e o contrato asseguram empregado, sendo que o aludido autor situa nesta indisponibilidade o maior elemento equalizador da desigualdade imanente aos sujeitos da relação e emprego.

Cumpram ressaltar que há autores como Nascimento (2011, p. 136) que designam tal princípio por princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, atribuindo-se, contudo, basicamente, o mesmo conteúdo material que se atribui ao princípio da indisponibilidade, na senda do que reconhece o próprio Delgado (2017, p.143), que adota este último termo por entendê-lo mais amplo, de modo a abarcar não só o ato unilateral da renúncia, mas também, por exemplo, o ato bilateral da transação.

Américo Plá Rodríguez defende que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos Trabalhistas está também diretamente ligado à noção de ordem pública, podendo ser considerado como forma de limitação da autonomia de vontade em nome de um interesse maior (2000, p. 144). O caráter imperativo das normas trabalhistas traduz o que o autor uruguaio designa por princípio da imperatividade das normas trabalhistas, que também tem aplicação no caso da análise da fraude da pejetização.

Tal opção de limitação da manifestação da vontade é que fornece substrato para a anulação do contrato simulado de natureza civil ou comercial no caso de “pejotização”, tratando-se de importante elemento para o tratamento judicial da aludida fraude no âmbito da construção jurisprudencial e teórica empreendida pela Justiça do Trabalho.

### 3. O “Sistema”<sup>10</sup> de Precedente no Brasil e o “leading case” do Tema 725 do STF e a ADPF 324

O precedente se refere a uma situação (decisão judicial) paradigmática que serve de modelo ou referência para outras situações similares no futuro.

Não existe uma caracterização conceitual simples e objetiva para um precedente se observamos sua origem no Direito anglo-saxônico. Os precedentes, ou *stare decisis*, decorrem de um longo processo de reiteração da jurisprudência, no qual o elemento vinculante – a *ratio decidendi* – é extraído, por meio de um processo de discussão da comunidade jurídica de parte da fundamentação da decisão, sendo excluída desta fundamentação aqueles argumentos que não é imprescindível para a solução do caso – a *obiter dicta*<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Lênio Streck (2016) objeta o uso indiscriminado da palavra “sistema” ao se referir aos precedentes do CPC de 2015, devendo se interpretar conforme a Constituição. Segundo o autor: “Nossa principal objeção ao uso performático do sistema-de-precedentes é que no Brasil, diversas vezes, sua utilização esconde o ovo da serpente. Parcela do pensamento processual civil entende que é possível resolver o problema de insegurança jurídica – que é, frise-se, um problema essencialmente qualitativo na prestação jurisdicional, conforme explicamos nos nossos Comentários ao CPC (Saraiva, 2016) – mediante a criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que a própria Constituição e a legislação que lhe é conforme vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo. E não o contrário.”

<sup>11</sup> Problema complexo, de renitente e de grande dificuldade é a separação do que compõe a *ratio*, e o que é *dictum*. Daí indagar como falar em precedentes no Brasil, se a suposta *ratio* já nasce como “tese” generalizante da Corte Superior, criada *a priori* para

Nos países que fazem parte da tradição do common law, o precedente jamais é imposto por lei, num sistema de vinculação que defina previamente que é precedente e menos ainda retira sua autoridade do tipo de tribunal que o profere. A obrigatoriedade do precedente não decorre de lei e nem se provê os julgados de força normativa que contradiga a lei. O que vincula no *common law* são os argumentos de. É daí que os precedentes tiram sua força, sua autoridade, conformando a integridade em oposição a qualquer tese utilitarista de eficiência princípio (Dworkin, 2007, pp. 271 e ss.).

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova perspectiva para o uso de precedentes no Brasil, estipulando que os tribunais devem manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926), além de observarem os precedentes obrigatórios, incluindo decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, e acórdãos proferidos em julgamentos de recursos repetitivos (art. 927).

A adoção dos precedentes obrigatórios, segundo seus defensores, visa conferir uniformidade e segurança jurídica ao ordenamento, obrigando os tribunais a seguirem decisões prévias de casos semelhantes. Contudo, diferentemente do Common Law, no qual o sistema de precedentes é rígido e segue a lógica do *stare decisis*, no Brasil a aplicação dos precedentes é mais flexível e adaptável ao caso concreto, permitindo revisões e distinções.

---

se lançar com força vinculante (Streck, 2020(a), p.351). Para Sivoletta (2021, p.55), enquanto nos EUA a tese exposta, minimalista, traz preocupação em delimitar os fatos atrelados à *ratio decidendi*, a fim de bem distanciá-la dos elementos não determinantes da decisão (*obiter dicta*), no Brasil a abordagem maximalista do Supremo acaba suscitando menor clareza em relação aos elementos periféricos do precedente. A ideia é: se há várias razões independentes a sustentarem um precedente, significa que só existe *obiter dicta*, pois nenhuma delas seria necessária para decisão.

---

Assim, o suposto “sistema” de precedentes judiciais foi introduzido a sistemática dos precedentes julgados em sede de repetitivos (incluída pela Lei n. 11.672/2008 para os julgamentos de competência do STJ) e dos julgados em repercussão geral (incluída pela Lei n. 11.418/2006, para os julgamentos de competência do STF).

O Código de Processo Civil de 2015 passou a estipular a sua observância obrigatória. Conforme Streck (2020, p. 54), a introdução dos precedentes no Brasil visa um equilíbrio entre segurança jurídica e justiça individual, reconhecendo que o direito não é estático e deve acompanhar as mudanças sociais. Marinoni (2018, p. 78) aponta que a função dos precedentes no Brasil é conferir racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais, sem engessar o processo de interpretação jurídica.

Com o propósito de materializar o princípio da segurança jurídica, o CPC apresenta uma pretensa ordem entre as decisões judiciais que devem ser seguidas pelo juízo, ao emitir suas decisões, conforme dispõe o art. 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

(...) § 5º - Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Parte da doutrina processual indica que tal dispositivo promoveu no Brasil a aproximação entre o nosso sistema *civil law* com o sistema do *common law*. Além disso, atribui às diversas ordens de decisões do artigo 927, do CPC, o efeito “a priori” de precedentes vinculantes. É preciso entender isso melhor.

Primeiramente, Código parece atribuir primazia às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, em virtude de seu efeito vinculante e “erga omnes”, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Assim também as Súmulas Vinculantes do STF, nos termos do Art. 103-A da carta Política de 1988.

Após, viriam as Súmulas Vinculantes do STF, e, em seguida, os acórdãos julgados em Incidente de Assunção de Competência (IACs) ou os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDRs), que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes. Aqui também se encontram os acórdãos repetitivos em sede de Recursos Especiais e Recursos Extraordinários.

Finalmente foram colocados os enunciados das súmulas (até então meramente persuasivas) do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. O legislador escolheu situar as próprias súmulas do STF e STJ em posição hierarquicamente inferior aos julgados em incidentes de recursos repetitivos.

Consequentemente, precedente repetitivo (ou precedente de observância obrigatória) é aquele que sintetiza a decisão de um tribunal acerca um grupo de recursos que tenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em

idêntica questão de direito e que são atribuídos repercussão geral a seus julgamentos.

A adoção dos precedentes julgados em sede de recursos repetitivos objetiva concretizar os princípios da celeridade processual, isonomia e segurança jurídica, corolários de processo civil pátrio.

Ora, quando houver multiplicidade de recursos (especiais ou extraordinários) com fundamento em idêntica controvérsia, para evitar julgamentos conflitantes nos tribunais, o art. 1.036 do CPC determina que se suspenda a tramitação de todos os processos que versem sobre a matéria em todo o território nacional, sejam selecionados alguns casos que melhor representem a questão de direito que está sendo discutida e que sejam enviados tais caso ao STJ ou STF para decisão única, que deverá ser aplicada a todos os casos suspensos, nos termos de art. 1.039, CPC.

No entanto, é preciso destacar com Streck (2020(a)) que um precedente genuíno (um *stare decisis* do *common law*), não é criado com o propósito precípua de vincular. Ele obriga contingencialmente por conta da dimensão da integridade, logo, não nasce precedente, senão, se torna precedente. Parece que no Brasil (2016), o apego ao efeito vinculante virou um fetiche.

Já se atribuiu à súmula vinculante status superior ao da legislação e, com o CPC, estende-se essa “supremacia” à grande parcela das decisões dos tribunais superiores, ainda que historicamente haja uma confirmação de atuação, voluntarista, ativista e discricionária em boa (ou má) parte das manifestações dos tribunais superiores.

(...) Ademais, no Brasil a introdução do *sistema-de-precedentes* é conseqüência do pensamento de que o *stare decisis* seria a solução ideal para remediar o problema do grande número de litígios do Brasil, ignorando a própria complexidade que é inerente ao *stare decisis* e seu respectivo sistema genuíno de precedentes.

Aqui é preciso, portanto, questionar se o artigo 927, do CPC realmente criou um sistema de precedentes vinculantes<sup>12</sup>, entendidos como decisões que firmam orientações gerais, abstratas (teses) e obrigatórias para o futuro<sup>13</sup> (Marinoni et al., 2015, p.611).

Nem mesmo no sistema do *common law* os precedentes são para todo o futuro obrigatórios, pré-ordenando o sistema, inclusive substituindo e preterindo a lei.

Por sua vez, o artigo 489, do CPC, ao tratar dos elementos essenciais das decisões judiciais, dispõe que a decisão será considerada não fundamentada, quando trazer em seu bojo precedentes, em duas situações:

- i) se se limitar a invocar precedente sem identificar seus fundamentos e, mais do que isso, sem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos determinados no precedente ou;
- ii) deixar de seguir precedente invocado pela parte sem que promova a suficiente distinção entre o paradigma julgado pelo precedente e o caso concreto analisado.

Assim, o legislador não vinculou o julgador ao teor contido no precedente vinculante, mas gerou a obrigatoriedade de dialogar sobre as razões que fundamentam o precedente, e, na análise do caso concreto, promover a distinção em relação ao julgado-paradigma (*distinguishing*) ou comprovar que houve a superação daquele entendimento (*overruling*). Em outras palavras, não há de se falar em precedente vinculante (como acontece com as súmulas vinculantes emitidas pelo Supremo Tribunal Federal) mas não há de se negar a

---

<sup>12</sup> Como pretendem, dentre outros, Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015), além de Mello (2016).

<sup>13</sup> Salienta-se o RE 655.265/DF (tema 509, dje. 02.05.2019), de relatoria do Ministro Luiz Fux, como introdutor do *stare decisis* no Brasil (Mitidiero, 2020, p.28).

importância dada aos julgados que consolidam o entendimento de um determinado órgão colegiado sobre o assunto.

O fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode nos induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do common law o *stare decisis*.

De acordo com Streck (2016) o que o CPC de 2015, no artigo 927, faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC.

Na família do *common law* destacam-se nos EUA (Sivolella, 2021, p.50) os precedentes se formam a partir da *ratio decidendi*, corresponde à questão de direito ou o entendimento formado para decidir o caso.

Portanto, o que vincula: (i) não é o dispositivo da decisão (seu extrato ou súmula), mas as razões jurídicas que a fundamentam<sup>14</sup>; (ii) não formam uma “tese”, abstrata ou genérica, mas sempre atrelada a um caso concreto<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Saliente-se que nos EUA, os casos de exame pleno (*full consideration*) os juízes se reúnem e definem as questões jurídicas a serem tratadas e se posicionam em relação a elas. Havendo divergência, o Presidente (*Chief Justice*) ou o julgador mais antigo indicam quem redigirá a decisão. O juiz-redator deve integrar em seu voto o entendimento prevalecente, tanto em relação à solução do caso, como em relação às razões que o fundamentam. Somente se houver concordância da maioria em torno dessas últimas (*holding*) é que o julgado se converte em precedente (Mello, 2016, p.275).

<sup>15</sup> De novo justa é a lição de Streck e Abboud (2016): “Esse é outro risco do sistema-de-precedentes ao modo brasileiro, que parece ignorar ou antipatizar com o caso concreto em benefício do julgamento em abstrato de teses. A própria afirmativa de que tribunais superiores julgam teses merece maior reflexão e seus defensores deveriam,

Se por um lado, se constata (Mello, 2016, p.271), que no Brasil haja uma tendência a um considerável grau de generalidade dos precedentes conforme Sivolella destaca (2021, p. 54):

Tal assertiva contudo, chama a atenção para a necessidade de um aperfeiçoamento da visão tradicional quando se trata de precedente em matéria trabalhista. Em verdade, o certo grau de generalidade na exposição da *ratio* não se confunde com a ausência de ligação do elemento com as premissas fáticas do caso concreto, mas se refere (...) mesmo nos Estados Unidos, a preocupação da definição de uma regra que se mostre aplicável não só àquele caso concreto, mas os princípios que os compõem, retirados de casos análogos.

Acresce que não só a Constituição ou a legislação em nenhum momento converteu as Cortes superiores em tribunais que produzam “teses” em abstrato, voluntarismo que amiúde se desdobra em utilitarismos funcionalistas (Streck, 2024, pp.17-19), como também tal irracionalidade é agravada pela falta de critério na composição majoritária dos acórdãos no STF, em que as decisões acabam se traduzindo, extensas e fragmentadas, numa falta de delimitação com clareza do seu conteúdo vinculante (Sivolella, 2021, p.55).

Após tais reflexões, cumpre introduzir essas proposições na seara trabalhista, já que se o que o CPC traz é um “sistema”, expande-se para todos os ramos do Direito.

Observa-se, contudo, peculiaridades na formação da jurisprudência trabalhista (Sivolella, 2021, pp. 115/117), no sentido de que a grande carga fática que permeia as lides trabalhistas, oriunda da própria natureza da relação de trabalho.

---

no mínimo, dizer em que democracias os tribunais superiores se apresentam como julgadores de teses independentemente do caso concreto.”

---

Portanto, ainda que seja vedado a tais recursos de natureza extraordinária na Justiça do Trabalho o reexame de fatos e provas, a característica de intensa carga fática presente em seus feitos se traduz em aspecto que traz contornos específicos a essa fase recursal, já que se traduz na conclusão imediata da importância da identificação da premissa fática no precedente e sua integração ou não ao seu núcleo vinculante, para fins de análise acerca da distinção ou aderência à decisão segundo premissas fáticas do caso concreto.

O paradigma em questão versa sobre terceirização e seu campo de aplicação, após a regulamentação dada pela Lei 13.467/2017, alteradora da Lei 6.019/1974.

O Tema 725 do STF foi fixado no caso líder Recurso Extraordinário nº 958.252<sup>16</sup>, com repercussão geral reconhecida, e decidiu sobre a terceirização em atividade-fim da empresa tomadora do serviço, firmando a seguinte tese:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Na mesma oportunidade (30.08.2018), o Pleno do STF julgou a ADPF 324, firmando a seguinte tese:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator

---

<sup>16</sup> O Recurso Extraordinário RE 958252/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, teve seu julgamento encerrado em 30.08.2018, e julgamento final de Embargos de Declaração em 29/11/2023.

---

esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

Resta claro que, se os referidos julgados podem ser considerados precedentes, impõe-se avaliar o seu âmbito de incidência.

Para tanto, cumpre verificar que no caso dos precedentes trabalhistas há uma necessidade inextrincável de identificar com precisão os elementos fáticos essencialmente ligados ao núcleo vinculante, à *ratio decidendi*. No dizer de Sivolella (2021, p. 253):

No campo trabalhista, pode-se dizer que a presença de questão fática ligada diretamente ao valor constitucional debatido é inerente à sua natureza. Mesmo o parâmetro contratual dos direitos trabalhistas não se mostra como elemento diferenciado da gama principiológica dos direitos sociais dos trabalhadores, mas ambos compõem uma mesma realidade, embora delimitada por diferentes aspectos.

Uma segunda consideração sobre o precedente é que no tema 725/ADPF 324 há elementos fáticos não previstos na tese fixada, quais sejam a presença dos requisitos do vínculo empregatício. A constatação da possibilidade jurídica de contratação de empresa terceirizada na atividade-fim da tomadora não afasta o elemento fático da fraude aos direitos decorrentes do liame empregatício (Sivolella, 2021, p.57). Porém, essa questão não fez parte da *ratio decidendi* da tese vinculante<sup>17</sup>.

O precedente utilizou em sua *ratio* presunções, fundamentos genéricos e princípios com relação apenas indireta aos elementos fáticos dos casos, podendo serem considerados muito mais próximos de *obiter dictum*.

---

<sup>17</sup> Sivolella (2021, p. 57) argumenta que eventual alargamento da *ratio* considerando os elementos desprezados poderia resultar tecnicamente inadequado em relação a métodos de distinção (nos casos em que restarem robustamente provadas a fraude e o vínculo de emprego).

A identificação dos casos sobre os quais incidem tais paradigmas, nos confrontaria com a necessidade de se encontrar a *ratio decidendi* dos precedentes, mas, desde logo é possível antecipar que se aplicam aos casos de terceirização.

Assim, importa caracterizar o que é terceirização.

No bojo da reestruturação produtiva<sup>18</sup> observa-se um processo de mudança no nível de desenvolvimento das forças produtivas alterando as formas de processo de produção e de trabalho, pelo incremento das novas tecnologias (telemática, informática e robótica) e pelo desenvolvimento de novas formas de organização e gestão da atividade produtiva (denominado acumulação flexível, modelo japonês, toyotismo ou pós-fordismo) que visam ampliar a competitividade com base mais na “qualidade”, do que na quantidade (Druck, 1999, p.102 e ss.).

De efeito, de um lado, verifica-se um intenso processo de automação, simplificação e padronização do trabalho, agora usando as ferramentas digitais que ampliam, por meio da “datificação” o controle do trabalhador e da produção. Por outro, a absorção de um conjunto de técnicas e métodos organizacionais (*just in time, kanban, QT, CCQ, cultura de qualidade, CEP*<sup>19</sup>).

---

<sup>18</sup> Conjunto de mudanças nas forças produtivas como resultado do esforço de recuperação dos níveis de acumulação de capital decaídos a partir da crise da segunda metade dos anos 1970.

<sup>19</sup> *Just in time*: as unidades fabris e produtivas enxutas que se voltam para a produção em nichos de consumo, com baixos estoques, porque sob demanda; *Kanban*: técnica de reposição de produtos a partir de um sistema de sinais que permite agilidade e eficiência na reposição; *CCQ*: circuitos de controle de qualidade parte das funções de comando, e controle são transferidos da gerência para os próprios trabalhadores ou para a maquinaria digital; *QT*: programa de qualidade total; *CEP*: Controle estatístico do processo.

Nesse ponto se inserem as mudanças na estrutura das empresas. As grandes unidades fabris, que embarcavam um gigantesco maquinário transitam para unidades enxutas com maquinaria de dimensões mais reduzida (mais automatizada com informática e robótica).

Isso ocorre por meio de técnicas como *downzing* e o *putting-out-system* ou ainda o *outsourcing*, com o intuito de flexibilizar as etapas da produção, permitindo que a inserção de maior especialização no processo produtivo da tomadora, incremente sua produtividade, a qualidade da produção e a competitividade<sup>20</sup>.

Terceirização é fenômeno que surge no campo da economia no qual uma empresa transfere a outra empresa, especializada<sup>21</sup>, parte ou uma etapa do seu processo de produção de bens ou serviços, transferindo também parte dos riscos

---

<sup>20</sup> E com isso, fragmente o processo de organização e mobilização dos trabalhadores.

<sup>21</sup> Para Carelli (2003, p.125), no Brasil ainda há uma distorção: ao invés de uma empresa especializada, com autonomia técnica e gerencial, verifica-se a mera intermediação de mão de obra, na qual, sem especialização e nenhuma autonomia, a empresa tomadora determina a provisão de trabalhadores, frequentemente designando o local, as funções de cada um, fornecendo os equipamentos e ferramentas, e ainda dirigindo e controlando os trabalhos. Terceirizar exige que a empresa preste serviço com capital suficiente para assumir os riscos do Para Carelli (2003, p.125), no Brasil ainda há uma distorção: ao invés de uma empresa especializada, com autonomia técnica e gerencial, verifica-se a mera intermediação de mão de obra, na qual, sem especialização e nenhuma autonomia, a empresa tomadora determina a provisão de trabalhadores, frequentemente designando o local, as funções de cada um, fornecendo os equipamentos e ferramentas, e ainda dirigindo e controlando os trabalhos. Terceirizar exige que a empresa preste serviço com capital suficiente para assumir os riscos do negócio, que tenha estrutura própria, que desloque seus empregados com material e ferramentas próprias e apresentando *know how* diferenciado no mercado concorrencial.

decorrentes de tais atividades, e liberando seu foco para seus fins principais, melhorando a eficiência<sup>22</sup>.

Neste sentido, a subcontratação de mão de obra é um efeito, mas estes trabalhadores estarão sempre subordinados à empresa terceirizada (prestadora de serviço)<sup>23</sup>, prestando serviço por conta alheia. “Mas o que realmente importa é que os trabalhadores se ligam efetivamente – até mesmo em termos psicológicos – à sua empregadora” (Viana, 2015, p. 56).

No trabalho por conta própria, o produto de seu trabalho pertence ao trabalhador do início ao fim do processo produtivo, o alienando apenas ao final, por meio da venda deste produto. Quando estamos falando dessa relação no plano da conexão entre duas empresas (pessoas jurídicas) temos ou o trabalho autônomo individual, ou a autonomia interempresarial do grupo econômico<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Fosse esse o fundamento real da terceirização, a reforma trabalhista não teria sido o resultado de uma luta incontida do capital de estender a terceirização para quaisquer atividades da empresa tomadora, inclusive fim (Viana, 2015, p.55).

<sup>23</sup> Marcio Tulio Viana separa a terceirização “interna”, quando a empresa traz trabalhadores para dentro de si para desempenhar uma atividade que não tenha mais interesse em produzir (v.g. serviços de limpeza, segurança, contabilidade ou jurídico); e “externa”, quando joga para fora os trabalhadores, mas também uma ou várias etapas do seu ciclo produtivo (Viana, 2015, p. 16). É a terceirização de um serviço ou atividade interna da empresa (v.g. o que ocorre na indústria automobilística, cuja produção está cada vez mais diluída em redes e cadeias globais). De outra parte, a terceirização “interna” se aproxima do trabalho por conta alheia, já que a se apropria do trabalho dos terceirizados de modo muito parecido dos seus próprios empregados. Ela parece invocar a Súmula 331 e a Lei 6019/74, reformada pela Lei 13.467/17. Já a terceirização “externa” lembra o trabalho por conta própria, pois interessa a produção de um bem pronto, ligando-se mais à regulação do grupo econômico trabalhista, do artigo 2º, § 2º, da CLT (Viana, 2015, p. 20).

<sup>24</sup> São partícipes de um mesmo processo de geração de valor. Segundo Viana (2015, p. 52); “É que para a grande empresa, não é fácil sonegar direitos abertamente. (...) além das multas pode causar escândalo, arranhando sua imagem. Já a pequena empresa, a par de ser menos visível, não tem as mesmas preocupações, até porque prefere viver nas sombras. Assim, a primeira usa a segunda para extrair *mais-valia*. Em outras palavras, o que a grande não pode fazer, a pequena faz por ela: paga pouco, sonega direitos, usa

(em formas jurídicas diferentes). A “pejotização” ocorre justamente quando se intenta camuflar ilicitamente a relação de emprego com uma dessas formas jurídicas.

O que parece absurdo é a empresa adquirir não o produto feito ou a empreitada por fazer, mas os trabalhadores de outra, e para um trabalho constante, integrado à sua estrutura, que lhe caberia – até por definição – executar. E menos ainda quando se trata de sua atividade-fim, ou seja, a razão que explica a sua própria inserção no mercado. (Viana, 2015, p. 56)

Já no trabalho por conta alheia, o produto, ao ser produzido, passa imediatamente para as mãos do empresário. Aqui, o serviço prestado pelo empregado da terceirizada se aproxima do modelo por conta alheia, na terceirização: Temos uma relação entre uma empresa tomadora e outra prestadora de um serviço especializado, de modo que se constata maior integração da atividade dos trabalhadores terceirizados nas atividades da empresa (delegadas juridicamente pela tomadora para a empresa prestadora de serviço).

Não se admite, por conseguinte, a generalização da terceirização para qualquer prestação de serviço unipessoal autônomo (como por exemplo, o realizado por profissionais liberais) ou cooperativo (coletividade autônoma). Não basta, pois, a mera formalização contratual entre duas pessoas jurídicas para caracterizar a terceirização, sendo necessário um conteúdo específico.

O tema de repercussão geral 725 a ADPF 324, portanto, devem ser observados de acordo com sua fundamentação e com a fundamentação dos casos que formaram o precedente, ou seja, casos de terceirização.

---

máquinas velhas e perigosas, ignora normas de prevenção de acidentes. E isso, naturalmente, barateia os contratos: gastando menos, a pequena pode cobrar da grande um preço menor pelas peças que fabrica.”

---

## 4. Reclamações Constitucionais e a Pejotização

Desde a Constituição de 1891 se estabeleceu um grande conjunto de atribuições ao Poder Judiciário, revelando um verdadeiro processo de ocupação do proscênio na tarefa de construção da cidadania, através da concretização dos Direitos Fundamentais que culmina na Constituição de 1988.

No entanto, ao menos inicialmente, não havia mecanismos efetivos de poder para o STF fazer valer suas decisões, devendo valer-se da reiteração para que as instâncias inferiores adotassem tal orientação. Atualmente, o STF, ganhando paulatinamente atribuições e competências, tornou-se extremamente poderoso, especialmente após a E.C. 45/2004.

Com a Reforma Trabalhista, a falta de “autoridade” das decisões do STF (forma de articular suas posições junto aos jurisdicionados, argumentativamente calcado na legitimidade constitucional) vem exacerbando o exercício do poder pela coerção sobre os jurisdicionados e sobre a Justiça do Trabalho.

Nesse passo, as Reclamações Constitucionais têm sido um instrumento importante para garantir a observância dos precedentes no STF.

Sua origem consta da jurisprudência do STF (1952)<sup>25</sup>, passando a ser regulamentada em seu Regimento Interno (1957)<sup>26</sup>, que desenhou inicialmente procedimento como recurso, embora com caráter disciplinar e correccional e

---

<sup>25</sup> Mitidiero aponta como uma das primeiras referências dessa origem o aresto *Meirelhes Cintra vs. Flaury Meirelles* (STF, Pleno, Primeira Reclamação n. 141\SP. Rel. Min. Rocha Lagoa. j. 25.01.1952). In: MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022, p. 20.

<sup>26</sup> De acordo com Mitidiero, inserção do capítulo V-A ao Título III, aprovada pelo Pleno do STF em 02.10.1957. Idem *ibidem*, p.23.

função corregedora. Posteriormente, ganha caráter jurisdicional (1984)<sup>27</sup>, pouco importando sua qualificação como "recurso, ação ou medida processual excepcional" (DANTAS, 2000, p. 229).

Entretanto, o uso da Reclamação foi reconhecido pelo artigo 102, I, "I", da Constituição<sup>28</sup>, e ampliado pelas Leis da ADI e ADC (9.868/99) e da DPF (9.882/99), para tutela das ações em controle concentrado, no que Mitidiero marca como primeiro passo do processo de transformação das nossas Cortes Supremas. De acordo com o dispositivo:

**"Lei 9.868/1999 Art. 28. (...)**

**Parágrafo único.** A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

**"Lei 9.882/1999**

**Art. 13** Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno."

Com a Reforma do Judiciário levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reclamação Constitucional passou também a ser usada para as Súmulas Vinculantes (art. 103-A, §3º, CF e Lei 11.417/06). Aqui se fixa o segundo passo no processo de transformação das reclamações constitucionais.

Com efeito, a Reclamação Constitucional surge como garantia da autoridade do julgador. O STF sempre a situou como instrumento de tutela da

---

<sup>27</sup> STF, Representação 1092/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 31.10.1984.

<sup>28</sup> Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) I – processar e julgar, originalmente: (...) "I" – a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões".

decisão do caso. Inclusive, em 2010, o pleno decidiu que não caberia Reclamação para impugnar decisão que viola um Precedente<sup>29</sup>.

Porém, o CPC de 2015 reverteu esse entendimento nos artigos 927, 928 e 988, autorizando a Reclamação Constitucional para os Precedentes.

A Lei 13.256/2016 tornou expressa, a contrário senso do previsto no artigo 988, § 5º, a previsão de cabimento de reclamação em Recurso Extraordinário com repercussão geral ou repetitivo, desde que esgotadas as instâncias ordinárias.

Mais recentemente, após a reforma trabalhista de novembro de 2017, o STF tem julgado uma profusão de Reclamações Constitucionais contra decisões da Justiça do Trabalho que vem validando diversas formas de contratações de trabalho, diferentes da relação de emprego, inclusive em vários casos de “pejotização”. No entanto, Streck (2020, p. 132) critica o uso excessivo desse instrumento, alertando para o risco de sobrecarregar o STF e desvirtuar a função dos precedentes.

Segundo pesquisa de Olivia Pasqualetto, “Terceirização e pejotização no STF: análise das reclamações constitucionais”, da FGV São Paulo, houve um aumento significativo no uso de Reclamações envolvendo, refletindo o impacto e a aplicação prática desse precedente nas instâncias inferiores.

Das quase 7 mil reclamações constitucionais analisadas, destacou-se as 889 que foram julgadas em seu mérito, em 2023, das quais 841 possuíam decisões monocráticas e 14 acórdãos.

---

<sup>29</sup> Recl. 3014/SP. Rel. Min. Ayres Brito. j. 10.03.2010.

A pesquisa demonstra um crescimento vertiginoso das reclamações constitucionais em geral desde 2019, mais especificamente um crescimento relativo das reclamações sobre “pejotização” e terceirização<sup>30</sup>.

A análise feita pelas ferramentas de busca do site do STF entre o início até agosto de 2023, mostra que se as reclamações constitucionais em geral recebem julgamento monocrático entre 10 e 30 dias, as que versam sobre “pejotização” e terceirização são julgadas em média em um único dia!

As 841 decisões monocráticas que tratam dessa validação das novas formas contratuais (terceirização, responsabilidade subsidiária da Administração, “pejotização”, transportador autônomo, advogado sócio etc.) negando o empregatício, usam como parâmetro os mesmos precedentes<sup>31</sup>.

Mesmo que o STF se valha de outros parâmetros<sup>32</sup> para esses casos (por exemplo, ADC 16, ADC 48, Súmula Vinculante 10, ADI 3961 e 5625) o que se evidencia é que em todas as decisões monocráticas, as reclamações usaram como paradigma a ADPF 324 e o Tema 725 (RE 958252).

---

<sup>30</sup> “A partir de 2018 até 2020, observamos um segundo pico (que chega a 14,07%), o que pode ser decorrência da própria Reforma Trabalhista (que ampliou as possibilidades de terceirização também para a atividade principal da contratante), do julgamento da ADPF 324 e do Tema 725 de repercussão geral (que tratam da licitude de terceirização na atividade-fim) e da entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015.” (PASQUALETO, BARBOSA e FIOROTO, 2023, p.6).

<sup>31</sup> As partes ingressam em juízo para discutir outros assuntos, mas o STF insiste em usar o mesmo parâmetro. Idem ibidem, p.10.

<sup>32</sup> A ADC 16 trata da responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso de terceirização de serviços a depender de prova da culpa in vigilando e do descumprimento do dever de fiscalização. A ADC 48 versa sobre o transporte autônomo de carga (Lei 11.442/2007) envolviam uma discussão a respeito da aplicação do precedente da, na qual o STF reconheceu ser competência da Justiça Comum (e não da Justiça do Trabalho) a resolução de litígios relacionados a contratos de transportadores autônomos de carga.

De acordo com a pesquisa da FGV (Pasqualetto et al., 2023, p. 14): Em relação a autônomos (excluindo advogados e transportadores de carga), observamos que 54% das decisões não reconheceram a existência de vínculo empregatício, enquanto 44% negaram seguimento por motivos formais de ausência de aderência.

Quanto a causas versando especificamente sobre “pejotização”<sup>33</sup>, em 21% foi permitida (26% foram de casos de terceirização permitida), enquanto 52% foram negados o seguimento por motivos formais (dos quais 26% por falta de aderência<sup>34</sup>, 13% por trânsito em julgado anterior ao paradigma e 14% por negativa de sucedâneo recursal).

A pesquisa conclui que a discussão central se dá em torno do requisito da aderência, sendo esse o elemento em que há divergências, a exemplo do que ocorre nos casos de “pejotização”.

Com base no mesmo paradigma da ADPF 324, há duas análises muito distintas: Por um lado se considera praticamente a “pejotização” como uma espécie ou forma de terceirização. Se o trabalho do profissional autônomo, contratado por meio de pessoa jurídica se inserem nos objetivos finais do tomador (como no caso de um médico e um hospital), então estar-se-ia diante de uma terceirização.

---

<sup>33</sup> Idem, ibidem, p. 15.

<sup>34</sup> em 38% de todos os casos analisados foi negado seguimento por falta de aderência estrita. Destacam-se aqui os votos do Min. Edson Fachin, que, principalmente nos casos de “pejotização”, se levou em consideração como parâmetros os casos sobre terceirização e não “pejotização” propriamente dita. Posteriormente ao final da pesquisa (agosto de 2023), o min. Fachin muda seu posicionamento, para, ressaltando seu entendimento, acompanhar a maioria.

De outro lado, as decisões caminham para a distinção entre os casos de “pejotização” e os precedentes, eis que se constata a ausência de similitude entre a matéria nele debatida e aquela objeto do paradigma invocado. A decisão de reconhecimento do vínculo não se dá com fundamento na ilegalidade da terceirização da atividade fim, mas pela comprovação da constituição de pessoa jurídica como o escopo de fraudar a legislação trabalhista.

Em sentido semelhante, aponta a pesquisa feita pelo Núcleo de Trabalho além do Direito do Trabalho (NTADT) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, (Feliciano, 2023, *passim*), na Nota Técnica nº 03/2023, que analisou 300 reclamações constitucionais, estudando a competência da Justiça do Trabalho para reconhecendo os elementos da fraude, art. 9º da CLT, declarar vínculo empregatício, *ex vi* do art. 114 da Constituição.

De acordo com a pesquisa, além da ADPF 324 e do tema 725, a decisão da ADC 48<sup>35</sup> tem sido observado como paradigma principal<sup>36</sup> em julgados com o tema relativo à existência de vínculo empregatício em várias categorias de trabalhadores, para além dos abrangidos pela Lei 11.442/2007 (transportador autônomo de cargas).

---

<sup>35</sup> Que firmou a seguinte tese: “1 - A Lei nº 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 - O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei nº 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 - Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”, nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, em sessão do Pleno encerrada em 14.4.2020.

<sup>36</sup> FELICIANO et al. 2023, p. 110.

A Nota Técnica 03/23 destaca que o fundamento da decisão da Reclamação 56499/RJ, paradigma utilizado em outros julgados, afasta a aplicação do Princípio da Primazia da Realidade, em violação ao texto constitucional. Tal Princípio, no entanto, baliza o Direito do Trabalho e a verificação da ocorrência do vínculo de emprego ou de fraude (art. 9º. da CLT), orientando a coleta análise de fatos e provas, encaminhando para a Justiça do Trabalho a competência para sua apreciação<sup>37</sup>.

Além disso, observa-se nos casos que falta requisito de estrita aderência do caso ao precedente, necessário à admissão da reclamação constitucional, especialmente em processos em que se discute o reconhecimento de vínculo empregatício pela aplicação do artigo 3º da CLT, bem como a ocorrência de fraude, nos termos do art. 9º. da CLT<sup>38</sup>.

A pesquisa corrobora o entendimento de que nos casos de “pejotização” é necessária a verificação de fatos e provas para o enquadramento jurídico dos trabalhadores aos julgados paradigmas. A inextrincável vocação de atrelamento ao plano da realidade fática, que caracteriza o ramo juslaboral (materializado no Princípio da Primazia da Realidade) se constitui em óbice intransponível à admissibilidade de Reclamação Constitucional, a teor da Súmula 279 do STF.

A pesquisa da USP conclui que o afastamento da competência da Justiça do Trabalho para apreciar litígios decorrentes da relação de trabalho e de fraude tem consequências na precarização do meio ambiente de trabalho, fomentando o aumento de casos de condições análogas a de escravo e trabalho infantil, acarretando lesão à dignidade da pessoa trabalhadora<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Idem. Ibidem, p. 121.

<sup>38</sup> Idem. Ibidem, pp. 122 e 130.

<sup>39</sup> Idem. Ibidem, p.146.

Além disso, a reclamação constitucional não deve ser usada como sucedâneo recursal ou atalho processual para postular diretamente no STF a observância de precedente, por não ser substitutivo de recurso ou ação rescisória (Sivolella, 2021, p. 199).

Independente da natureza jurídica da reclamação constitucional, é inviável o reexame de fatos e provas, pelo caráter extraordinário que a reveste (Sivolella, 2021, p. 200). Na mesma esteira, é inadmissível reclamação se a decisão reclamada já transitou em jugado ou se, para garantir a observância de Recurso Extraordinário com repercussão geral ou repetitivo, não estiverem esgotadas todas as instâncias ordinárias (Art. 988, § 5º, CPC).

Tais requisitos que parecem óbvios, apresentam-se como um desafio nas reclamações constitucionais em matéria trabalhista, analisada nas pesquisas.

## **5. As Técnicas da Superação (Overruling) e Distinção (Distinguishing)**

Considera-se como superação ou overruling a mudança de entendimento de um tribunal acerca de tema jurídico anteriormente pacificado. Essa mudança jurisprudencial se dá (i) por alteração no ordenamento jurídico ou (ii) por evolução fática histórica. Quando o Tribunal profere decisão que não aplica a jurisprudência da Corte, porque o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam adequadamente à jurisprudência consolidada, ocorre a distinção ou o distinguishing.

Tanto o “overruling”, quanto o “distinguishing” são técnicas retiradas da tradição do *Common Law*, cujo sistema do precedente tem a riqueza assentada na fundamentação das decisões que sempre estão atreladas a um caso.

Impõe-se à argumentação o papel de aproximar ou afastar as razões contidas na fundamentação (*ratio decidendi*) desse caso (*leading case*) com relação a todos os outros que se pretenda alinhar ao precedente (*stare decisis*). Em outras palavras (Streck e Abboud, 2014, p. 70):

Ocorre que a riqueza do precedente no common law é justamente a problematização que permite a investigação histórica de sua *ratio decidendi* em relação ao caso a ser solucionado (DNA institucional e jurídico). Desse modo, se fosse possível transformar em enunciado assertórico a *ratio decidendi* das decisões por meio de súmulas, qual seria, então, a função do precedente? O precedente é trabalhado no common law justamente porque não é possível prescrutar sobre a *ratio decidendi* sem confrontá-la com a decisão judicial (precedente) em relação ao caso concreto a ser decidido. Ou seja, da mesma forma que a súmula vinculante não pode entificar o sentido interpretativo da lei para suas hipóteses de aplicação, ela também não pode pretender abstratamente indicar a *ratio decidendi* a ser utilizada para solução dos casos futuros.

No caso do precedente fixado no tema 725 e ADPF 324 revela-se caso de clara superação da jurisprudência, ensejada pela reforma trabalhista contida na Lei 13.467/2017. Porém, o overruling aparece tanto na mudança de postura do STF em relação à tradicional autocontenção da corte diante da matéria, nesse sentido validando e respeitando a competência especializada da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, o STF vem aplicando nessa profusão de Reclamações a técnica do overruling, contrariando os precedentes do ramo do Judiciário especializado – a Justiça do Trabalho – antes respeitada e convalidada pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, na esteira da doutrina do *stare decisis*, a pretendida superação praticada pelo STF no precedente do tema 725/ ADPF 324 bem como

nas reclamações que os utilizam como paradigma, não têm apresentado suficiente cumprimento do ônus argumentativo para o afastamento dos precedentes anteriores, na fundamentação de seus respectivos julgados, violando a regra do artigo 489, do CPC.

O STF não tem se desincumbido do seu dever, ao superar os precedentes da especializada trabalhista, de pagar o pedágio argumentativo, que será tanto maior, quanto maior a força do precedente (se reiteração de julgado de Turma, Pleno ou Súmula de Tribunais Regionais ou do Tribunal Superior do Trabalho)<sup>40</sup>.

Com efeito, em termos processuais o descumprimento desse ônus invalidaria por nulidade da decisão (art. 489, CPC) a pretensa tese superadora contida no tema 725/ADPF 324 especialmente nos casos de terceirização ilícita em virtude de constatação cabal do vínculo empregatício, quando então a matéria fática haveria de conduzir a formação da *ratio decidendi*.

Em outros termos, sem a argumentação que dialogue com as razões desta ampla e longa tradição jurídica laboral (seja do STF, seja da Justiça do Trabalho), a pretensa superação esvazia-se de autoridade legítima, podendo ser ignorado, pois a uniformidade estabilizadora e a consequente vinculação só possuem valor se o julgado respeitar a racionalidade do sistema (integridade e coerência), e, enquanto precedente, se respeitar a lógica de cada ramo ou setor do Direito (no caso, a tradição da área trabalhista).

---

<sup>40</sup> Note-se que em várias decisões das Reclamações pesquisadas, verifica-se o discurso de que a Justiça do Trabalho desrespeita a autoridade dos precedentes do STF. Trata-se de uma inversão. Em verdade ocorre justamente o oposto: foi o STF no seu precedente que promoveu um overruling sem respeitar a tradição da jurisprudência trabalhista, e, especificamente, o resultado de sua jurisdição quando declara o vínculo empregatício fundado em cognição exauriente.

Já a técnica do distinguishing é o resultado da operação lógica de promover a distinção entre um caso concreto e o caso que originou o precedente, impedindo a subordinação ao seu julgado. Por isso, antes de se aplicar um precedente deve-se verificar se há, ou não, pontos divergentes no cotejo entre ambos os casos. Constatada a distinção, não se aplica o precedente por falta de aderência estrita.

Sobre o tema, Didier (2016, p. 206) aduz que a distinção:

(...) consiste em uma técnica de confronto do suporte fático precedente com o da demanda a ser julgada, cujo resultado poderá: a) conduzir à aplicação do precedente no caso concreto, se as eventuais dissemelhanças entre os casos confrontados não forem consideradas relevantes o suficiente para o afastamento daquele, ou; b) impedir a aplicação do precedente, acaso as divergências fáticas entre os elementos contrastados apresentem grau de importância capaz de afastar a incidência daquele. Por distinguishing, se entende não apenas o método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também, o resultado desse confronto, quando constada diferença entre os elementos comparados.

Assim, é possível afastar a aplicação do precedente. Constatando a ausência de similaridade entre os casos, não há subsunção, o que autoriza o juiz a recusar o uso do precedente.

(...) identificar aquilo que adquire força de precedente a partir da decisão judicial é apenas uma parte do problema. A partir daí é preciso saber como trabalhar com os precedentes. É preciso compreender a 'dinâmica dos precedentes'. Em primeiro lugar, é preciso saber se um precedente é aplicável para a solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente,

recusando-lhe a aplicação é o caso de realizar uma distinção (distinguishing). (MARINONI et alii, 2015, p. 615).

No caso da distinção, não se está contrariando a obrigatoriedade da observância dos precedentes, mas é o contrário disso. A distinção é uma técnica que pressupõe o precedente, obrigando o julgador demonstrar argumentativamente que o caso em análise está fora do âmbito de aplicação do precedente.

Lembremos que também para o distinguishing, não basta ao magistrado mencionar ou apontar fatos distintos. Pelo disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República brasileira, bem como do parágrafo primeiro do artigo 489, do Código Processual Civil, é imprescindível que sejam apresentados argumentos razoáveis, adequados e necessários, a fim de demonstrar que se trata de uma distinção objetiva, que impede a aplicabilidade do precedente.

Portanto, a intensa carga fática presente nos feitos trabalhistas parece ter sido descurada nas reclamações constitucionais que tratam da pejetização com base no tema 725 e ADPF 324. Não se identifica com a clareza necessária a premissa fática no precedente e sua integração à sua *ratio decidendi* ou seu núcleo vinculante, mas à toda evidência as premissas fixadas na tese e na ADPF paradigmas em nada se aplicam nos diversos casos de “pejetização”, que tratam de hipóteses jurídicas completamente diferentes.

São, por isso, para fins de análise acerca da distinção, casos em que se verifica total ausência de aderência à decisão segundo premissas fáticas do caso concreto. As peculiaridades do caso concreto deverão ser, inclusive, alegadas pelo magistrado, como em uma espécie de limitação (distinguishing)

ao precedente, o que significa que se está a cumprir a norma contida no artigo 927, do CPC.

## 6. Considerações Finais

É inegável que o Código de Processo Civil de 2015 confere força e prevalência à sistemática dos precedentes, em especial aos recursos extraordinários repetitivos, do Supremo Tribunal Federal e sua preocupação com a segurança jurídica.

Porém, sobretudo após a prática das Cortes de vértice – e o especial exemplo das reclamações constitucionais calcados no Tema 725, do STF, em casos de pejotização – traz à tona a discussão sobre o que verdadeiramente pode ser considerado um precedente.

A atividade de aplicação do precedente é reconstrutiva, ou seja, não se está meramente replicando premissas normativas, mas reconstruindo dialogicamente a força argumentativa da *ratio decidendi* a ser utilizada na justificação do caso a ser julgado (Streck, 2024, p. 115). A rigor, de acordo com o *common law*, quem faz o precedente são os Tribunais subsequentes, que escolhem – contingencialmente, diante de um caso – aplicar a *ratio* de uma decisão proferida em caso pretérito.

Fica difícil, pois, com teses abstratas, ao alvedrio do que entendem as Cortes superiores, com pouca ou nenhuma consideração pela coerência e integridade do Direito e da jurisprudência, que se pretendem impor imperativamente, justificar a segurança jurídica. Todos concordam com a segurança jurídica, mas também com o fato de que ela será mais bem garantida, no nosso sistema do *civil law*, com as leis, por piores que sejam.

Ademais, torna-se cada vez mais nítida uma preocupação quantitativa dessas Cortes superiores, de gestão de números – o que é legítimo –, mas isso não significa descuidar da qualidade, da análise detida dos fundamentos do processo, no juízo de conformação dos arestos paradigma (precedente). É preciso restabelecer a imperatividade sim, mas do ônus argumentativo nas fundamentações dos julgados, a buscar coerência e integridade do sistema jurídico.

O desafio do sistema brasileiro reside em equilibrar a necessidade de estabilidade jurisprudencial com a flexibilidade para adaptar-se às especificidades dos casos concretos, preservando o dinamismo do Direito. O estudo das reclamações constitucionais, envolvendo o Tema 725 e a ADPF 324, evidencia tanto a relevância dos precedentes – como instituto emprestado do *common law*, quanto a necessidade de uma gestão criteriosa para evitar a sobrecarga do STF.

No entanto, a julgar o aumento, em proporção geométrica do número de reclamações constitucionais em geral e as que discutem os precedentes sobre terceirização, em particular, parece que entramos no pior dos mundos: ampliamos a sobrecarga do Supremo e vulneramos a segurança jurídica e a integridade do sistema.

No caso, o tanto no Tema 725, quanto na ADPF 324, a técnica da distinção é relevantíssima, e deve ser trazida para os casos de “pejotização”, para afastar a incidência dos precedentes, por clara inadequação, consideradas as peculiaridades de suporte fático da controvérsia.

Parece que o STF, em muitas dessas reclamações, abdicando da tarefa de ponderar, tem escolhido alguns princípios ou dispositivos para desprezar completamente outros princípios e sobretudo Direitos Fundamentais.

Nesse passo, se verifica um afastamento do STF, e, por vezes, uma insubordinação à Constituição, esvaziando perigosamente sua autoridade legítima. Resta, então à comunidade jurídica defender mais fortemente a Constituição e o modelo do Estado Democrático de Direito no qual está inscrita, e, efetivando o juramento que todos fizeram, reafirmar a coerência e integridade da jurisdição da Justiça do Trabalho, não como um ato de rebeldia às Cortes superiores, mas de lealdade constitucional.

## 7. Referências

BRANDÃO, Claudio. Precedentes e Jurisprudência: o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora RT, 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-AIRR: 1002009-66.2017.5.02.0057, Relator Min. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma Data de Julgamento: 23/08/2023, 1ª Turma, Data de Publicação: 25/08/2023 disponível em <https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2021&numProclnt=47870&dtaPublicacaoStr=25/08/2023%2007:00:00&nia=8171468>. Acesso em 04 ago. de 2024.

CALCINI, Ricardo; DE MORAES, Leandro Bocchi. STF x JT: vínculos de empregos na reclamação constitucional. Revista Consultor Jurídico, 26 out. 2023. Seção Área Trabalhista. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-26/pratica-trabalhista-stf-jt-vinculos-empr egos-reclamacao-constitucional/> Acesso em 09 jul. de 2024.

\_\_\_\_\_. STF e pejetização: qual será o futuro do Direito do Trabalho? Revista Consultor Jurídico, 28 mar. 2024. Seção Área Trabalhista. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-28/stf-e-a-pejetizacao-qual-sera-o-futuro-do-direito-do-trabalho/> . Acesso em 10 jul. de 2024.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho - 5. ed. - São Paulo: LTr, 2017. Edição do Kindle.

\_\_\_\_\_. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: Editora Juspodivum, 2016.

DRUCK, Maria da Graça. Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo do complexo petroquímico. São Paulo; Boitempo, 1999.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. ARIANO, Silvana Abramo Margherito. Nota Técnica relativa ao Convênio NTADT – ANAMATRA, N.º 3/2023.

FRANCISCO NETO, José Francisco S.; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Direito do Trabalho no Brasil de 1930 a 1946. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

LUZ, Nicholas Moura da. A “pejotização” como instrumento de precarização das relações de emprego. São Paulo: Dialética, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora RT, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHARDT, Sérgio Cruz. Novo Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. Vol. 2.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n.3, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes Judiciais: Direito Jurisprudencial e Uniformização de Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2000.

PASQUALETO, Olivia. A eficácia dos Precedentes do STF nas Reclamações Constitucionais. São Paulo: FGV, 2021.

PEREIRA, Leone. Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, João Francisco da. A pejotização e a jurisprudência dos tribunais. São Paulo: Mizuno, 2024.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. As Premissas Fáticas e o Precedente Trabalhista: Da razão eclética ao virtual law, a concretude objetiva segundo a teoria do fato constitucional. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. São Paulo: Editora RT, 2020.

\_\_\_\_\_. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020(a).

\_\_\_\_\_. Precedentes Judiciais e Hermenêutica. 5ª ed., São Paulo: JusPodivm, 2024.

STRECK, Lênio Luiz. ABOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC? Consultor Jurídico, coluna senso incomum de 18 de agosto de 2016.

<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc/>. Acesso em 18.09.2024.

VIANA, Márcio Túlio. Para Entender a Terceirização. São Paulo: LTr, 2015

### Sobre o autor:

Professor Associado de Direito do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito do Trabalho (PUC-SP). Doutor em Filosofia (UFRJ). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-RJ). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (PUC-RJ). Advogado. e-mail: professorivangarcia@gmail.com.

#### Como citar este artigo:

##### ABNT

GARCIA, Ivan Simões. As Reclamações Constitucionais no Precedente 725 do Supremo Tribunal Federal. **Labuta**, v. 1, n. 2, p. 153-193, jul./dez. 2024.

##### APA

Garcia, I. S. (2024). As Reclamações Constitucionais no Precedente 725 do Supremo Tribunal Federal. *Labuta*, 1(2), 153-193.

## Financiamento sindical no

## Brasil: dimensões

## sociojurídicas da

## representação coletiva

Sandro Lunard Nicoladeli

Instituição: Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil



Recebido em: 16/9/2024

Aceito em: 23/9/2024

### 1. Introdução

O ano de 2023 demarcou as efemérides dos 80 anos da CLT e 35 anos da Constituição Federal. Porém, apesar das indispensáveis comemorações pela longevidade do texto celetista e do vibrante projeto constitucional, neste mesmo ano, o país vivenciou o evento emblemático ocorrido no dia 8 de janeiro. Nesse triste capítulo da história contemporânea do Brasil, tentou-se golpear as instituições democráticas com a depredação dos prédios públicos, sede do Poder Executivo, Poder Legislativo e o prédio da Suprema Corte brasileira na capital da República.

---

<sup>1</sup>Síntese da conferência inaugural: "As contribuições assistenciais e o financiamento sindical" proferida no Congresso de Direito Coletivo do Trabalho, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho/ENAMAT, ocorrido no dia 06 de dezembro de 2023, no Tribunal Superior do Trabalho/TST.

<sup>2</sup>Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná/UFPR. Professor de Prática Trabalhista do Departamento de Prática Jurídica da UFPR. Especialista em Relações de Trabalho pela Universidad de Castilla-La Mancha (2011/2013) - Espanha. Especialista em Normas Internacionais do Trabalho e Liberdade Sindical pela Escola da Organização Internacional do Trabalho/OIT, em Turim-Itália. Consultor jurídico do movimento sindical brasileiro na Conferência Mundial da OIT nos anos de 2014, 2015 e 2019. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Comissão Especial de Direito Sindical do Conselho Federal da OAB. Autor e organizador de artigos e obras jurídicas em direito coletivo do trabalho e relações sindicais. Pesquisador do grupo Sindicalismo do UDF.

A destruição iniciada naquele segundo domingo de janeiro/2023 não começou nem terminou naquela data; simbolicamente, outros esvaziamentos e destruições têm sido paralela e sistematicamente operados ao longo dos últimos anos, especialmente em temas de regulação do trabalho. De tal sorte, exigindo do operador jurídico uma reflexão crítica sobre os fatos geradores destas inovadoras e temerosas iniciativas políticas de ataque aos institutos jurídicos laborais e suas instituições.

O momento é de reflexão, proteção e defesa dos direitos sociais, mas também de analisar a institucionalidade orbitante no entorno das relações de trabalho no Brasil. Dessa forma, torna-se urgente abordar a temática das instituições representativas do mundo do trabalho, no caso, a estrutura sindical brasileira e suas fontes de financiamento destinadas à manutenção das respectivas organizações laboral e patronal.

Antes, porém, é salutar rememorar sucintamente a construção e importância dos sindicatos no Brasil. O modelo sindical brasileiro é arquitetado e assentado, fundamentalmente, no entorno das relações de trabalho celetárias (laboral/patronal), sem prejuízo das expressões organizativas dos trabalhadores estatutários, autônomos e as peculiaridades do modelo organizativo no campo. Prova deste projeto nacional varguista é a institucionalidade historicamente constituída por uma Justiça Especializada do Trabalho, Ministério Público especializado em questões laborais, e um Ministério do Trabalho dotado de Auditoria com poderes fiscalizatórios.

No movimento pendular da história política brasileira, o pilar sindical, quando da assunção de governos autoritários, é, sempre, uma das primeiras vítimas atravessadas pela violência política e judicial com cassações ou intervenções. Mesmo em tempos democráticos, as políticas governamentais de

austeridade direcionam-se no sentido de desregular e flexibilizar os direitos sociais e trabalhistas existentes com o indisfarçável interesse de provocar colateralmente o enfraquecimento do poderio sindical.

Os sindicatos, portanto, representam uma instância da esfera pública própria da democracia representativa. Como foros de mediação social, aglutinam, ordenam e intermedeiam os interesses das categorias profissional e econômica. Segundo Mauricio Godinho Delgado, cumprem um papel importantíssimo de diálogo social e fortalecimento da cidadania<sup>41</sup> e, com isso, representam diques democráticos contra o pensamento extremista de direita.

## 2. Financiamento sindical no Brasil: características e assimetrias

Num recorte temporal mais recente, do ponto de vista do financiamento sindical, com a reforma laboral (lei 13467/2017) determinando a extinção, na prática, da obrigatoriedade da contribuição sindical prevista na CLT (art. 578) com os efeitos jurídicos devidamente sacramentados pelo julgamento no STF da Adin 5794, restou, parcialmente, aos sindicatos sua manutenção pela via originária das mensalidades associativas, derivadas do processo de afiliação a uma determinada entidade sindical, isso contando com os efeitos dos baixos índices nacionais de sindicalização. Nesse caso, - mensalidade associativa - possui origem obrigacional advindo de previsão estatutária, ou seja, é uma obrigação provinda do vínculo associativo previsto em seu documento constituinte fixado entre uma pessoa jurídica e seu representado (trabalhador ou

---

<sup>41</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. O Sindicalismo no Sistema Capitalista e na Democracia: papel estrutural. *In*: DELGADO, Mauricio Godinho{et al}. **Democracia, Sindicalismo e Justiça Social**. São Paulo. Editora Juspodivum.2022. p. 23-42.

empresário). Trata-se de nítida obrigação entre particulares e originada do espírito de cooperação, solidariedade ou classista interno de entidades.

Há um matiz orientativo desta hipótese de financiamento sindical, pois é uma realidade para o sindicalismo patronal, laboral, de organizações rurais e de servidores públicos. Portanto, é uma fonte originária e legítima no sistema de custeio sindical.

Desse modo, a mensalidade associativa permanece e subsiste nas práticas de toda e qualquer associação privada, inclusive os sindicatos, como forma de uma retribuição financeira mantenedora da instituição por meio de uma mensalidade, previamente definida nos estatutos, embora com limitada repercussão no orçamento sindical, vez que atravessado pelos baixos índices de adensamento sindical em nosso País<sup>42</sup>.

Por outro lado, o sistema de custeio sindical retributivo pela intermediação sindical na negociação coletiva (contribuição assistencial ou taxa negocial) constitui-se numa forma alternativa e consistente como fonte de custeio e, em muitos casos, decisiva para a sustentação financeira e manutenção das atividades sindicais, tratando-se de realidade muito determinante para as finanças do sindicalismo de trabalhadores urbanos, porém de relativa importância para o sindicalismo rural e inexistente, a princípio, para servidores

---

<sup>42</sup> Agência IBGE notícias. Taxa de sindicalização cai a 9,2% em 2022, menor nível da série. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37913-taxa-de-sindicalizacao-cai-a-9-2-em-2022-menor-nivel-da-serie>. Acesso em: 20 mar 24.

públicos, notadamente porque estes ainda não detêm a regulamentação própria ao direito à negociação coletiva<sup>43</sup>.

Do ponto de vista patronal, é possível afirmar, a partir da observação dos instrumentos coletivos, que o sindicalismo empresarial de base possui, em alguns casos, fonte de custeio a partir de sua intervenção no processo negocial, pois estes não são abrangidos pelo recebimento automático das verbas tributárias decorrente do repasse do “sistema S”.

De todo modo, é possível afirmar a existência de indisfarçável assimetria entre as fontes de custeio do sindicalismo patronal e laboral. Essa diferença reside nos repasses legais e convênios existentes derivados das receitas tributárias oriundas das contribuições do “sistema S” (SENAI, SESI, SENAR, SENAC, SESC, SEST, SENAT etc), cujo destino abrange, inicialmente, os órgãos de cúpula do sindicalismo patronal (confederações e federações por convênios)<sup>44</sup>.

O sistema de financiamento sindical, ou de sua eventual limitação e/ou debilitação, pode provocar desníveis e assimetrias, como, por exemplo, na defesa dos interesses categoriais, particularmente na defesa dos interesses de classe com capacidade de influenciar as decisões governamentais e/ou legislativas provocadas pelo legítimo processo democrático de lobby. Nesse sentido, destaca-se, o poder de influência dos interesses empresariais vocalizados por suas instituições sindicais patronais. Tal situação ocorre, em grande medida, por

---

<sup>43</sup> O Brasil consolidou a ratificação da Convenção 151 da OIT - Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública pelo Decreto 10.088/2019.

<sup>44</sup> Isso, curiosamente, não recebe apreciações de natureza teórica quanto ao eventual controle estatal representado pelos repasses de dinheiro público para instituições sindicais patronais privadas ou, ainda, de eventual rasgo interventivo estatal nas instituições sindicais como conceituado por Oscar Ermida Uriarte. In: URIARTE, Oscar Ermida. Intervenção e autonomia no direito coletivo do trabalho. In: NICOLADELI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira; FRIEDRICH, Tatyana Schella (Org.). O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais. São Paulo: LTr, p. 11-19, 2013.

sua gigantesca estruturação na capital federal financiada substancialmente por recursos advindos dos repasses do sistema S.

De todo modo, é assim que deve funcionar numa democracia, mas há e remanesce uma nítida assimetria em desfavor das entidades representativas dos trabalhadores, pois o Estado brasileiro segue financiando a atividade sindical empresarial de forma a desguarnecer o seu homólogo laboral, retirando-lhe o fundo público derivado da contribuição sindical obrigatória. Além disso, o próprio Estado-juiz atribuiu grande dificuldade para o custeio sindical, derivado das negociações coletivas, ao interpretar de modo restritivo o financiamento sindical suportado apenas pelos associados.

### **3. Inovações jurisprudenciais e resgates teóricos**

Historicamente, a legislação e a jurisprudência têm adotado papel restritivo no financiamento sindical, seja na vinculação, critérios e obrigatoriedade para contribuições sindicais. O tema do financiamento sindical levanta inúmeros debates sobre a qualidade da liberdade sindical, o conteúdo e limites da autonomia privada coletiva e aspectos de ordem do exercício das liberdades positiva e negativa.

De todo modo, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, alterou o entendimento sobre o financiamento sindical, agora nomeado e definido no Tema 935<sup>45</sup>. Aliás, tal reinterpretação resgata, em parte, os termos do conhecido Precedente Normativo 74 do TST<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> “É constitucional a instituição, por acordo ou convenção coletivos, de contribuições assistenciais a serem impostas a todos os empregados da categoria, ainda que não sindicalizados, desde que assegurado o direito de oposição.”

<sup>46</sup> “Subordina-se o desconto assistencial sindical à não-oposição do trabalhador, manifestada perante a empresa até 10 dias antes do primeiro pagamento reajustado.”

Dessa maneira, supera-se a jurisprudência até então restritiva do ponto de vista negocial e até interventiva na atividade sindical, visto que a ideia do negócio coletivo deve prevalecer na lógica das relações coletivas em detrimento, óbvio, do interesse individual ou particular. Ademais, assim define o texto constitucional ao definir o status adquirido pela negociação coletiva (art. 7º. XXVI), e, com algumas críticas, o amplo espaço negocial contido no bojo da reforma laboral de 2017. Assim sendo, resta superada a dicotomia entre liberdade positiva ou negativa, muito controvertida na jurisprudência e doutrina nacional.

A esse respeito, convém destacar uma classificação teorizada por Bobbio, a respeito de duas dimensões da liberdade, positiva e negativa, as quais repercutem na concepção acerca do exercício de direitos, sob um viés individual ou coletivo.<sup>47</sup> Segundo essa reflexão elaborada por Bobbio, a liberdade – enquanto categoria construída historicamente – na sua dimensão negativa está identificada com o indivíduo, enquanto na dimensão positiva é um atributo da coletividade.

No contexto latino-americano há um exagerado e desproporcional peso doutrinário acerca da dimensão negativa da liberdade sindical, conforme apontado por Uriarte:

Um atento observador estrangeiro, como Mario Grandi, manifestou sua surpresa ao constatar que nas leis sindicais latino-americanas, às vezes até nas Constituições, se amparava o aspecto negativo do direito de sindicalização. Salientou para a incompreensível preocupação por estabelecer um texto expresse e a nível não inferior que o da formulação do direito, o direito de não exercê-lo, quando essa possibilidade de não exercício existe

---

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 48-59.

em todos os direitos, sem que ninguém pense em proclamá-lo expressamente e garanti-lo.<sup>48</sup>

Liberdade e autonomia do indivíduo são elementos fulcrais para aquilo compreendido como liberdade sindical e autonomia privada coletiva, particularmente na formação da vontade coletiva para a celebração de negócios coletivos. Dessa forma, tudo a ser concretizado em nome desse pluralismo jurídico representado na liberdade negocial decorre da autonomia privada coletiva<sup>49</sup>, inclusive a hipótese extrema de reduzir salários, o que nesse caso deve ser vinculativo até aos trabalhadores representados no negócio coletivo os quais sequer eventualmente compareceram à assembleia referente a esse tema.

A questão elementar reside na seguinte controvérsia jurídica: o ato assemblear e, posterior, instrumento coletivo mandatário que autoriza reduzir o salário (bem jurídico elementar nas relações de trabalho!) permitiria invocar a liberdade negativa para se opor à validade e à eficácia das normas jurídicas flexibilizantes produzidas na negociação coletiva? Por outro lado, o que a diferenciaria se, no mesmo instrumento coletivo, existisse cláusula destinada ao financiamento sindical, com o direito de não ser abrangido por norma coletiva *erga omnes* invocando, para tanto, uma liberdade sindical negativa com força de exclusão de validade, vigência e eficácia desta norma coletiva?

---

<sup>48</sup> URIARTE, Oscar Ermida. Intervenção e autonomia no direito coletivo do trabalho. In: NICOLADELI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira; FRIEDRICH, Tatyana Schella (Org.). **O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais**. São Paulo: LTr, p. 11-19, 2013.

<sup>49</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas: pluralismo jurídico no direito do trabalho**. 4ª. Ed. Campinas/SP: Lacier Editora, 2023.

Nesta tormentosa controvérsia jurídica quanto à autonomia do cidadão-trabalhador, Barroso<sup>50</sup> define: “Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir”. Logo, não haverá igualdade, capacidade e, por conseguinte, autonomia individual do trabalhador, se esta for alicerçada num grau de assujeitamento atravessada por absoluta insegurança numa inexistente estabilidade da relação de trabalho, ou seja, sem qualquer garantia ou previsibilidade da manutenção do seu posto de trabalho e, por conseguinte, de sua subsistência.

Retome-se, então, o conceito de Bobbio<sup>51</sup>, o qual pontua: “A liberdade positiva é a liberdade coletiva comunitária, e a liberdade individual é a liberdade negativa” O encontro dessas liberdades teve a necessária modulação jurídica pela Suprema Corte com a revisão proposta no tema 935.

#### 4. A questão do Tema 935

A Suprema Corte decidiu que as contribuições assistenciais podem ser instituídas por acordo ou convenção coletiva, desde que seja garantido o direito de oposição para os empregados não sindicalizados. Essa tese foi fixada sem especificar momento, forma ou local no qual oposição pode ser manifestada, acarretando em possíveis interpretações e práticas variadas, muito embora o ministro Barroso tenha sinalizado a hipótese de o direito de oposição ser exercido na própria assembleia da categoria para definir as razões dessa decisão.

---

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 48-59.

Importante dizer que a lei das centrais sindicais (11648/2008) prevê uma forma de contribuição negocial. A reforma trabalhista (2017) fixou uma perspectiva bem mais restritiva para o financiamento sindical, agravada pela Medida Provisória (MP 873/2019), a qual tentava, na prática, inviabilizar a operacionalização para o recebimento das referidas contribuições aos sindicatos<sup>52</sup>.

Dessa maneira, a questão definida pelo Tema 935 já dispunha de melhor definição teórica apresentada por Maurício Godinho Delgado, com tratamento muito claro sobre o tema:

No que tange à contribuição sindical normativa (contribuição assistencial ou *cota de solidariedade*), trata-se de recolhimento aprovado em assembleia de trabalhadores e fixado no instrumento negocial coletivo celebrado (convenção coletiva do trabalho ou acordo coletivo do trabalho(...))<sup>53</sup>

Como afirmado no item anterior, na medida em que o sistema jurídico do país, decorrente da autonomia privada coletiva determina a automática aplicação a todos os trabalhadores de todas as vantagens obtidas no instrumento coletivo negociado, independentemente da filiação do trabalhador ao respectivo sindicato, é evidente que a *cota de solidariedade* (contribuição assistencial) deve ser paga por todos os trabalhadores beneficiários, em decorrência do fato específico da celebração do instrumento jurídico coletivo, sem ferir, realmente, o princípio da liberdade sindical.

---

<sup>52</sup> A MP, além de estabelecer algo mais restritivo, ainda que com consentimento individual, exigia a emissão de boletos para a cobrança de quaisquer contribuições, o que na prática a inviabilizaria. O texto era claro: “[A MP 873] Determina que a contribuição sindical será paga por meio de boleto bancário, após autorização expressa, individual e por escrito do trabalhador (BRASIL. Medida Provisória, de 1 de março de 2019). Felizmente, o parlamento brasileiro deixou que a medida perdesse sua vigência pelo decurso do tempo, impedindo, assim, seu ingresso definitivo na ordem jurídica.

<sup>53</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 297-298.

Entretanto, a jurisprudência do TST, com suporte no princípio da liberdade sindical negativa (art. 8º. V da CF), rejeitava a extensão da contribuição assistencial aos trabalhadores não filiados ao respectivo sindicato profissional. Como dito anteriormente, o respeito a abrangência de obrigações convencionalmente ajustadas, sem descurar da óbvia e prévia assembleia autorizativa para tal finalidade, por conseguinte, aceite e ajuste negocial com o ente sindical patronal para sua inserção no instrumento coletivo, em nada se confunde com o ato jurídico próprio e específico de afiliar-se a um ente sindical. Dito de outro modo, não há violação a liberdade sindical negativa ao exigir-se o cumprimento de obrigações contratuais sindicais existentes no instrumento coletivo. O trabalhador seguirá não filiado, porém não estará na cômoda condição de um destinatário da norma definido como “caroneiro” (aquele que se beneficia das vantagens mas, por outro lado, não arca com os ônus do negócio jurídico coletivo) pois terá de cumprir com obrigações financeiras decorrentes de instrumento coletivo para com o seu sindicato. Adotar modelo diferente do proposto no Tema 935, manterá o efeito colateral do inevitável enfraquecimento econômico das entidades sindicais laborais, potenciais beneficiárias das *cotas de solidariedade*.

(...) a restrição jurisprudencial à extensão aos não associados das contribuições assistenciais inscritas nas negociações coletivas trabalhistas (*cotas de solidariedade*) são fatores que têm concorrido, de maneira significativa, nas últimas décadas, para o enfraquecimento do sindicalismo de primeiro grau na realidade trabalhista do País.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 297-298.

Ressalte-se que tal posicionamento doutrinário guarda coerência com o histórico parecer do jurista Sepúlveda Pertence, no que diz respeito ao enfrentamento ao Precedente Normativo 119 do TST:

82. Assim como a orientação expressa na Súmula 666 do STF não decorre do princípio constitucional da livre associação e sindicalização, os artigos 5º, inciso XX, e 8º, inciso V, da Constituição, nada têm a ver com a questão da validade ou invalidade das cláusulas dos instrumentos coletivos que prescrevem o desconto da contribuição assistencial dos salários dos trabalhadores não sindicalizados, já que essas cláusulas evidentemente não implicam a sindicalização compulsória desses trabalhadores.

83. Nesse sentido, é patente que o PN 119 ofende os referidos dispositivos constitucionais, ao aplica os onde não deveriam incidir. (TRT 9ª. região, 2014)<sup>55</sup>

Outra questão importante para alteração do posicionamento do STF diz respeito ao reposicionamento institucional do Ministério Público do Trabalho (MPT) no tocante ao tema do custeio sindical. A atuação do MPT também evoluiu, partindo de uma atuação interventivo-repressiva para uma postura efetivamente promocional da liberdade sindical<sup>56</sup>.

A evolução do tema expressa-se em notas técnicas e diretrizes internas do MPT, reconhecendo a importância da autonomia privada coletiva na definição do financiamento sindical, desde que, obviamente, respeitado o direito de oposição dos trabalhadores.

---

<sup>55</sup> PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Parecer Acerca da Contribuição Assistencial nos Instrumentos de Negociação Coletiva do Trabalho - José Paulo Sepúlveda Pertence. *In Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 3, n. 71-89, p. jun. 2014. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/pagina.xhtml?secao=84&pagina=2014> Acesso em: 2 mar 2023.

<sup>56</sup> RODRIGUES, Jefferson. **Contribuição Assistencial: Guia Prático para Sindicalistas e Advogados na Defesa do Custeio Sindical no Brasil**. Niterói/RJ: Editora do Autor. 2024.

Nos últimos anos, o Ministério Público do Trabalho, como dito, reorientou seu posicionamento ao reconhecer a autonomia privada coletiva, particularmente no contexto pós-reforma laboral, com a edição da NOTA TÉCNICA nº 02, de 26 de outubro de 2018<sup>57</sup>, cujo conteúdo enfrenta a questão da autorização prévia e expressa para o desconto sindical.

37. Desta forma, a “autorização prévia e expressa” para desconto em folha da contribuição devida ao sindicato poderá ser tanto coletiva, quanto individual, nos termos deliberados em assembleia convocada pelo sindicato, assegurada a participação de todos os integrantes da categoria, associados ou não associados (CF, art. 8º, III e VI, e CLT, art. 462 e 611)<sup>58</sup>.

Ainda, quanto ao direito de oposição, fixou a seguinte diretiva para o movimento sindical e atuação dos membros do MPT:

38. A estipulação de contribuição em acordo ou convenção coletiva de trabalho deverá ser aprovada em assembleia legítima, representativa, democrática e regularmente convocada, assegurada a ampla participação de todos os integrantes da categoria, associados ou não ao sindicato, nos termos definidos pelo estatuto.

---

<sup>57</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Compêndio de orientações e notas técnicas da CONALIS**: deliberações do colegiado da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (CONALIS) do Ministério Público do Trabalho (MPT) com fundamentos e comentários. Brasília: MPT, 2021. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/orientacoes/compendio-atualizado-4a-versao/@@display-file/arquivo\\_pdf](chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/orientacoes/compendio-atualizado-4a-versao/@@display-file/arquivo_pdf) Acesso em: 20 mar 24.

<sup>58</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 24 mar 2024.

39. Deverá, ainda, ser fixada em valor razoável e assegurar aos não filiados o direito de oposição ao desconto.

40. O exercício do direito de oposição deverá ocorrer em prazo razoável à manifestação de vontade do trabalhador não associado.

Por fim, a Orientação nº 20 de 2022, aprovada na XXXV Reunião Nacional da CONALIS (05 de outubro de 2022), sinaliza uma nova atuação moderada e até uma “irrelevância social de atuação do Parquet” :

FINANCIAMENTO SINDICAL. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/ NEGOCIAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INTERESSE PATRIMONIAL. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE COLETIVO. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nas notícias de fato que versem sobre alcance subjetivo de cláusula de contribuição assistencial/negocial prevista em norma coletiva, prevalece o interesse da coletividade sobre eventuais interesses individuais ou plúrimos de não contribuição, revelando-se, no caso, interesse patrimonial disponível do (s) interessado (s), bem como, a princípio, irrelevância social de atuação do Parquet, devendo-se privilegiar a manifestação da coletividade de trabalhadores e trabalhadoras, exercida por meio da autonomia privada coletiva na assembleia que deliberou sobre o entabulamento da norma coletiva. (MPT, 2022)

Como destacado anteriormente, do ponto de vista histórico, o Supremo Tribunal Federal reformulou seu posicionamento partindo de uma postura restritiva acerca do sistema de financiamento sindical endereçado apenas aos trabalhadores sindicalizados, consubstanciada na Súmula 666 (contribuição confederativa), na súmula vinculante 40 (contribuição assistencial).

Agora, com a Tese 935, assegura-se a extensão da obrigação decorrente das vantagens do instrumento coletivo; por outro lado, todos os trabalhadores devem suportar o ônus pela atuação sindical na intervenção para defesa dos

seus interesses na celebração do instrumento coletivo com o pagamento da contribuição assistencial, a todos aqueles abrangidos pelo negócio jurídico coletivo, tendo ainda, adicionalmente, garantido o direito de oposição.

Como reflexão final, vale ressaltar, dentre outros embargos de declaração, particularmente, a peça ofertada pela Procuradora Geral da República no processo definidor do Tema 935, cujos conteúdo e alcance introduzem outras questões importantes a serem debatidas na comunidade sindical e juslaboral.

Na peça processual aclaratória, o órgão ministerial pede a modulação dos efeitos da decisão para permitir a cobrança da contribuição assistencial, apenas a partir da publicação da ata de julgamento. Outro aspecto explorado na peça processual diz respeito às práticas antissindicais empresariais, postulando, assim que o julgador defina as condutas proibidas ao empregador no sentido de interferir indevidamente na vontade dos trabalhadores, seja por estímulo ou desestímulo, particularmente no momento de exercício do direito de oposição à contribuição assistencial.

Para o contributo deste debate da repressão ao comportamento antissindical empresarial, o Comitê de Liberdade Sindical (CLS) adotou uma forma inovadora de distribuição de ônus da prova em suas investigações. Sobre essa necessidade de inversão do ônus da prova, embasada pela Recomendação n. 143 da OIT, Servais afirma:

A principal dificuldade está em oferecer – tanto diante de uma instância nacional como de um organismo internacional – a prova da natureza antissindical ou discriminatória da decisão tomada: é preciso, com efeito, estabelecer não um fato mas uma intenção, a de prejudicar a liberdade sindical no emprego. Se, por acaso, a atitude, a maneira de agir de um empregador constitui abertamente a confissão de uma intenção malevolente (por exemplo, se condiciona a concessão de uma vantagem à

renúncia a toda atividade sindical), o problema evidentemente é, muitas vezes, muito mais delicado. É por isso que o Comitê de Liberdade Sindical, citando, por exemplo, a Recomendação 143 da OIT, concernente aos representantes dos trabalhadores, sugeriu, entre os meios que permitem aos Estados lutar contra tais práticas, a inversão do ônus da prova, isto é, impor ao empregador provar a lisura da medida tomada.<sup>59</sup>

Em suma, embora o Tema 935 do STF tenha representado enorme mudança no contexto jurisprudencial acerca do financiamento sindical, com isso conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica aos instrumentos coletivos, ainda remanescem inúmeras questões procedimentais quanto ao modo, tempo e lugar para o exercício do direito de oposição, além da melhor definição dos contornos fáticos e jurídicos quanto aos limites do comportamento empresarial nesta temática cuja a definição estará por conta do TST no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 1000154-39.2024.5.00.0000.

## 5. Financiamento sindical no Brasil e o posicionamento oficial da Organização Internacional do Trabalho

A liberdade sindical, no âmbito internacional, foi sistematizada e normatizada pela OIT e, posteriormente, também por diversos outros tratados e declarações regionais como por exemplo: MERCOSUL e OEA. Desse modo, vários estudiosos desenvolveram conhecimentos relativos a essa temática, definindo, classificando e apresentando os contornos teóricos acerca dessa liberdade fundamental. A esse respeito, inclusive, Antonio Baylos Grau entende ser

---

<sup>59</sup> SERVAIS, Jean-Michel. **Elementos de direito internacional e comparado do trabalho**. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2001. p. 60.

---

impossível imaginar uma Constituição democrática sem que haja previsão do direito à liberdade sindical.<sup>60</sup>

Para Gino Giugni, o direito à liberdade sindical é um princípio, e se apresenta como um “direito público subjetivo”, impedindo ao Estado estabelecer “fins e formas organizativas da realidade sindical”. Ressalta, entretanto, que a liberdade sindical tem maior potencialidade de violação não nas relações entre as entidades sindicais e o Estado, mas entre os próprios sujeitos privados, ou seja, trabalhadores e empregadores.<sup>61</sup>

Sarthou acrescenta que essa liberdade deve vir acompanhada da garantia de outros direitos igualmente fundamentais, tais como as liberdades de integridade física e moral, de expressão e de reunião. Apresenta-se, portanto, a liberdade sindical de forma complexa, não possuindo máxima efetividade se não estiver acompanhada de outras liberdades civis e políticas.<sup>62</sup>

Finalmente, em virtude da adoção das Convenções nº 87 e nº 98<sup>63</sup>, da OIT, ambas regulatórias de aspectos concernentes à liberdade sindical, foram criados mais dois organismos para cuidar dessa temática: o Comitê de Liberdade Sindical e a Comissão de Investigação e Conciliação em Matéria de Liberdade de Associação,<sup>64</sup> com intuito de constituir um **sistema de controle especial**.

---

<sup>60</sup> GRAU, Antonio Baylos. **Sindicalismo y derecho sindical**. 5. ed. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2011. p. 09.

<sup>61</sup> GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. Tradução de Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991. p. 46-47.

<sup>62</sup> SARTHOU, Helios. **Trabajo, derecho y sociedad**. Estudios de derecho colectivo del trabajo. Tomo I. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2004. p. 22.

<sup>63</sup> Sem prejuízo da apreciação de violações às Convenções 135 – proteção aos representantes sindicais, 151 – direito de negociação coletiva dos servidores públicos e 154 – direito de negociação coletiva da OIT.

<sup>64</sup> GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 59.

O Comitê de Liberdade Sindical – CLS da OIT foi criado, em 1951, como um órgão submetido ao Conselho de Administração, cujo principal objetivo é ser um canal específico de monitoramento da liberdade sindical nos diversos países. Não é apenas uma instância de recebimento de denúncias, mas também tem a função de, eventualmente, desenvolver pesquisas e estudos sobre o assunto, além de visitar países para a elaboração de relatórios. O conjunto de decisões emitidas pelo CLS se encontra disponível para consulta, de modo sistematizado, no sítio eletrônico da OIT,<sup>65</sup> o qual ordena os casos relacionando-os com a prática antissindical e respectivos países envolvidos.

Na questão do custeio sindical, a doutrina da OIT, por meio das decisões do Comitê de Liberdade Sindical, está consolidada no sentido de reconhecer o financiamento sindical<sup>66</sup>, inclusive decorrente das negociações coletivas:

**700. Quando uma legislação aceita cláusulas de segurança sindical, como a dedução de contribuições sindicais de não afiliados que se beneficiam da contratação coletiva, tais cláusulas só deveriam se tornar efetivas por meio das convenções coletivas.** (Ver Recompilação de 2006, parágrafo 480; 290º relatório, caso nº 1612, parágrafo 27; 358º relatório, caso nº 2739, parágrafo 317; 364º relatório, caso nº 2739, parágrafo 332; e 371º relatório, caso nº 2963, parágrafo 235.)

**701. A questão do desconto de contribuições sindicais pelos empregadores e seu repasse para os sindicatos deve ser resolvida pela negociação coletiva** entre empregadores e sindicatos em geral, **sem obstáculos de natureza legislativa.** (Ver Recompilação de 2006, parágrafo 481; 363º relatório, caso nº 1865, parágrafo 122; e 371º relatório, caso nº 2713, parágrafo 878.)

---

<sup>65</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Casos sobre libertad sindical.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:20030:0::NO:::>>. Acesso em: 23 set. 2023.

<sup>66</sup> NICOLADELI, Sandro Lunard (org.). **Dicionário de direito sindical:** verbetes do Comitê e Liberdade Sindical da OIT. Belo Horizonte: RTM: Instituto Edésio Passos, 2022.

1295. **De acordo com os princípios da liberdade sindical, as convenções coletivas devem poder prever um sistema de dedução das contribuições sindicais, sem ingerência das autoridades.** (Ver Recompilação de 2006, parágrafo 916.

Pode-se, a *prima facie*, julgar tais considerações genéricas ou sem endereçamento ao caso brasileiro, porém, duas manifestações dos organismos de controle consistem numa clara dimensão de como a OIT observa o sistema de financiamento sindical no Brasil.

A primeira delas refere-se à denúncia formulada em face do Brasil perante o Comitê de Liberdade Sindical da OIT, em 2009. A denúncia, processada como caso 2739, enfrentava questões relacionadas ao Estado-juiz e arrolava os casos, dentre outros, referente as teses jurídicas contidas na Súmula 666 do STF, o Precedente Normativo 119 e a OJ 17 da SDC/TST. Para tanto, a denúncia alegava que o Estado Brasileiro ofendia a Convenção nº 98 da OIT na questão das negociações coletivas. O argumento era de que, ao impedir o financiamento sindical para todos aqueles abrangidos pela norma coletiva, estar-se-ia cometendo uma inconveniência, e esse foi o entendimento do CLS em seu informe final sobre o tema:

332.(...) Relativamente à questão das deduções salariais previstas em convenção coletiva aplicáveis aos trabalhadores não filiados que beneficiam da gestão sindical, a Comissão recorda mais uma vez que **quando a legislação aceita cláusulas de segurança sindical com a dedução da contribuição sindical aos não filiados que se beneficiam da negociação coletiva, tais cláusulas só devem ser efetivadas através de acordos coletivos** (...). O Comitê lembra mais uma vez ao Governo que pode recorrer à assistência técnica da OIT para procurar soluções satisfatórias para todas as

partes e que estejam de acordo com os princípios da liberdade sindical. (tradução do autor) (grifo nosso) <sup>67</sup>

Essa é a justa e coerente expressão da autonomia privada coletiva, ou seja, os interessados ajustam as condições gerais e específicas nas relações sindicais e inclusive estabelecem um ônus financeiro para aquele que é beneficiário dessa norma coletiva. O Comitê lembra mais uma vez ao governo brasileiro que este poderia recorrer à assistência técnica da OIT para procurar soluções satisfatórias a todas as partes que estejam de acordo com os princípios da liberdade sindical. Dessa forma, a OIT se coloca à disposição do Brasil, para inclusive colaborar na superação dessa jurisprudência a qual estava em desacordo com as normas da OIT segundo os organismos de controle.

Mesmo com a posição definitiva do CLS/OIT, restaram mantidas e inalteradas as condições jurídicas e jurisprudenciais sobre o temário do custeio sindical. Desse modo, o movimento sindical brasileiro, por meio das centrais sindicais, denunciou o Brasil, novamente, buscando uma segunda manifestação do Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho. O objeto da queixa voltava-se, repetidamente, ao tema dos Precedentes 17, 119 do TST e a da Súmula 666 do STF, além de indicar as intervenções inúmeras decisões proferidas pela Justiça do Trabalho restritivas ao custeio sindical.

No mesmo sentido, o Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho ratificou posicionamento anterior contido no caso

---

<sup>67</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Informe definitivo nº 364, junho 2012.** Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002\\_COMPLAINT\\_T EXT\\_ID:3063459](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_T EXT_ID:3063459) Acesso em: 20 mar 24.

2739, respondendo a essa denúncia, indicando para potencial violação ao conteúdo da Convenção nº 98 e, especialmente, da Convenção nº 154 da OIT<sup>68</sup>:

**31. O Comitê observa ainda que esta alegação já foi objeto de exame pelo Comitê de Liberdade Sindical no âmbito do caso nº. 2.739 (Brasil),** na qual o Comitê lembrou que os problemas relacionados às cláusulas de segurança sindical devem ser resolvidos em nível nacional, de acordo com a prática e o sistema de relações trabalhistas de cada país, e observou que quando a legislação aceita cláusulas de segurança sindical **como a dedução da contribuição sindical aos não associados que se beneficiam da negociação coletiva, tais cláusulas só deveriam ser efetivadas por meio de convenções coletivas.** Além disso, o Comitê lembra que a exigência de consentimento por escrito para a dedução da contribuição sindical não seria contrária ao princípios da liberdade sindical e que a não cobrança das taxas pela empresa é compatível com os princípios da liberdade sindical se apenas corresponder aos trabalhadores não sindicalizados que tenham manifestado expressamente o seu desejo de não pagar as referidas taxas (tradução do autor) (grifo nosso).

Em síntese, não há qualquer óbice para intervir e modificar a jurisprudência interventiva e restritiva em nosso País. Prova disso são as duas respostas proferidas no âmbito das denúncias, tanto pelo CLS quanto pelo Conselho de Administração da OIT, demonstrando cabalmente que o Brasil encontra-se em descompasso com seus compromissos internacionais de promoção da liberdade sindical e o direito de negociação coletiva em

---

<sup>68</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Brasil del Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).** Disponível em: [https://www.ilo.org/global/docs/WCMS\\_847575/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_847575/lang--es/index.htm) Acesso em: 20 mar 24.

consonância com os valores jurídicos contidos na Convenção nº 98 e nº 154 da OIT.

## 6. Considerações finais

Algumas indagações podem ser feitas a respeito da autonomia sindical e especificamente sobre a controvérsia acerca da forma, tempo e do modo como os trabalhadores podem exercitar sua oposição ao desconto sindical.

Desde logo, há a necessidade de fixação de critérios objetivos para o financiamento sindical. Dentre eles, podem-se destacar alguns debates:

1. A decisão sobre a contribuição e, por conseguinte, se o direito de oposição deverá ocorrer antes ou depois de consolidado o ato jurídico negocial – ou seja, antes ou depois das assembleias deliberativas ou de firmado o instrumento coletivo.
2. A forma e o tempo de definição do exercício desse direito não deve obedecer a uma regra unitária, respeitando-se as características singulares de cada categoria profissional, podendo variar de acordo com a forma de organização de cada categoria. Algumas delas possuem maior concentração (por exemplo, os metalúrgicos), outras são organizadas de forma dispersa (p. ex. motoristas de carga).

Importante destacar que a sinalização contida no voto do Ministro Barroso não é vinculativa; trata-se de hipótese argumentativa não definida na tese do Tema 935. A praxe sindical indica que a assembleia pode eventualmente não ser necessariamente o momento mais adequado para o exercício do direito de oposição. Na prática, o exercício do direito tem admitido prazos mais elásticos, tendo como ponto de partida o registro do instrumento coletivo no sistema

mediador do Ministério do Trabalho e Emprego ou, ainda, em momento anterior ou posterior ao desconto em folha, a ser exercido individualmente pelo trabalhador perante a entidade sindical.

Além disso, o sindicato deve estar atento às práticas antissindicaais exercidas por empregadores que intentarem interferir no processo de decisão de cada trabalhador. Por outro lado, em se tratando de relação estritamente entabulada entre o sindicato e seus representados, sendo o empregador mero repassador do recurso descontado em folha, pode, ainda, o ente sindical exercer o legítimo processo de convencimento dos trabalhadores para a não opor-se ao desconto, o que não significa, em absoluto, qualquer constrangimento, mas sim que o sindicato pode e deve dialogar com esse trabalhador e alertando-o quanto aos efeitos funestos do enfraquecimento da representação sindical.

Outra indagação palpitante relaciona-se à fixação de contribuições ao sindicato em patamares os quais conjuguem critérios de razoabilidade e proporcionalidade condizentes ao ganho econômico e ao patrimônio jurídico coletivo acumulado nos sucessivos instrumentos coletivos conquistados ao longo do período de representação sindical. Isso também deve ser valorado na fixação do *quantum* contributivo, porque, vincular o valor do desconto estritamente ao ganho econômico do período inflacionário poderá gerar uma descompensada redução dos ganhos sindicais em tempos de inflação contida.

Desse modo, a performance do sindicato na condução do processo negocial, obtendo ganhos além da recomposição inflacionária do período, deve ser sopesada qualitativamente no conjunto avaliativo das conquistas sociais e econômicas deste instrumento coletivo, ou seja, na perspectiva da teoria do conglobamento. A indagação fulcral refere-se a questão se o instrumento promove condições dignas do reconhecimento do trabalho decente e apresenta,

indiscutivelmente, manutenção e avanço de conquistas sociais e econômicas da categoria profissional.

Do ponto de vista da higidez do instrumento coletivo, a existência de condições previsíveis, transparentes e com segurança jurídica para os contratantes e destinatários da norma é fundamental, pois as empresas desejam segurança jurídica para impor o desconto salarial e consequente repasse ao sindicato, sem, com isso, sobrevirem problemas judiciais ou de interpretação da norma coletiva.

Desse modo, a ampla participação nos processos deliberativos sindicais – via democracia digital e uso de ferramentas e plataformas virtuais – deve ser um importante aliado na legitimidade deliberativa dos processos assembleares sindicais e, por que não, ferramentas otimizadoras para o processo de manifestação da vontade coletiva.

De toda forma, é imperativo afirmar que o trabalhador, filiado ou não ao sindicato, deve participar dos atos assembleares, mas que tenha o direito assegurado de se opor ao desconto com definição prévia de prazo, local e modo para o exercício desse direito decidido em ato assemblear, ou seja, com respeito a definição contida na sua autonomia sindical.

Com base no exposto, conclui-se que, em um contexto de desafios e transformações, é essencial fortalecer as instituições sindicais como guardiãs dos direitos dos trabalhadores e da democracia. A reflexão sobre o financiamento sindical não se limita a questões legais e econômicas, mas também abrange aspectos éticos, sociais e políticos. Em um momento de grandes incertezas e desafios societários e de higidez democrática, é necessário buscar soluções que garantam a sustentabilidade financeira e a

representatividade política dos sindicatos, ao mesmo tempo em que protejam os direitos dos trabalhadores e promovam a justiça social.

## 7. Referências

Agência IBGE notícias. **Taxa de sindicalização cai a 9,2% em 2022, menor nível da série.** Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37913-taxa-de-sindicalizacao-cai-a-9-2-em-2022-menor-nivel-da-serie>. Acesso em: 20 mar 24.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 24 mar 2024.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. O Sindicalismo no Sistema Capitalista e na Democracia: papel estrutural. In: DELGADO, Mauricio Godinho {et al}. **Democracia, Sindicalismo e Justiça Social**. São Paulo. Editora Juspodivum.2022. p. 23-42.

MELO, Raimundo Simão de. Consultor Jurídico. **STF analisa a constitucionalidade da contribuição assistencial sindical**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-mai-12/reflexoes-trabalhistas-stf-constitucionalidade-contribuicao-assistencial-sindical/>>. Acesso em: 2 mar 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Compêndio de orientações e notas técnicas da CONALIS**: deliberações do colegiado da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (CONALIS) do Ministério Público do Trabalho (MPT) com fundamentos e comentários. Brasília: MPT, 2021.

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/orientacoes/compendio-atualizado-4a-versao/@@display-file/arquivo\_pdf

NICOLADELI, Sandro Lunard (org.). **Dicionário de direito sindical: verbetes do Comitê e Liberdade Sindical da OIT**. Belo Horizonte: RTM: Instituto Edésio Passos, 2022.

NICOLADELI, Sandro Lunard; GACEK, Stanley Arthur. Liberdade sindical no Brasil e a OIT: a questão da cláusula assistencial do PN 119 ao caso 2739: uma dupla perspectiva. In **Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 31, p. 108-112, jun. 2014. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/portal/pagina.xhtml?secao=84&pagina=2014>>. Acesso em: 2 mar 2023.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **Contribuições sindicais: modalidade de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Informe definitivo nº 364, junho 2012**. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002\\_COMP\\_LAINT\\_TEXT\\_ID:3063459](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMP_LAINT_TEXT_ID:3063459) Acesso em: 20 mar 24.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Brasil del Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154)**. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/docs/WCMS\\_847575/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_847575/lang--es/index.htm) Acesso em: 20 mar 24.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Parecer Acerca da Contribuição Assistencial nos Instrumentos de Negociação Coletiva do Trabalho - José Paulo Sepúlveda Pertence. In **Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 71-89, p. jun. 2014. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/pagina.xhtml?secao=84&pagina=2014> Acesso em: 2 mar 2023.

RODRIGUES, Jefferson. **Contribuição Assistencial: Guia Prático para Sindicalistas e Advogados na Defesa do Custeio Sindical no Brasil**. Niterói/RJ: Editora do Autor, 2024.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas: pluralismo jurídico no direito do trabalho**. 4ª. Ed. Campinas/SP: Lacier Editora, 2023.

URIARTE, Oscar Ermida. Intervenção e autonomia no direito coletivo do trabalho. In: NICOLADELI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira; FRIEDRICH, Tatyana Schella (Org.). **O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais**. São Paulo: LTr, p. 11-19, 2013.

### Sobre o autor:

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná/UFPR. Professor de Prática Trabalhista do Departamento de Prática Jurídica da UFPR. Especialista em Relações de Trabalho pela Universidad de Castilla-La Mancha (2011/2013) - Espanha. Especialista em Normas Internacionais do Trabalho e Liberdade Sindical pela Escola da Organização Internacional do Trabalho/OIT, em Turim-Itália. Consultor jurídico do movimento sindical brasileiro na Conferência Mundial da OIT nos anos de 2014, 2015 e 2019. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Comissão Especial de Direito Sindical do Conselho Federal da OAB. Autor e organizador de artigos e obras jurídicas em direito coletivo do trabalho e relações sindicais. Pesquisador do grupo Sindicalismo do UDF.

#### Como citar este artigo:

##### ABNT

NICOLADELI, Sandro Lunard. Financiamento sindical no Brasil: dimensões sociojurídicas da representação coletiva. **Labuta**, v. 1, n. 2, p. 194-220, jul./dez. 2024.

##### APA

Nicoladeli, S. L. (2024). Financiamento sindical no Brasil: dimensões sociojurídicas da representação coletiva. *Labuta*, 1(2), 194-220.

## Resenha crítica do livro:

# “Capitalismo Canibal: como nosso sistema está devorando a nossa democracia, o cuidado e o planeta e o que podemos fazer a respeito disso” de Nancy Fraser

Gabriela Alcofra dos Santos

### Referência Bibliográfica:

FRASER, Nancy. **Capitalismo canibal: como nosso sistema está devorando a nossa democracia, o cuidado e o planeta e o que podemos fazer a respeito disso**/ Nancy Fraser; tradução Aline Scatola – São Paulo, SP: Autonomia Literária, 2024.

## 1. Credenciais da autora

Nancy Fraser, nascida em 20 de maio de 1947, é uma filósofa desenvolvedora da Teoria Crítica feminista norte-americana. Ao longo das últimas décadas, realizou importantes contribuições em debates sobre capitalismo, reconhecimento, políticas afirmativas, democracia, justiça e feminismo. Essas contribuições fizeram dela uma referência na teoria crítica contemporânea e uma das principais teóricas da segunda onda do feminismo nos Estados Unidos.

A autora publicou diversos trabalhos de grande impacto em diversas áreas da filosofia política e social. Preocupada com as concepções de justiça,

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil



Recebido em: 12/9/2024

Aceito em: 19/9/2024

Fraser argumenta que a justiça é um conceito complexo que deve ser entendido sob três dimensões separadas, embora interrelacionadas: a distribuição (de recursos produtivos e de renda), o reconhecimento (na linguagem e em todo o domínio do simbólico) e a representação (na política e no poder de tomar decisões).

## 2. Resumo e considerações sobre a obra

No prefácio, a autora introduz com a justificativa da escolha da expressão utilizada como título da obra, a partir da compreensão do que representa o capitalismo, e dos sentidos metafóricos atribuídos ao canibalismo, perfeitamente adequados à interpretação das crises atualmente vivenciadas no sistema.

Sustenta ainda que, dada a grandiosidade da crise, para enfrentar os males do capitalismo, é preciso repensar não só a economia, mas reavaliar - com a mesma grandiosidade- o sistema todo e suas relações.

Neste sentido, no capítulo 1, a autora traz um panorama geral das contradições do capitalismo, que serão exploradas de forma sistemática e profunda nos capítulos posteriores, destacando que a preocupação com a sustentabilidade do sistema hoje extrapola os escritos marxistas e é tendência entre ativistas e acadêmicos de todo o mundo. Aliado a isso, haveria uma crescente consciência acerca da raiz comum dos males heterogêneos que nos cercam.

Argumenta, todavia, que, a crise atualmente vivenciada é multidimensional e não dispomos de teorias críticas que a elucidem, já que, as que herdamos, debruçavam-se sobre os aspectos econômicos somente.

Neste passo, a autora critica o pensamento marxista por não considerar sistematicamente gênero, raça, ecologia e poder político como eixos estruturantes da desigualdade nas sociedades capitalistas, nem como apostas e premissas de luta social.

Ou seja, entende que, de forma geral, faltam concepções de capitalismo e de crise capitalista adequadas ao nosso tempo, sendo que a autora sustenta que o “capitalismo canibal” seria essa concepção.

Segue então analisando as características do capitalismo e pontua as duas principais: a propriedade privada dos meios de produção e o livre mercado de trabalho.

Neste contexto, considera que o capital, na tradição marxista, seria o valor que se autovaloriza. Essa seria, segundo a autora, a terceira característica do capitalismo na doutrina de Marx.

A quarta característica seria o fato de o capitalismo depender do mercado para obter seus fatores de produção, ou seja, a produção de mercadorias por meio de mercadorias. E a autora destaca que o mercado teria também uma segunda função na sociedade capitalista, a de determinar como o “excedente” da sociedade será investido.

Ou seja, na sociedade capitalista, a forma como as pessoas querem viver é direcionada pelas forças do mercado. Assim, o capital vira sujeito da história, deslocando os seres humanos e os transformando em servos.

No tópico: “Por trás do terreno oculto de Marx”, a autora passa a discorrer sobre o que há por trás das características centrais do capitalismo e que as tornam possíveis. Ou seja, as condições de fundo, “não econômicas” que são também estruturais ao sistema: a relação entre a produção econômica e a

reprodução social e ordens de gênero; o parasitismo do capital com a natureza; a expropriação e a opressão racial-imperial e o déficit democrático.

A autora passa então a analisar o trabalho reprodutivo, como fundamental para o desenvolvimento do trabalho remunerado e, em última análise, para o próprio funcionamento do capitalismo. Entretanto, pontua que, apesar de toda sua essencialidade, é um trabalho desvalorizado e, na prática, preponderantemente relegado às mulheres.

A autora observa que no desenvolvimento histórico do sistema capitalista, houve a cisão entre trabalhadores e produtores, que também estilhaçou o mundo em que o trabalho das mulheres – embora distinto daquele dos homens – não deixava de ser visibilizado e reconhecido publicamente. Com o capitalismo, o trabalho reprodutivo é cindido e relegado a uma esfera doméstica privada, e, com isso, sua importância social fica obscurecida. Assim, a autora analisa que a atual forma do capitalismo está canibalizando a reprodução social, culminando em uma verdadeira “crise do cuidado”.

Por outro lado, destaca que o capitalismo também está canibalizando a natureza, usando-a tanto como fonte de insumos para produção e como escoadouro para absorver seus resíduos, dada a suposição tácita de que é apta à infinita auto restauração. Portanto a sustentabilidade do planeta também está sendo objeto de canibalização.

Isto porque o capitalismo inaugurou uma divisão entre a humanidade e a natureza, separando de forma brutal os seres humanos dos ritmos sazonais naturais. Marx chama esse processo de ruptura metabólica e apelida de antropoceno, significando uma era geológica inédita em que a atividade humana está canibalizando o planeta.

Por sua vez, o neoliberalismo turva a Fronteira entre natureza e humano, a exemplo das novas tecnologias reprodutivas e evolução *Cyborg*, que intensificam a canibalização pelo capital.

Posteriormente a autora passa a analisar as condições políticas do capitalismo, reconhecendo que há uma dependência dos poderes públicos para o capitalismo impor suas normas constitutivas. A autora sustenta que o neoliberalismo tem também transformado a questão política em mais um lugar da crise sistêmica.

A autora aborda outra característica que considera estrutural do sistema capitalista: a expropriação, considerando que a exploração e a expropriação não são mutuamente excludentes, como se poderia pensar, mas, na verdade, atuam de mãos dadas. A expropriação estaria na base da exploração e a tornaria lucrativa.

Distingue-se então duas categorias de trabalhadores: os exploráveis, sujeitos de Direito, passíveis de proteção do Estado, que dispõem livremente de sua força de trabalho, e os expropriáveis, violáveis, não livres e dependentes, privados de proteção política.

Conclui-se afirmando que as crises econômicas, ecológicas, sociais, políticas, imperialismo, opressão racial estão todos entrelaçados e marcados pelos seus antagonismos cada vez mais profundos. E, as características econômicas de primeiro plano do capitalismo dependem de outras condições não econômicas de fundo: reprodução social, ecologia do planeta, poder político e infusões contínuas de riqueza expropriada de povos racializados. Para a compreensão real da sociedade capitalista ( e não de uma economia capitalista), é preciso considerar as referidas condições e ressituar a perspectiva

marxista, conectando-a a outras correntes emancipatórias da teorização crítica: feminista, ecológica, política, anti-imperialista e antirracista.

Portanto, a autora propõe a compreensão do capitalismo como uma ordem social institucionalizada - o que enfatiza suas divisões estruturais acima abordadas- pontuando que há uma imbricação estrutural (e não acidental) com a dominação de gênero, degradação ecológica, opressão racial-imperial e dominação política.

Neste contexto, invoca-se ainda a importância dos conflitos sociais, ou as chamadas “lutas de fronteira” envolvendo as divisões institucionais do capitalismo, para sua constituição enquanto ordem social institucionalizada. Nesta linha de raciocínio, a autora ressalta que todas as condições de fundo indispensáveis para a exploração do trabalho se tornam focos de conflito na sociedade capitalista- não só as lutas entre trabalho e capital, mas também as lutas de fronteira relacionadas à dominação de gênero, à ecologia, ao racismo, ao imperialismo e à democracia.

Desse modo, a autora visualiza um potencial emancipatório numa determinada configuração de luta que envolvesse a cooperação entre os participantes desses campos e que se destinasse a pensar uma nova configuração não “apenas” de economia, mas também da relação entre a economia e a sociedade, a natureza e a política.

E, neste sentido, reimaginar as divisões estruturais que historicamente constituíram as sociedades capitalistas constitui o corpo e a alma desta obra.

No capítulo 2, a autora explora a noção de que haveria uma base estrutural para a opressão racial na sociedade capitalista, a partir da relação que ela considera necessariamente presente entre exploração e expropriação, sendo a segunda condição para a existência da primeira. Ela ressalta, todavia,

que essa estrutura foi suscetível de variação ao longo da história do desenvolvimento do capitalismo, e, deste modo, a relação entre capitalismo e racismo não seria apenas estrutural, mas também histórica. A história do capitalismo seria assim uma sequência de regimes de acumulação racializada.

A obra passa então a abordar a evolução histórica do capitalismo com suas diversas fases e a análise da configuração geográfica, demográfica e política da exploração e expropriação. Nesta esteira, ao abordar a fase atual que a autora denomina “capitalismo financeirizado”- em que é marcante o endividamento de trabalhadores- utiliza-se de metáfora interessante ao afirmar que ele seria um “verdadeiro glutão enfiando castigos goela abaixo”.

Encerra-se então o capítulo defendendo que a superação do racismo hoje exige a construção de alianças inter-raciais, que tenham o objetivo de alcançar essa transformação através de persistência política. É importante a observação feita pela autora de que o advento de tais alianças pode ser favorecido – e estimulado – por um contexto que “nubla” a linha entre exploração e expropriação, e os explorados são também expropriados e vice-versa.

No capítulo 3, por seu turno, a obra passa a abordar as formas de canibalização marcadas pela divisão de gênero em função da separação estrutural promovida pelo capitalismo entre produção e reprodução. Descreve-se o capital com um “devorador” de cuidados, sendo que esse aspecto de seu canibalismo se manifesta na pobreza de tempo e exaustão social generalizada.

É a chamada “crise do cuidado” que representa verdadeira contradição social do capitalismo já que a reprodução social é condição de fundo necessária para a acumulação do capital. Aqui tem lugar a metáfora do Ourobouro que come a própria cauda.

A autora também desenvolve a análise das características da reprodução social considerando a trajetória histórica do capitalismo, com suas fases, tal qual foi feito no capítulo 2 em relação à acumulação racializada. Desenvolve-se uma linha do tempo com uma minuciosa análise do entrelaçamento histórico entre gênero e reprodução social no capitalismo, e demonstra-se causando perplexidade ao leitor – como várias correntes emancipatórias, inclusive o feminismo produziram correntes neoliberais favoráveis ao mercado e que contribuíram para o advento do capitalismo financeirizado.

Outro ponto interessante foi o impacto do novo modelo de capitalismo sobre o dualismo produção/reprodução social, com a diminuição do provimento público, convocação marcante das mulheres para o trabalho assalariado, redução dos salários reais e aumento da jornada necessária para sustentar as famílias, e transferência do trabalho de cuidado com surgimento de cadeias globais de cuidado cada vez maiores.

Ou seja, nesse período, há uma marcante “crise do cuidado” enraizada na dinâmica estrutural do capitalismo financeirizado.

Diante disso, evidencia-se como as lutas de fronteira em torno da reprodução social são tão importantes quanto à luta de classes em torno da produção econômica.

No capítulo 4, a obra aborda as nuances da ecopolítica, observando como, na atualidade, o tema das questões ambientais deixou de ser preocupação exclusiva de movimentos ambientais isolados e passou a ser encarado de forma urgente, exigindo posicionamentos efetivos. Entretanto, o debate se dá em meio a um cenário político extremamente turbulento, o que

dificulta um avanço real nas medidas de contenção da tragédia climática e agrava a discórdia nesta esfera.

A autora então propõe- de forma um pouco óbvia e até utópica – que a solução viria da superação da atual cacofonia de opiniões para chegar a uma lógica que possa orientar um projeto de transformação amplamente compartilhado, sendo que tal projeto não poderia ficar adstrito à questão ambiental, mas considerar também todas as facetas sociais da crise e as conexões entre elas ( desinvestimento público na reprodução social, insegurança de meios de vida, autoritarismo político, opressão étnico-racial-imperial, dominação de gênero, negação de direitos trabalhistas, etc).

Por seu turno, salienta que todas essas questões são impulsionadas pelo mesmo fator sócio-histórico: o capitalismo, sendo certo que este, em última análise, que deve ser desmantelado. A autora prega então o anticapitalismo como motivador dessa nova lógica e sustenta que os movimentos verdes devem então ser transambientais considerando outros fatores que também devem ser contemplados nessa luta anticapitalista.

Nessa perspectiva, passa-se à análise de como a economia do sistema capitalista é dependente da natureza, tanto como fonte de insumos de produção, quanto para escoamento de resíduos e como está sempre à beira de desestabilizar suas próprias condições ecológicas de possibilidade: cabendo aqui também, com perfeição, a metáfora do Ouroboros que devora a própria cauda, já que o capitalismo canibaliza seus próprios órgãos vitais.

Após analisar minuciosamente a questão ecológica ao longo das fases do capitalismo, autora conclui então o capítulo com duas proposições: a ecopolítica capaz de salvar o planeta deve ser anticapitalista – já que os danos à natureza são intrínsecos ao capitalismo – e transambiental – já que não é

possível resolver a crise ambiental descuidando-se de outras crises não ambientais.

Neste sentido, ao propósito desse bloco contra-hegemônico transambiental e anticapitalista, a autora dá o nome de “ecossocialismo”.

No capítulo 5, a obra explora as vicissitudes políticas do capitalismo, e a autora sustenta que o sistema capitalista está propenso à crise política e é hostil à democracia. Neste sentido, os atuais infortúnios da democracia são, na verdade, parte da crise geral do capitalismo financeirizado contemporâneo, que, é por isso, cunhado de “desdemocratização” ou “pós- democracia”. A autora explica didaticamente a origem desses termos, ao ressaltar característica da atual fase do capitalismo em que o “endividamento” norteia as relações e há um esvaziamento do poder do Estado diante da supremacia de instituições financeiras globais e corporações transnacionais que “ditam as regras”, de acordo com interesses privados, desviando a atenção de problemas urgentes da sociedade e agravando a crise geral do sistema.

Tudo isso corrobora para a turbulência política atual que aponta para o desmoronamento da lógica neoliberal. Existe um eleitorado substancial que quer redesenhar a fronteira entre a economia e política, fortalecendo a última.

No capítulo 6, a obra explora um possível modelo apto a superar a crise geral do capitalismo financeirizado. Assim, a autora propõe que o novo conceito de socialismo deve ser tão amplo quanto o desenhado para o capitalismo nos capítulos anteriores, ou seja, uma alternativa desejável deveria ir além da ideia de socializar os meios de produção, reformulando a maneira como serão tratadas as condições não econômicas que davam suporte à acumulação no âmbito do capitalismo e suas respectivas contradições. Ou seja, busca-se desenhar um novo modelo (redefinindo a ideia de socialismo), de modo a

propiciar uma resposta aos impasses, formas de dominação e injustiças do capitalismo.

Entretanto, a autora salienta que este modelo de socialismo deve enfrentar todas as injustiças contempladas na visão ampliada de capitalismo, indo além, portanto, da exploração de classe e buscando assim corrigir: a relação entre a produção econômica e a reprodução social e ordens de gênero; o parasitismo do capital com a natureza; a expropriação e a opressão racial-imperial e o déficit democrático.

Neste escopo, ao passo que as sociedades capitalistas subordinam os imperativos da reprodução ecológica, política e social àqueles da produção de mercadorias (orientada à acumulação), a autora propõe que o socialismo deveria inverter essas prioridades, estabelecendo o cuidado das pessoas, a proteção da natureza e o autogoverno democrático como as maiores prioridades da sociedade, acima da eficiência e do crescimento.

Ademais, o desenho dos domínios sociais teria que ficar no campo político, sendo objeto de decisão coletiva e democrática, incluindo, por exemplo, a deliberação sobre o próprio crescimento, diante de informações da ciência climática (diversamente do que ocorre no capitalismo, em que há o imperativo do crescimento incutido, não restando qualquer espaço para decisão política – muito menos democrática – nessa seara).

Quanto ao papel dos mercados na sociedade socialista, a autora defende que eles não devem regular o que ela chama de “topo”, que corresponderia à distribuição do excedente social, e a “base” que corresponderia às necessidades básicas dos seres humanos. Sendo assim, os mercados só encontrariam lugar no meio. E, uma vez que o topo e a base seriam

desmercantilizados e socializados, o papel dos mercados no meio também seria transformado.

Portanto, a partir dessas reflexões, autora sustenta a possibilidade de um projeto socialista que seja, de fato, uma alternativa genuína ao sistema que hoje está destruindo o planeta, e nos privando de uma vida verdadeiramente livre e democrática.

Ademais, ao fim da obra, a autora traz um “Epílogo macrófago” que aborda a relação entre as reflexões propostas com os acontecimentos da pandemia da COVID-19, que demonstram, segundo a autora, uma “verdadeira orgia de disfunção capitalista” e a necessidade de se abolir tal sistema social de uma vez por todas.

### 3. Conclusões da obra

A obra analisa, de forma minuciosa, as contradições inerentes ao sistema capitalista, defendendo uma compreensão ampla do termo, que contempla as condições de fundo (não econômicas) da acumulação do capital.

Após justificar a importância de realizar essa análise amplificada da crise do capitalismo, a autora explora, ao longo dos capítulos, cada uma das condições de fundo, “não econômicas”, quais sejam: a reprodução social e ordens de gênero; o parasitismo da natureza; a expropriação e a opressão racial-imperial e o déficit democrático. Assim, discorre, sistematicamente, sobre sua configuração (mutável) em cada uma das fases do capitalismo, evidenciando seu caráter estrutural ao sistema, e como a crise atual entrelaça as contradições inerentes a todas essas esferas.

Assim, com vistas à superação do capitalismo em crise, a autora propõe que um novo conceito de socialismo, que vá além da ideia de socializar

os meios de produção, reformulando a maneira como serão tratadas as condições não econômicas que davam suporte à acumulação no âmbito do capitalismo e suas respectivas contradições. Ou seja, busca-se desenhar um novo modelo (redefinindo a ideia de socialismo), de modo a propiciar uma resposta aos impasses, formas de dominação e injustiças do capitalismo.

#### 4. Ponderações críticas sobre a obra

A obra “Capitalismo Canibal” abre os olhos do leitor para a complexidade do sistema capitalista, para além da análise sob o viés econômico, concentrada na acumulação de capital, propriedade privada dos meios de produção e exploração do trabalho assalariado, que são considerados a “camada visível” do sistema.

Assim, ao empregar uma visão amplificadora do sistema, traz à baila questões igualmente estruturais, como reprodução social, ecologia do planeta, poder político e infusões contínuas de riqueza expropriada de povos racializados, que são fundamentais e que ensejam contradições aptas a conduzir a um verdadeiro colapso do sistema. Neste contexto, para demonstrar a capacidade de autodestruição do sistema capitalista, a obra se vale constantemente – e brilhantemente – de metáforas, sempre alinhadas ao título do livro.

Nesta esteira, especialmente interessante a abordagem da obra sobre a separação institucional entre “produção econômica” e “reprodução social” como constitutiva do capitalismo; uma separação de gênero que fundamenta as formas capitalistas de dominação masculina ao mesmo tempo que permite a exploração capitalista da força de trabalho e, por meio disso, seu modo de acumulação oficialmente sancionado.

Quanto à opressão racial-imperial, nota-se em várias passagens da obra a marca de sua percepção das questões raciais como cidadã estadunidense, principalmente ao tratar da situação de populações racializadas em âmbito nacional. A autora expõe visão clara do imperialismo e da opressão de povos escravizados e indígenas, e de como Estados poderosos (como o seu de origem) se mobilizaram para constituir sujeitos expropriáveis em zonas periféricas do sistema mundo capitalista.

Vale notar a didática da obra e a sistematização apurada do raciocínio argumentativo, considerando que a autora se vale do mesmo “roteiro” ao abordar cada uma das contradições intrínsecas ao capitalismo, primeiro analisando o aspecto estrutural da problemática e depois explorando a evolução da conjuntura nas diversas fases do sistema ao longo dos séculos, para ao final propor as condições para uma possível e otimista solução, através de um socialismo que enfrente todas as questões suscitadas.

### Sobre a autora:

Mestranda em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo PPGD-UERJ. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Advogada da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência S.A.- DATAPREV. E-mail: galcofra@gmail.com.

#### Como citar esta resenha:

##### ABNT

COSTA, Jeison Martins. Resenha crítica do livro: “A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?” de Michael Sandel. **Labuta**, v. 1, n. 2, p. 221-234, jul./dez. 2024.

##### APA

Costa, J. M. (2024). Resenha crítica do livro: “A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?” de Michael Sandel. *Labuta*, 1(2), 221-234.

## Resenha crítica do livro: “A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?” de Michael Sandel

Jeison Martins Costa

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil



Recebido em: 12/9/2024

Aceito em: 19/9/2024

### Referência Bibliográfica:

Sandel, Michael. **A Tirania do Mérito. O que aconteceu com o bem comum?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021. Sandel, Michael, tradução: Bhuvi Libanio. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

### 1. Credenciais do autor

Michael Joseph Sandel, nascido em 5 de março de 1953, em Minneapolis, Minnesota, é um filósofo político, escritor, professor universitário de Harvard, ensaísta, conferencista e palestrante estadunidense, que ficou reconhecido internacionalmente pelos seus livros *Justiça: O que é fazer a coisa certa* e *Liberalismo e os limites da Justiça*, este último criticando a Teoria de Justiça formulada pelo também Filósofo estadunidense John Rawls. Formou-se em ciência política pela Brandeis University e posteriormente obteve seu doutorado em filosofia política pela Universidade de Oxford.

É amplamente reconhecido por suas contribuições ao debate sobre justiça, ética e democracia, lecionando na Universidade de Harvard, onde ministra o curso “Justice”, um dos mais populares na história da instituição, atraindo milhares de estudantes ao longo dos anos. Sua abordagem acessível e envolvente para discutir temas complexos o tornou uma figura influente tanto no

meio acadêmico quanto no público geral, sendo conhecido por questionar os fundamentos morais da sociedade contemporânea, abordando temas como mercado, moralidade, meritocracia, e o bem comum.

## 2. Resumo e considerações sobre a obra

Na obra *A Tirania do Mérito*, o autor aborda criticamente a ideia de meritocracia, argumentando que essa noção equivocada estaria contribuindo para o aumento das desigualdades sociais ao minar o senso de comunidade e o bem comum, enfraquecendo a humildade dos indivíduos e, por consequência, retirando das pessoas os sentimentos de empatia e compaixão para com os mais necessitados, o que, em sua ótica, ao fim e ao cabo, estaria alimentando a polarização política e social vista em todo mundo, criando ressentimento e indiferença.

Dividida em introdução, mais 7 (sete) capítulos e a conclusão, *A Tirania do Mérito*, de autoria do Filósofo Estadunidense Michael Sandel, questiona as premissas da meritocracia que, segundo o autor, moldam profundamente as sociedades contemporâneas, argumentando, para tanto, que a crença na meritocracia acabou por criar uma cultura em que o sucesso individual, assim como o fracasso, são vistos como reflexos exclusivos do esforço pessoal ou de sua ausência, deixando de lado os fatores estruturais e contextuais também fundamentais para o sucesso ou o fracasso pessoal dos indivíduos.

Assim, Michael Sandel propõe uma análise crítica dessa visão meritocrática, destacando, igualmente, como ela tem contribuído inclusive para a polarização social e política vista em grande parte do mundo, bem como o fato de que a ideia equivocada de meritocracia pode legitimar as disparidades econômicas e sociais, ao invés de desafiá-las, sugerindo, por fim, que a

sociedade deve se reorientar em direção a uma política do bem comum, que valorize a dignidade de todas as pessoas, retomando a dignidade do trabalho e o senso de pertencimento das classes trabalhadoras, independentemente das credenciais meritórias obtidas e de suas conquistas pessoais.

No início da obra, visando apresentar um problema para tornar mais palpável a questão a ser abordada, Michal Sandel apresenta o caso de um consultor educacional chamado William Singer – que administrava um negócio para atender pais e mães ricos e preocupados –, acusado de, juntamente com 33 (trinta e três) pais e mães, fazerem parte de um esquema de fraude para que seus filhos e filhas fossem aceitos em universidades de elite, como Yale, Stanford, Georgetown e a Universidade do Sul da Califórnia.

Ele explica que o esquema fraudulento incluía o pagamento de valores aos inspetores dos exames de seleção SAT e ACT (exames nacionais padronizados semelhantes ao ENEM), visando aumentar as notas dos estudantes através da correção do gabarito ou, ainda, subornando os treinadores para que indicassem candidatos como atletas recrutados, mesmo que esses estudantes não praticassem o esporte indicado.

Sandel prossegue informando que a fraude foi objeto de processo por parte da Justiça Federal Americana, mas que, por outro lado, a quebra desse sistema não atingia o real problema, qual seja, a ideia de que os alunos legitimamente aprovados nesses exames tiveram êxito por seu próprio mérito.

Para justificar esse primeiro argumento no sentido de que mesmo os alunos regularmente aprovados nos exames de seleção não o eram somente pelo seu mérito individual, o autor destaca que a nota do exame acompanha o que chama de “rastros de renda familiar”, ou seja, quanto mais rica for a família, provavelmente mais alta será a sua nota, haja vista que a sua formação

estudantil e pessoal, durante toda a sua vida foi direcionada para a aprovação nesses exames.

Nesse sentido, o autor esclarece que, ainda que seja verdade o fato de a entrada dos alunos na universidade refletir dedicação e empenho, acreditar que essa conquista foi somente resultado da própria ação é ilusório.

No capítulo 1, denominado: Ganhadores e perdedores, o autor inicia sua abordagem chamando atenção para o fato de que estes são tempos perigosos para a democracia, destacando o aumento da xenofobia e o crescente apoio público a figuras autocráticas, que em sua ótica seriam fruto do crescimento da desigualdade em uma globalização que só beneficia quem está no topo.

Destaca as implicações sociais e morais da dita meritocracia, em especial no que se refere à forma como ela acaba por segregar a sociedade entre aqueles que "vencem" e aqueles que "perdem". Nesse primeiro capítulo, portanto, o autor esclarece que a chamada meritocracia não apenas cria desigualdades econômicas, mas também aprofunda divisões sociais, gerando um sentimento de fracasso, que levaria ao ressentimento.

Sandel apresenta números obtidos em diversas pesquisas para amparar a sua tese sobre o aumento da desigualdade e prossegue analisando como a crença de que o sucesso é inteiramente merecido pelos esforços individuais leva os "ganhadores" a se sentirem superiores, enquanto os "perdedores" são levados a se culpar por sua situação. Ele sugere que essa dinâmica da meritocracia é prejudicial para a sociedade como um todo, pois mina a solidariedade e o respeito mútuo, contribuindo para o aumento da polarização e da desconfiança entre diferentes grupos sociais.

Ainda nesse primeiro capítulo, o autor também reflete sobre como essa cultura segregacionista entre "vencedores e perdedores" afeta a política, com os

ditos "perdedores" frequentemente se voltando contra as elites, que, adverte o autor, "em sua arrogância meritocrática" são vistas como distantes e desinteressadas pelas dificuldades reais das pessoas comuns.

Concluindo este primeiro capítulo, Sandel destaca que a ascensão populista vista nos dias atuais decorreria dessa lógica meritocrática, e que, para quem se sente ofendido por essa tirania do mérito, o problema não seria apenas a estagnação dos salários, mas também a perda da estima social.

No capítulo 2, denominado como: "Grandioso porque é bom": uma breve história moral do mérito, Sandel inicia com a seguinte pergunta: "Quando exatamente o mérito passou a ser tóxico, e como isso aconteceu?". Tal questionamento indica o que será tratado neste segundo capítulo, passando o autor a analisar a evolução histórica e filosófica da ideia de mérito, abordando como essa noção se tornou central nas sociedades modernas.

O autor prossegue apresentando a evolução do conceito de mérito, abordando o que chama de tensão entre mérito e graça, a partir das raízes religiosas e aristocráticas do mérito, até a sua apropriação por parte das chamadas democracias liberais contemporâneas.

Sandel explica ainda que na Antiguidade e na Idade Média, o mérito estava frequentemente associado a virtudes morais ou a uma vida guiada pela fé religiosa, desaguando no que chama de "arrogância meritocrática". Nesse contexto, o sucesso seria visto como uma bênção divina ou um reflexo do caráter moral de uma pessoa, seguindo a premissa do "se eu sou bom, Deus me recompensará".

Com o passar do tempo, sobretudo a partir da Revolução Industrial e do Iluminismo, teria ocorrido uma ruptura desse conceito de mérito, passando a se

desvincular da moralidade religiosa e a ser entendido sob o viés do esforço, do talento e de habilidades individuais.

O Filósofo estadunidense destaca como, na modernidade, a meritocracia emergiu como uma pretensa resposta ao poder que era passado de forma hereditária, geração por geração, bem como pelas hierarquias sociais tradicionais. Assim, teria se difundido a ideia de que cada pessoa poderia "subir" na vida com base em seu mérito pessoal, tendo esta noção oferecido uma justificativa moral para as crescentes desigualdades econômicas, ao mesmo tempo em que prometia a possibilidade de mobilidade social para aqueles que se esforçassem o suficiente.

O autor aborda, ainda, as narrativas políticas empregadas, em especial nos debates sobre o chamado Obamacare (Sistema de Saúde criado nos EUA pelo governo Obama), que fizeram renascer uma frase utilizada desde Ronald Reagan, passando a se tornar praticamente um slogan utilizado tanto pelos democratas quanto pelos republicanos, que afirmava: "A América é grandiosa porque a América é boa", deixando clara essa noção de mérito, que acabou por ser ampliada para os indivíduos.

No terceiro capítulo, denominado: A retórica da ascensão, Sandel inicia reforçando a questão da ética meritocrática, a qual suporia que o sucesso seria algo que conquistamos através do nosso próprio esforço, o que, segundo o autor levaria à indiferença dos "vencedores" para com os menos afortunados.

O autor destaca também o discurso sobre a importância da competição em igualdade de oportunidades, e o que chamou de "fé meritocrática", à qual estaria arraigada entre os seus alunos, não somente em Harvard, mas tendo sido observada até em suas palestras na China, desaguando na dificuldade desses

alunos em serem gratos pelo sucesso obtido, o qual, para a grande maioria deles, seria somente fruto de seus esforços.

Outra afirmação de Sandel diz respeito ao discurso meritocrático perpassar os espectros políticos, sendo utilizado tanto pela centro-esquerda, quanto pela centro-direita, destacando que nos últimos 40 anos a linguagem do mérito e do merecimento teriam se tornado o cerne do discurso político. E prossegue em sua obra apresentando as duas retóricas mais utilizadas e que teriam contribuído para o que chama de reação populista contra a meritocracia, que seriam a retórica da ascensão – baseada na promessa de que pessoas que trabalham duro e seguem as regras merecem ascender até onde os seus talentos e esforços o levarem –, e a retórica da responsabilidade, que seria a culpa ou não dos menos afortunados pelos próprios infortúnios.

Ainda neste terceiro capítulo, Sandel apresenta três razões pelas quais entende que a meritocracia teria se tornado tóxica, são elas: (i) o fato de que, sob condições de desigualdade desenfreada e mobilidade social barrada, insistir na mensagem de que nós somos responsáveis por nosso destino corrói a solidariedade e desmoraliza as pessoas que não conseguiram o sucesso; (ii) o fato de que insistir na ideia de que o diploma universitário é o melhor caminho para uma vida decente cria um preconceito credencialista que enfraquece a dignidade do trabalho; e, por fim: (iii) o fato de que insistir na ideia de que problemas sociais e políticos são melhores resolvidos por especialistas com nível superior corrompe a democracia e tira o poder de cidadãos comuns.

O autor finaliza esse terceiro capítulo destacando que a crença na mobilidade ascendente seria a resposta dos EUA para a desigualdade, comparando o Sonho Americano com a “nobre mentira” de Platão, ou seja, uma crença que, apesar de mentirosa, seria capaz de sustentar certa harmonia civil.

No capítulo quarto, denominado: Credenciais Meritocráticas, Sandel trabalha a questão do credencialismo – que seria a visão depreciativa das elites em relação às pessoas com menor formação educacional –, iniciando sua abordagem destacando a necessidade insistente dos políticos de aumentarem as suas credenciais, ou seja, os títulos acadêmicos alcançados, bem como os seus aproveitamentos nas Universidades.

Ele menciona o fato de que, para ambos os espectros políticos, a educação seria a resposta para desigualdade, o que fez com que a educação ocupasse a centralidade do discurso político. Ou seja, o mérito estaria diretamente relacionado com o merecimento alcançado pela aprendizagem que, em última análise, seria a solução para o acirramento da competição global.

Porém, o autor esclarece que esse pensamento contribuiu para a corrosão da estima social das pessoas que não conseguiram adentrar nas universidades, tornando o credencialismo um preconceito insidioso contra aqueles que não fizeram faculdade, deixando claro o desprezo das elites meritocráticas por quem não consegue ascender.

Sandel também desenvolve a questão do credencialismo no meio político, destacando que esse pensamento retirou a classe trabalhadora dos parlamentos e, depois de apresentar os números extraídos de pesquisas recentes sobre a pequena parcela da população estadunidense com curso superior, conclui que os poucos que possuem credenciais governam os muitos que não possuem credenciais, o que, entretanto, não seria uma garantia de bons governantes.

A essa divisão da população entre pessoas com e sem diploma, o Filósofo Estadunidense atribui, entre outros pontos, o crescimento dos partidos populistas

e nacionalistas, inclusive a eleição de Donald Trump em 2018, afirmando que essa “fé tecnocrática” da tomada de decisões por especialistas e fundamentadas em fatos, acabou por colocar a tomada das decisões nas mãos das elites desconectadas com os problemas reais da maioria da população.

E conclui o quarto capítulo salientando a divisão partidária no debate sobre a mudança climática, sobretudo, para surpresa de muitos, entre pessoas com diploma universitário. Adverte o autor que o erro dos chamados tecnocratas, foi o de acreditar que as pessoas decidem mal por não estarem bem informadas. Assim, finaliza o presente capítulo destacando que aceitar as falhas da meritocracia e da tecnocracia é um passo indispensável para avaliar o descontentamento e redefinir uma política do bem comum.

Adentrando no capítulo 5, denominado: Ética do Sucesso, Sandel aborda o surgimento das distribuições desiguais, lembrando e destacando as particularidades das sociedades aristocráticas e meritocráticas, utilizando, para tanto, de uma figura aparentemente hipotética, para analisar os prós e os contras de cada uma destas sociedades. Para tanto apresenta um indivíduo, desconhecedor da posição em que ficaria na sociedade e, num exercício hipotético, tenta compreender em qual sociedade esse indivíduo escolheria estar.

O autor trabalha, na hipótese acima mencionada, como seria ser rico ou pobre em cada uma destas sociedades, mencionando o que chama do lado sombrio da meritocracia, que seria admitir a teoria de que, supostamente, as pessoas recebem o que merecem, enquanto a diferença entre rico e pobre vai se tornando cada vez maior, desaguando naquilo que teria previsto o Sociólogo Britânico Michael Young, no princípio desse ideal de meritocracia moderna, ou seja, a revolta populista contra as elites meritocráticas.

Para Sandel, a meritocracia teria como problema não o fato de não poder ser alcançada, mas sim o fato de o próprio ideal ser falho. Em seguida, levanta duas objeções à meritocracia: (i) a ausência de efetiva justiça; e (ii) a arrogância dos “vencedores” e a humilhação dos “perdedores”.

O autor afirma ainda que mesmo uma sociedade meritocrática perfeita seria injusta, argumentando que questões familiares – atenção, afeto, condição econômica –, por exemplo, impediriam que a competição fosse travada de forma igual entre todos. Sandel ainda menciona que o ideal meritocrático não seria um remédio para a desigualdade, mas, na verdade, somente uma justificativa para esta.

Prossegue o autor abordando agora o fato de que talento não seria mérito, citando como exemplo o jogador de basquete americano LeBron James, atualmente jogador dos Lakers, para concluir que não merecemos o nosso talento e que somente o esforço seria capaz de oferecer resposta para a questão do talento. Aqui ele cita o exemplo de um amigo do corredor multicampeão Usain Bolt, que nas palavras do próprio campeão se esforçava muito mais do que ele nos treinos, mas que jamais conseguiu competir com o talento inato de Bolt.

Michael Sandel apresenta, em seguida, o que entende como as duas alternativas existentes para a meritocracia, que seriam: (i) o liberalismo de livre mercado ou neoliberalismo, que teve como expoente Friedrich Hayek (Economista Austríaco que venceu o Nobel de Economia, em 1974) e; (ii) o liberalismo de Estado de Bem-Estar ou Igualitário, este capitaneado por John Rawls (Importante Filósofo Americano, autor de Uma Teoria de Justiça e o Liberalismo Político).

Destaca que, para o Filósofo John Rawls, ainda que uma sociedade conseguisse alcançar uma meritocracia justa, a distribuição de riqueza e renda seria influenciada pela distribuição natural de habilidades e talentos – habilidades natas das pessoas. Menciona que muito embora Friedrich Hayek concordasse com Rawls sobre o fato de que as recompensas econômicas não seriam fruto do mérito, este seria contra a redistribuição de renda.

Sandel, porém, critica a visão das duas teorias liberais mencionadas, na medida que, para ele, ainda que Rawls e Hayek tivessem, com suas teorias, estabelecido os termos do discurso público das últimas décadas, não conseguiram abalar a convicção meritocrática latente na sociedade. Neste ponto, ele questiona qual seriam as razões dessa dicotomia, concluindo, em seguida, que as próprias características do liberalismo acabam por abrir caminho para entendimentos meritocráticos que ele, oficialmente, rejeita.

O Filósofo americano prossegue em sua análise, abordando a distinção entre mérito e valor, ou seja, este último o dinheiro, como medida de todas as coisas. Neste ponto, para destacar a diferença entre valor de mercado e valor moral, utiliza-se do pensamento do professor da Universidade de Chicago, Frank Knight, o qual, segundo ele, afirmava ser um equívoco pressupor que o dinheiro ganho pelas pessoas atendendo às preferências do consumidor seriam capazes de refletir o mérito ou o mérito moral destas.

Segundo Michael Sandel, vive-se em um tempo de escassez de humildade entre os bens sucedidos, com um inegável desprezo por parte das elites meritocráticas em relação aos trabalhadores. Ele critica a tendência do Liberalismo de Estado de Bem-Estar de abastecer a política com arrogância e humilhação, além de se opor ao que denomina de Igualitarismo de Sorte, que seria o oferecimento de ajuda somente aqueles que não tiverem dado causa aos

seus infortúnios, o que, segundo Sandel, fortaleceria a retórica do mérito, utilizando-se do contraste entre acaso e escolha. Ele cita um exemplo interessante para ilustrar essa diferença, que seria a ocorrência de um incêndio numa casa (acaso), mas que o proprietário tivesse tido a possibilidade de fazer o seguro e não o fez (escolha), o que, na ótica do Igualitarismo de Sorte, impediria que esse proprietário recebesse ajuda.

Sandel critica a divisão alimentada pelo liberalismo entre “inteligentes” e “burros”, afirmando que a desigualdade alarmante de renda não poderia ser explicada sob esta ótica, haja vista que sucesso em ganhar dinheiro teria pouca relação com inteligência nata. Conclui o quinto capítulo destacando que a linguagem do mérito, adotada pelas elites meritocráticas, muito embora tenha dominado o discurso público, deixou de reconhecer o seu aspecto negativo, mesmo diante da desigualdade crescente, tendo sido cegada para o crescente ressentimento daqueles que foram deixados para trás pela globalização, desaguando na reação populista dos últimos anos.

Já no sexto capítulo, denominado: A Máquina de Triagem, o autor começa a sua abordagem com a seguinte pergunta: Qual seria a solução para a questão da meritocracia? Antes, porém, de adentrar na resposta a essa pergunta, Sandel contextualiza o surgimento da meritocracia como porta de ingresso para as melhores universidades estadunidenses. Ele demonstra como a formação educacional superior se tornou o que chama de “máquina de triagem”, ressaltando o papel fundamental das universidades na distribuição de oportunidades.

Destaca que a meritocracia, da forma como a conhecemos, teria surgido na década de 1950 e 1960, tendo como precursor James Bryant Conant, então reitor da Universidade de Harvard, que tinha como ideal romper a barreira de

acesso às universidades, naquele momento restrita às elites hereditárias, substituindo-a pela meritocracia. Para tanto, o reitor criou o chamado SAT – Teste de Aptidão Escolar, o qual, a princípio, deveria medir a capacidade inata dos alunos e não somente o conhecimento acumulado de cada um, permitindo oportunidades para todos, independentemente de classe social. Sandel destaca, porém, duas características que considera como condenáveis de um sistema meritocrático, que seriam: (i) não se opor à desigualdade e; (ii) honrar e premiar os maiores gênios, mas rebaixar os demais à categoria de “lixo”.

Michael Sandel menciona, ademais, que o SAT, na realidade, não mede aptidão escolar, mas estaria relacionado com riqueza, o que inclusive pode ser exemplificado pelo surgimento de uma indústria bilionária de preparatórios e aulas particulares. Afirma, baseado em números e pesquisas, que a meritocracia protege a desigualdade e que a formação educacional superior na era da meritocracia não tem sido um mecanismo de mobilidade social, mas, ao contrário, tem reforçado as vantagens que pais e mães privilegiados conferem a seus filhos e filhas, ou seja, a aristocracia de privilégio hereditário foi substituída por uma elite meritocrática.

O autor continua sua análise sobrelevando o aumento da seletividade das Universidades americanas, ou seja, o exponencial aumento do número de candidatos não aceitos, o que acabaria por reforçar a desigualdade, conferindo uma falsa sensação de que o sucesso, nesse caso, seria fruto exclusivo do esforço individual, chegando a comparar essa corrida a uma “corrida armamentista meritocrática”, à qual favoreceria pessoas ricas e permitiria aos pais e mães abastados passarem esse privilégio para seus filhos.

Sandel procura demonstra, igualmente, que em virtude desse comportamento adotado por pais e mães, houve um crescimento do que define

como parentalidade superprotetora. O estudo apresentado pelo autor, informa, ainda, que os adolescentes com mais dificuldades emocionais vêm de lares abastados, concluindo que: “Quem vence no campo de batalha do mérito, emerge triunfante, mas ferido”.

Para corroborar suas conclusões sobre o impacto dessa parentalidade superprotetora voltada ao sucesso educacional, Sandel apresenta diversos estudos que apontam o aumento do número de suicídios entre pessoas jovens (entre 20 e 24 anos) em 36%, entre os anos de 2000 e 2017. E diante desse cenário, indica a necessidade de se repensar o papel da educação superior, haja vista que o regime de mérito exerce sua tirania tanto em relação aos que chegam ao topo (pela ansiedade, perfeccionismo e arrogância), como também em face daqueles que ficam para trás (impondo um desmoralizante e humilhante senso de fracasso).

A partir desse ponto, o escritor estadunidense inicia a resposta àquela pergunta feita no início desse sexto capítulo, com uma abordagem relacionada ao que pode ser feito para avaliar os severos efeitos da triagem meritocrática. A primeira proposta de Sandel diz respeito aos candidatos considerados mais qualificados: seria uma reforma do sistema de seleção, alterando o ingresso somente por notas do SAT e outras qualificações específicas dos candidatos para uma espécie de loteria dos qualificados, ou seja, haveria um componente de mérito, mas outro de sorte. O próprio autor apresenta algumas possíveis objeções a sua proposta, às quais, entretanto enfrenta uma a uma.

A segunda proposta seria relacionada aos cidadãos deixados para trás nessa lógica universitária meritocrática: descobrir como fazer com que sucesso na vida esteja menos atrelado a um diploma de curso universitário de 4 anos. Uma das respostas, segundo ele, seria um maior investimento em cursos de

educação profissionalizante, proporcionando aos trabalhadores habilidades demandadas pelo mercado, minando, dessa forma, o que Sandel chama de hierarquia da estima, honra e prestígio. Ademais, defende uma noção mais ampla da missão relativa à educação moral e cívica, retirando dos cursos universitários o pretensão monopólio dessa missão.

Concluindo o sexto capítulo, Michael Sandel afirma que o mérito se torna um tirano não generoso com os “perdedores” e opressivo com os “vencedores”, destacando que a loteria dos qualificados, ao convocar o acaso, castigaria a arrogância de mérito, na medida em que retiraria dos candidatos a certeza de uma vitória por seu esforço exclusivo.

No sétimo e último capítulo da obra, denominado: O Reconhecimento do Trabalho, o Filósofo Americano analisa o aumento da diferença de renda entre aqueles que tem e aqueles que não tem diploma universitário, especialmente nos últimos 40 anos. Sandel identifica alguns problemas principais, como o aumento da recompensa aos diplomados, a estagnação da renda média nos últimos 50 anos e o menosprezo da máquina da triagem às pessoas sem credenciais meritocráticas. Cita, ainda, o aumento do desemprego entre os cidadãos sem curso universitário e, por fim, as chamadas mortes por desespero, ou seja, aquelas decorrentes do abuso de álcool, drogas e o suicídio.

O autor também menciona a dificuldade relacionada ao julgamento imposto pela sociedade àqueles que não possuem curso universitário, destacando que a triagem meritocrática confere pouca dignidade às pessoas que não foram selecionadas, o que explicaria o ressentimento da classe trabalhadora depreciada pelas elites meritocráticas, a falta de honra, de empatia e de dignidade do trabalho oportunizada aos que ficaram para trás

nessa “corrida armamentista meritocrática”, clamando pela necessidade de renovação da dignidade do trabalho.

Neste momento da obra Sandel apresenta e diferencia dois importantes conceitos de justiça: Justiça Distributiva e Justiça Contributiva. Em resumo, a Justiça distributiva estaria relacionada somente à renda dos cidadãos, com foco principal no consumo, ou seja, a oferta de dinheiro para a aquisição de mercadorias. Já a Justiça Contributiva estaria relacionada não somente à renda, mas, sobretudo, à preocupação com o senso de pertencimento do trabalhador, ou seja, ao reconhecimento, por parte da sociedade, da importância do trabalho de cada indivíduo para a concretização do bem comum, considerando que somos seres humanos mais completos quando contribuímos para o bem comum e conquistamos a estima dos demais pelas contribuições que fazemos.

Na sequência, Sandel apresenta duas versões de projetos políticos, um republicano e outro democrata, centrados na dignidade do trabalho e na necessidade de questionamento aos resultados do mercado. A primeira proposta (com viés republicano) seria a de um subsídio salarial para trabalhadores de baixa renda, porém, com restrições no mercado, na terceirização e na imigração. A segunda proposta (com viés progressista) seria a transferência do ônus da tributação do trabalho para o consumo e a especulação. O autor, por sua vez, propõe a substituição de alguns ou todos os impostos sobre a folha de pagamentos por um imposto sobre transação financeira, especialmente sobre as especulações que considera semelhantes aos cassinos.

Em conclusão ao sétimo capítulo, Sandel destaca a importância de se questionar quais tipos de trabalho seriam dignos de reconhecimento e estima, bem como o que devemos, uns aos outros, enquanto cidadãos, decretando que,

para renovar a dignidade do trabalho, urge que sejam recuperados os laços sociais que a era do mérito, em conjunto com a globalização favorável ao mercado e o conceito meritocrático de sucesso, desfizeram ao longo das últimas 4 décadas.

### 3. Conclusões da obra

No capítulo denominado: Conclusão: O Mérito e o Bem Comum, o autor inicia lembrando a história de um dos maiores jogadores de beisebol de todos os tempos, Henry Aaron, um homem negro, nascido numa região muito pobre do Alabama, que, através de sua qualidade no ato de rebater bolas acabou por alcançar o sucesso. Sandel destaca que esse fato, ao contrário do que se possa pensar, não reforça a ética meritocrática que garante o sucesso para aqueles que tiverem talento e esforço, mas, na verdade, salienta que não devemos amar a meritocracia, ao contrário, devemos odiar um sistema de injustiça do qual só se consegue escapar sendo brilhante em um determinado esporte.

O autor ainda destaca que a propalada igualdade de oportunidades seria um princípio reparador e não um ideal adequado para uma boa sociedade e que, portanto, a sociedade deveria buscar o que chama de igualdade de condição – não somente de renda, mas sobretudo de estima social e reconhecimento – e não uma retórica de ascensão pautada no “você consegue, se tentar”.

Sandel finaliza chamando atenção para a premente necessidade de que cidadãos de diferentes níveis sociais e estilos de vida voltem a se encontrar em espaços compartilhados e lugares públicos, destacando, por fim, que a solidariedade necessita do reconhecimento de que, para todos os nossos esforços, não vencemos por conta própria nem somos autossuficientes, e conclui

sua obra dizendo que: “A humildade é o começo do caminho de volta da dura ética do sucesso que nos divide.”

#### 4. Ponderações críticas sobre a obra

Ao se ter acesso à obra do Filósofo Estadunidense Michael Sandel, “A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?”, pode se acreditar, ao menos em um primeiro momento, se tratar de mais uma dessas análises superficiais e meramente descritivas de uma realidade social com alguma relevância, mas sem nenhuma importância prática ou solução possível.

A cada página folheada, entretanto, o leitor é provocado a se questionar sobre suas conquistas e seu sucesso, sobre suas perdas e seus fracassos, a lembrar seus professores e mestres, familiares e amigos, que de alguma forma contribuíram, direta ou indiretamente, para cada etapa até o tão sonhado sucesso ou que assistiram – com mais ou menos empatia – a cada queda até o indesejável fracasso.

Da mesma forma, o leitor sente-se impelido a lembrar daqueles conhecidos ou anônimos esquecidos pelo caminho, deixados para trás na maratona da vida, com seus rostos e seus corpos marcados e cansados pelas dificuldades imposta, na maioria deles, ao contrário de alguns poucos, que não foram agraciados pelos prêmios somente disponibilizados aos “vencedores”.

A Tirania do Mérito, de Michael Sandel, obriga o leitor a sair de sua zona de conforto, levando-o ao lugar em que deverá refletir, quer queira quer não, sobre a sua vida e suas escolhas, sobre sua atual posição na sociedade, sobre suas credenciais obtidas, talvez pensando: com muito esforço e todo o mérito, mas também sobre suas formas de consumo e suas decisões – por vezes egoísta em relação aos mais variados temas da vida cotidiana.

O autor consegue, através de sua obra, demonstrar a deterioração da vida em sociedade, causada ou, ao menos, agravada, pela arrogância meritória dos “vencedores” e pela mágoa e ressentimento daqueles que foram excluídos pela globalização e humilhados pela retórica da ascensão, pela enganadora máxima do: “você consegue, se tentar”.

A leitura do presente livro proporciona ao leitor entender que a classe trabalhadora almeja muito mais do que somente uma pretensa justiça distributiva, seja ela baseada em maiores salários ou em benefícios governamentais, clamando, na verdade, por reconhecimento e estima social, pela retomada do senso de pertencimento, de sentir-se útil para a consecução do bem comum.

E isso fica claro quando Sandel traz à lume a necessidade de renovação da dignidade do trabalho realizado por aqueles aos quais não foi concedida a oportunidade – seja por quais motivos forem – da realização de um curso universitário, exortando o leitor a refletir sobre a importância da restauração da estima social de todos eles, a partir, principalmente, da criação de espaços comuns de convivências para todos os cidadãos, bem como do reconhecimento, por parte dos “vencedores” de que o seu sucesso não foi conquistado sozinho, impelindo-os ao exercício da gratidão e da humildade, sentimentos que certamente facilitaríamos a busca pelo bem comum.

A Tirania do Mérito é, sem dúvidas, um chacoalhar realístico para todos aqueles que, por ingenuidade ou arrogância, acreditam que obtiveram sucesso como fruto exclusivo do seu esforço individual e, por isso mesmo, de seu mérito, fazendo com que cada leitor possa refletir, olhando para o seu percurso, o quão privilegiado, auxiliado e agraciado foi para alcançar a vitória que hoje, muitas das vezes, se nega a compartilhar.

Mas, a obra de Sandel também é um renovar de esperanças para aqueles que foram deixados para trás, excluídos e humilhados por não terem conseguido as credenciais meritórias exigidas para o recebimento da recompensa social e econômica prometidas, pois aponta caminhos e provoca a todos, lembrando que nenhuma vitória é conquistada solitariamente, e que gratidão e humildade são os sentimentos que proporcionarão o resgate da preocupação dos indivíduos com o bem comum.

### Sobre o autor:

Mestrando em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo PPGD-UERJ. Advogado na área trabalhista. Procurador Assistente do Município de Nova Friburgo entre os anos de 2011 e 2018. Assistente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Regional de Nova Friburgo. E-mail: jeisonmartinscosta@gmail.com.

#### Como citar esta resenha:

##### ABNT

COSTA, Jeison Martins. Resenha crítica do livro: "A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?" de Michael Sandel. **Labuta**, v. 1, n. 2, p. 235-254, jul./dez. 2024.

##### APA

Costa, J. M. (2024). Resenha crítica do livro: "A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?" de Michael Sandel. *Labuta*, 1(2), 235-254.