

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA

PPGD Direito do Trabalho e Previdenciário UERJ

LA 
BU 
TA 



ÍNDICE

Editorial

Artigos

O Estado de Bem-Estar Social, as novas realidades do capitalismo e do mundo do trabalho e precarização laboral: caminhos para uma rediscussão sobre o Direito do Trabalho no contexto do trabalho executado por plataformas digitais.....	1
Claudio Victor de Castro Freitas	
A materialização dos direitos sociais dos trabalhadores pela perspectiva do acesso à justiça: um olhar crítico sobre algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.....	22
Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich e Fabiano Fernandes Luzes	
A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a inconstitucionalidade/inconvencionalidade do §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 e do Projeto de Lei nº 5.679/2023: Os novos contornos do eugenismo no Brasil.....	57
Guilherme Guimarães Feliciano e Pablo Coutinho Barreto	
Tema 23 do Tribunal Superior do Trabalho e o privilégio à segurança jurídica nas relações laborais.....	77
José Bispo dos Santos Filho	
Estado De Bem-Estar Social: um conceito em mutação.....	103
Marcelo Leonardo Tavares	
Trabalho análogo a escravidão e a legislação trabalhista: o fenômeno da reinserção como garantia da dignidade da pessoa humana.....	134
Moises Lourenço de Almeida e Claudio Victor de Castro Freitas	

EDITORIAL (Volume 2, Número 1)

Traz a lume a Linha de Direito do Trabalho e Previdenciário do PPGD-UERJ mais este número da Revista Labuta, publicação eletrônica, voltada para a divulgação da pesquisa e do pensamento de estudantes, doutrinadores e profissionais dessas tão sensíveis áreas da vida social. Se pode parecer tautológico afirmar que esses ramos do Direito estão em crise, já que inserem-se, por definição, na dinâmica da exploração econômica do trabalho humano e seus efeitos, mais preciso talvez possa ser constatar que vivemos no liminar de mudanças estruturais profundas. Como ensina a Sociologia do Trabalho, a forma como se estrutura a produção, o modo econômico de produção e diversos outros aspectos à volta da divisão do trabalho e da renda e da sua organização social determinam os arquétipos jurídicos que se destinam a regular as relações humanas nessa dimensão. Uma mirada na vida social e econômica atual, ainda sob a perplexidade dos efeitos futuros do culminar de uma Revolução Tecnológica, com o surgimento da inteligência artificial e outros avanços na dimensão do trabalho, não deixa dúvida de que estamos nesse liminar de profundas mudanças nos arquétipos destinados a reger essas relações, se é que se possa mesmo continuar a falar em relações humanas de trabalho no sentido em que as concebemos até hoje.

Discussões das mais agudas e aguerridas nas disputas doutrinárias e jurisprudenciais nesta seara, como aquelas à volta da natureza jurídica dos contratos de motoristas ou entregadores por aplicativos, os malefícios de certos métodos e instrumentos de trabalho na saúde humana, ou a redução da duração das jornadas de trabalho, todos exemplos de polêmicas ainda candentes em Direito do Trabalho e, não menos, em Direito Previdenciário, porquanto tocam nos pontos mais sensíveis dessa área, que são a constância das contribuições para os sistemas de seguro social e o incremento das demandas por tutela por parte dos trabalhadores, parece que, se não vão perder o sentido. Haverão de tomar necessariamente rumos muito distintos, da a iminência do emprego de veículos autônomos para transportes, drones e outros mecanismos também autônomos para entregas domiciliares, ou a cura de tantas doenças que hoje afligem seriamente a imensos contingentes de pessoas, ou até o imperativo da redução das jornadas ou mesmo a eliminação de incontáveis postos de trabalho. Discute-se mesmo se haverá ocupação para um número ainda impossível de precisar de trabalhadores, mas, certamente, o imperativo de satisfação de necessidades imediatas desses grupos, numa cifra de magnitude

impactante, problema que praticamente devolve o Direito do Trabalho e o Previdenciário às suas discussões mais elementares, lançadas agora, logicamente, sob pressupostos de fato inteiramente diversos.

Ao constatar-se tal iminência de mudanças e as angústias que trarão para grupos os mais variados de trabalhadores, passando desde a sua formação profissional até a satisfação das necessidades diárias mais elementares, sem esquecer a necessidade de consideráveis aportes para fazer face aos momentos de desocupação, velhice ou doenças, vem logo à mente o questionamento sobre a necessidade de reorganização dos grupos e das forças coletivas dos trabalhadores, fragilizados diante da fragmentação de interesses de seres humanos imersos nas miragens do consumismo e das ideologias idílicas de liberdade, já constatadas e denunciadas de forma bem comparável por autores de épocas, linhas de pensamento e histórias de vida tão diversas quanto Tocqueville e Hannah Arendt. Interesses fragmentários, incapazes de encontrar força política na abstração de um centro comum de valores, dão lugar ao que tem sido constatado no mundo do trabalho dos dias de hoje, em que os trabalhadores talvez nunca tenham sido tão livres na dimensão de proteção do seu patrimônio imaterial, mas paradoxalmente, se vejam tão prisioneiros e impotentes, mercê da tecnologia que os aprisiona cada vez mais, experimentando níveis de vigilância, interferência na vida privada e restrição de benefícios comparáveis àqueles da Era Pré-Industrial.

É tarefa da doutrina e da jurisprudência nessas searas pensar e tentar resolver esse problema, tarefa, aliás, incomparavelmente mais pesada do que aquela que recaiu sobre nossos ancestrais, até mesmo aquelas gerações que tiveram de passar por guerras ou regimes autoritários, ameaças das quais, infelizmente, também não se libertou o nosso tempo. Em nosso Programa, esses estudos têm sido realizados à volta desde temas fundamentais como a discussão das bases filosóficas e na Teoria do Direito da fundamentação teórica do Direito do Trabalho, até o exame das novas formas de trabalho e novas figuras contratuais, sem descuidar do grande interesse em nosso tempo sobre as pautas de libertação e tutela especialíssima a minorias e resgate de prejuízos ancestralmente impostos pela sociedade a certos grupos de pessoas cuja posição, tanto em Direito do Trabalho quanto em Direito Previdenciário tem-se apresentado como da mais elevada relevância. Desenvolver estudos nesses pontos nevrálgicos tem sido a ocupação de tantos entre nós e outra não é a tônica daqueles estudos que seguem no presente volume. A apresentação ao público é feita com esse pequeno atraso de cerca de um mês em relação à periodicidade anunciada, porém isso se justifica não só por tratar-se de publicação inteiramente a cargo de discentes e docentes do Programa, que trabalham pessoalmente desde a concepção dessa revista até a sua elaboração gráfica mesmo, para publicação eletrônica, além,

é claro, de saber-se que, como atividade humana, na dimensão do espírito e de suas criações, nem sempre pode seguir imperativos de produção industrial.

Em O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL, AS NOVAS REALIDADES DO CAPITALISMO E DO MUNDO DO TRABALHO E PRECARIZAÇÃO LABORAL: CAMINHOS PARA UMA REDISCUSSÃO SOBRE O DIREITO DO TRABALHO NO CONTEXTO DO TRABALHO EXECUTADO POR PLATAFORMAS DIGITAIS, Cláudio Victor de Castro Freitas discute a transição do Estado de Bem-Estar Social para o modelo neoliberal e os impactos da mundialização do capital sobre o Direito do Trabalho. Analisa a precarização das relações laborais, especialmente nas plataformas digitais, e defende o enquadramento celetista desses trabalhadores com base nos elementos clássicos da relação de emprego. A conclusão reforça a necessidade de atualização normativa, sem abrir mão da função protetiva do Direito do Trabalho, e destaca a importância da valorização do trabalho digno como pilar de uma sociedade sustentável e democrática.

No artigo intitulado A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES PELA PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE ALGUMAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, são analisadas criticamente, em coautoria com Fabiano Fernandes, decisões do Supremo Tribunal Federal que comprometem o acesso à justiça dos trabalhadores, evidenciando uma tendência de desmaterialização dos direitos sociais. Argumenta-se que há uma atuação coordenada dos três Poderes no sentido de restringir tais direitos, promovendo retrocessos normativos e interpretações economicistas que esvaziam a proteção trabalhista. A pesquisa destaca a construção de um "processo kafkiano", no qual o trabalhador, em situação de hipossuficiência, enfrenta múltiplas barreiras para ver seus direitos reconhecidos, o que aprofunda sua exclusão social. Ao invés de cumprir sua função de redução das desigualdades, o Estado tem atuado para limitar o acesso à justiça, especialmente na esfera laboral, expondo o trabalhador a um ciclo de vulnerabilidade e insegurança. Alerta-se que essa lógica não apenas compromete a dignidade humana, mas representa risco à paz social e à própria estabilidade democrática, ao afastar amplas parcelas da população do sistema de garantias constitucionais.

No artigo A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE/INCONVENCIONALIDADE DO §6º DO ARTIGO 10 DA LEI Nº 9.263/1996 E DO PROJETO DE LEI Nº 5.679/2023: Os novos contornos do eugenismo no Brasil, Guilherme Guimarães Feliciano e Pablo Coutinho Barreto examinam a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro com status constitucional, destacando seu

papel na consolidação de um modelo de inclusão, autonomia e autodeterminação. Nesse contexto, os autores criticam o §6º do art. 10 da Lei nº 9.263/1996 e o Projeto de Lei nº 5.679/2023 por permitirem, ainda que indiretamente, a esterilização compulsória de pessoas com deficiência, prática que viola princípios constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade reprodutiva. Sustenta-se que tais medidas são inconstitucionais e inconventionais, pois afrontam cláusulas pétreas da Constituição e tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A pesquisa insere-se em um contexto histórico de superação do modelo assistencialista e alerta para o risco de reintrodução de práticas eugênicas sob disfarces normativos contemporâneos.

O TEMA 23 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O PRIVILÉGIO À SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES LABORAIS, é analisado por José Bispo dos Santos Filho, destacando que essa decisão firmou tese pela aplicação imediata da Lei 13.467/2017 aos contratos de trabalho em curso, desde que os fatos geradores sejam posteriores à sua vigência. O autor sustenta que tal aplicação não viola o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, conforme interpretação sistemática da CF/88, LINDB e CLT. Destaca-se o papel central da segurança jurídica nas relações laborais e o consequencialismo jurídico como critério hermenêutico. A conclusão reforça que a segurança jurídica garante estabilidade sem impedir reformas, desde que respeite direitos consolidados. A decisão do TST é considerada acertada por promover previsibilidade, evitar regimes jurídicos distintos e valorizar a legalidade vigente no Estado Democrático de Direito.

O Prof. Marcelo Leonardo Tavares, em ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: UM CONCEITO EM MUTAÇÃO, analisa a evolução do Estado de Bem-Estar Social de Direito, surgido no início do século XX como variante do Estado Liberal, e sua transformação após a crise do final do século XX, quando se recalibrou para enfrentar desafios contemporâneos, especialmente na América Latina. Essa nova fase, denominada neo welfarismo ou Estado Social de Investimento, foca na proteção social direcionada à infância, redução das desigualdades sociais e de gênero, e adaptação às transformações do mercado de trabalho no século XXI, marcado pela revolução tecnológica, precarização das relações laborais e diversidade familiar. O texto destaca a necessidade de políticas públicas integradas, que vão além da assistência tradicional, priorizando educação, saúde, capacitação contínua e cuidado (“care”) como investimentos estratégicos para a inclusão social e desenvolvimento sustentável. Também enfatiza a importância da universalização de serviços básicos, a manutenção de sistemas previdenciários justos e a promoção da igualdade de oportunidades para combater a pobreza estrutural, especialmente entre crianças, adolescentes, idosos e grupos vulneráveis,

reafirmando o papel central do Estado no fortalecimento da coesão social e na construção de uma economia baseada no conhecimento.

Por fim, no artigo intitulado **TRABALHO ANÁLOGO A ESCRAVIDÃO E A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA: O FENÔMENO DA REINSERÇÃO COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, Moisés Lourenço de Almeida e Cláudio Victor de Castro Freitas examinam o problema do trabalho análogo à escravidão no Brasil a partir da tutela à dignidade da pessoa humana, com foco na reinserção social como elemento central no enfrentamento desse problema. Por meio de uma abordagem histórica e crítica, os autores demonstram a persistência de práticas exploratórias, especialmente no meio rural, e a fragilidade das políticas públicas voltadas ao acolhimento dos trabalhadores resgatados. Ressalta-se a responsabilidade compartilhada entre Estado, sociedade civil e setor privado na efetiva reintegração dessas pessoas. A pesquisa conclui que a reinserção é essencial para romper o ciclo de exploração e prevenir a reincidência, alertando que a omissão estatal, desde a abolição formal da escravidão, tem contribuído para perpetuar formas modernas de subjugação. A reintegração, com foco na cidadania e no atendimento integral das vítimas, é apontada como caminho para a superação desse grave problema social.

Com um especial agradecimento aos autores que contribuíram com a presente edição e também aos demais que enviaram textos para seleção, os quais, por critérios editoriais não puderam integrar este volume.

Uma boa leitura!

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich
Professor Associado do PPGD/UERJ
Editor-Chefe da Revista LABUTA

O Estado de Bem-Estar Social, as novas realidades do capitalismo e do mundo do trabalho e precarização laboral: caminhos para uma rediscussão sobre o Direito do Trabalho no contexto do trabalho executado por plataformas digitais

The Welfare State, the New Realities of Capitalism and the World of Work, and Labor Precarization: Pathways for a Reassessment of Labor Law in the Context of Platform-Based Work

Claudio Victor de Castro Freitas

Resumo

Este trabalho analisa aspectos relacionados à exploração do trabalho humano dentro da lógica legislativa e jurisprudencial ao longo das últimas décadas, contextualizando-os ao atual momento da economia digital e a necessidade de proteção social.

Palavras-chave: trabalhadores – proteção social – economia digital

Abstract

This paper analyzes aspects related to the exploitation of human labor within the legislative and jurisprudential logic over the last decades, contextualizing them to the current moment of the digital economy and the need for social protection.

Keywords: workers – social protection – digital economy.

Como citar este artigo: ABNT¹ e APA²

1. Do Estado de Bem-Estar Social à acumulação flexível: caminhos para novos tempos

Naturalmente que diante da fluidez dos fatos sociais, com respectivo desmantelamento das defesas estatais construídas ao longo dos anos, a fazer surgir verdadeiro capital do medo no

¹ FREITAS, Claudio Victor de Castro. O Estado de Bem-Estar Social, as novas realidades do capitalismo e do mundo do trabalho e precarização laboral: caminhos para uma rediscussão sobre o Direito do Trabalho no contexto do trabalho executado por plataformas digitais. **Labuta**, v. 2, n. 1, p. 1-21, jan./jun. 2025.

² Freitas, C.V.C. O Estado de Bem-Estar Social, as novas realidades do capitalismo e do mundo do trabalho e precarização laboral: caminhos para uma rediscussão sobre o Direito do Trabalho no contexto do trabalho executado por plataformas digitais. **Labuta**, 2(1), 1-21.

contexto social e político (Bauman, 2007, p. 16-18), a CLT teve que acompanhar a mutabilidade das dinâmicas laborais (SÜSSEKIND, 1957, p. 159), mas sem abrir mão da rigidez das normas de indisponibilidade absoluta (vide o exposto regramento do artigo 9º da CLT). Eis a razão de ser, por exemplo, do específico princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, impeditivo da renúncia e transação de direitos individuais dos trabalhadores (Freitas, 2023, p. 110).

O surgimento da CLT em 1943 fez apresentar, em compasso com inúmeras nações estrangeira do pós-2ª Guerra Mundial, a atuação do Estado na garantia do Bem-Estar, conhecido como *Welfare State*. Segundo a literatura, no caso brasileiro, um *Welfare State* conservador e corporativista, que buscava manter a diferença de classes com redistribuição diminuta de benefícios – como ocorrera também na Alemanha, França e Itália (Esping-Andersen, 1990, p. 137), contrapondo-se ao o *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) e *Welfare State* socialdemocrata, 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 (Fiori, 1997, p. 136).

Os notórios avanços decorrentes do Estado de Bem-Estar Social em todas as nações que dele se valiam originaram situação inimaginável anteriormente, apresentada por uma verdadeira aliança entre os diferentes setores da sociedade. Tal circunstância gerou um novo movimento de reurbanização e conseqüente aumento do consumo de combustíveis fósseis, conjuntura prejudicial ao meio ambiente relativizada pelo bom momento socioeconômico (Vicente, 2009, p. 124).

Ocorre que dentro da lógica comum da finitude dos deleites mundanos, uma nova fase do sistema capitalista emergiu nas décadas de 1970 e 1980. Tal período foi reconhecido como acarretador de enormes dificuldades do Estado de Bem-Estar Social, gerador de seu refluxo, especialmente em razão da estagnação econômica das sociedades capitalistas, elevação dos índices de inflação acompanhada do desemprego [gerando a “*estagflação*” (Stoffaës, 1991, p. 64)] e a eclosão da primeira grande crise do petróleo (Moura, 1978, p. 78-74).

Conseqüentemente o Estado de Bem-Estar Social 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*” (Bedin; Nielsson,

2013, p. 39). Assim, afastou-se dos seus poderes investidores e regulatórios, considerados então excessivos, para atuação focada em desvios considerados *falhas de governo*, funcionando limitadamente à regulação em conformidade com os interesses existentes nas indústrias/produtoras de bens de serviço, assim como entre os diversos grupos sociais (grupos de interesses), chegando-se a um possível denominador comum na escolha pública (*public choice*) (Mattos, 2004, p. 15), esta consubstanciada na preocupação com as causas do comportamento governamental, inserindo-se no campo de estudos relacionado à teoria econômica da tomada de decisões (Iório, 2019, p. 13).

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 itens alternativos ou incentivando indústrias complementares) e fixação de preços para obtenção de taxas de retorno mais competitivas (Stigler, 2004, p. 23-48). Isso sem descuidar 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 (Peltzman, 1976, p. 211-240) na busca artificial da renda através da atuação do Estado através da busca do lucro (*profit-seeking* – Tollison; Congleton, 1995).

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*” (Hayek, 1977, p. 35) e da suposta cooperação espontânea entre os indivíduos como geradores de coesão social (Friedman, 2014, p. 68).

As manifestações iniciais do novo sistema 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 – Anderson, 1995, p. 09-23). 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*” (Dardot, 2016, p. 190).

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 (Lima, 2011, p. 161-172). O destaque maior, no entanto, se deu no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, notadamente pela implantação do Plano Real e da Reforma Administrativa (Bresser-Pereira, 1998, 49-95), preceitos que permaneceram nos governos de esquerda posteriormente eleitos, ainda que com algumas peculiaridades diferenciadas e sob o epíteto de “social-liberalismo” (Lara; Silva, 2019, p. 489).

A partir de tal período passamos a notar uma reconfiguração do capitalismo através da mundialização do capital (Chesnais, 1996, p. 34), sobretudo por meio da mudança radical do padrão de acumulação, que passou a se dar através do capital financeiro (ou o capital portador de juros³).

Conferiu-se, assim, mobilidade ao capital industrial com aumento de seu lucro desmedido, ainda que sem o correspondente crescimento quantitativo e qualitativo do emprego. Extraía-se de modo mais intenso, assim, o mais-valor (Antunes, 2019, p. 16-23) pela precarização e desemprego estrutural, incorporação da informática e novas tecnologias como geradores de impactos no mundo do trabalho.

Essa nova ideologia dominante (Mészáros, 2014, p. 17-18), acarretadora de verdadeira *acumulação por espoliação* (Harvey, 2004), 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, conferiu 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 (Alves, 2007, p. 16).

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 (Mészáros, 2014). Procedeu-se a novas formas de ordenações espaço-temporais como expedientes de enfrentamento das recorrentes crises de sobreacumulação (recorrentemente por meio de *deslocamentos temporais*, que se dão pelos investimentos em

³ Em que o dinheiro se transforma em mercadoria especial que adquire a forma de empréstimo gerador de um fetiche do capital, pelo qual aquele se concebe como gerador da mais-valia como algo que lhe cabe de direito. Vide MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro 3. Tomos 1 e 2. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 299.

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 – Harvey, 2004, p. 93-94).

A flexibilidade da força de trabalho, com diminuição da legislação e regulamentação social do trabalho e sindical (Salerno, 1995), apresentou-se travestida como verdadeira necessidade e supostamente como construtora do valor mercadológico relacionado ao tempo despendido pelo labor humana (Dal Rosso, 2017), sendo enxergada como resultado tido por “natural” de uma força quase divina, incoercível e sem limites, que é o *mercado* (Dufour, 2008).

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*” (The World Bank, 2012, p. 10).

Dessa feita, ao procederem as grandes empresas na prática de 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 (Dal Rosso, 2008) - seja pela reorganização do ritmo laboral, seja pelas exigências de polivalência (Gollac; Volkoff, 2007) (vide, por exemplo, os artigos 33, II, “b” e 43 da Lei 12.815/2013⁴) e/ou gestão por desempenho (Bártoli; Rocca, 2006) -, geram-se locais de trabalho cada vez mais “fissurados” (Weil, 2017), 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 (Alves, 2011).

Continua-se a produção da mais-valia relativa (Marx, 1996), mas com novos contornos, tanto no que tange à consideração do trabalhador coletivo, quanto da divisão do trabalho e maquinaria utilizada (Alves, 2011). Tais situações demonstram que, de fato, a tendência é pela não regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada estampada no artigo 7º, XXVIII da CRFB/88, qual seja, a proteção do trabalhador contra a automação “*na forma da lei*”.

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 (Supiot, 2005), que se “reinventam” com estratégias de fortalecimento das organizações, como no atual discurso da “*cidadania empresarial*”.

⁴ **Lei 12.815/2013. Art. 33.** Compete ao órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário avulso:

[...]

II- promover:

[...]

b) o treinamento multifuncional do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso

Art. 43. A remuneração, a definição das funções, a composição dos ternos, a multifuncionalidade e as demais condições do trabalho avulso serão objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores portuários avulsos e dos operadores portuários.

Apresenta-se o empresariado, assim, como verdadeiro promotor 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*” (Torres, 2019, p. 327).

Tais situações fortalecem a discussão sobre a aplicação da legislação trabalhista clássica (configuração da relação de emprego), ou da civil (autônomo), ou, até mesmo, um terceiro gênero (passubordinado/coordenado), diante de um cenário de “crise” do Direito do Trabalho para apresentação de respostas aos questionamentos emergentes.

2. A “CRISE” DO DIREITO DO TRABALHO E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS.

A erosão das conquistas legais históricas dos trabalhadores apresenta-se cada vez mais elastecida, seja na literal extinção/flexibilização de direitos pela lógica da agenda neoliberal, 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, “*empreendedoros*”), em movimento conhecido como *uberização do trabalho* (Slee, 2007, p. 33-34).

Emerge, assim, a “*trípode destrutiva*” do capital em relação ao trabalho, sustentada na terceirização, informalidade e flexibilidade (Antunes, 2020, p. 39), escancarando-se em expressão consagrada como verdadeira “*desmedida empresarial*” (Linhart, 2007).

Dentro dessa lógica estrutural prejudicial ao mundo do trabalho, focando-se, nesse ensejo, nos trabalhos em plataformas digitais, eleva-se o debate sobre a sua regulamentação. Indaga-se, em razão disso, sobre a modelagem legal adequada para essa forma de labor humano.

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

(2005):

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.

De todo modo, independente da corrente que se adote, o que se busca, em verdade, é o exercício do diálogo estampado em manifestações individuais ou coletivas da democracia participativa (Freitas, 2019), tema cada dia mais em voga e apresentável como elemento essencial de todo e qualquer negócio jurídico que se pretenda profícuo.

Ademais, é importante ressaltar, desde já, que se deseja com isso destacar que a resposta a ser dada deve se inserir no mundo do Direito do Trabalho, já que “*não há transformações fulcrais na lógica da exploração da mão de obra que coloquem em xeque a existência deste ramo jurídico ou que abra espaço para o questionamento dos seus paradigmas ou de sua estrutura*” (Kalil, 2020, p.176).

A ponderação acima é relevante porque o Direito do Trabalho possui essenciais funções, tanto em relação à melhoria das condições de pactuação e gestão laboral na vida econômica (vide o artigo 7º, *caput*, parte final da CRFB/88), quanto pela via econômica modernizante e progressista, civilizatória e democrática e conservadora (Delgado, 2018, p. 79-89).

De todo modo, é relevante analisar o labor em plataformas digitais, acentuando-se as teses delineadoras e defensoras de matizes protetivas diferenciadas em diferentes contextos históricos e culturais.

3. O TRABALHO PRESTADO POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS: DELINEAMENTOS E POSSÍVEIS CONCLUSÕES INTERPRETATIVAS.

O trabalho por meio de plataformas digitais é aquele realizado por meio de “*infraestruturas digitais que possibilitam a interação de dois ou mais grupos*” (Snircek, 2017, p. 25), decorrentes da já acima narrada economia de compartilhamento.

O crescimento da atividade de prestação de serviços intelectuais passou a ser tornar o principal vetor econômico da sociedade da informação apresentada no contexto denominado “pós-industrial” (ou de “4ª revolução industrial” – Schwab, 2016), gerando, como consequência, perniciosas formas de realização do trabalho (Castells, 2011, p. 267).

Atualmente assistimos a uma moderna onda de precarização nas relações laborativas, 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*” (Slee, 2007, p. 35). Operam-se “*formas ultrarrápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado*” (Deleuze, 1992, p. 220), 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*” (Camelo *et. al.*, 2022, p. 23).

Tais algoritmos (Gillespie, 2018, p. 97) 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 (Figueiredo, 2019, p. 158).

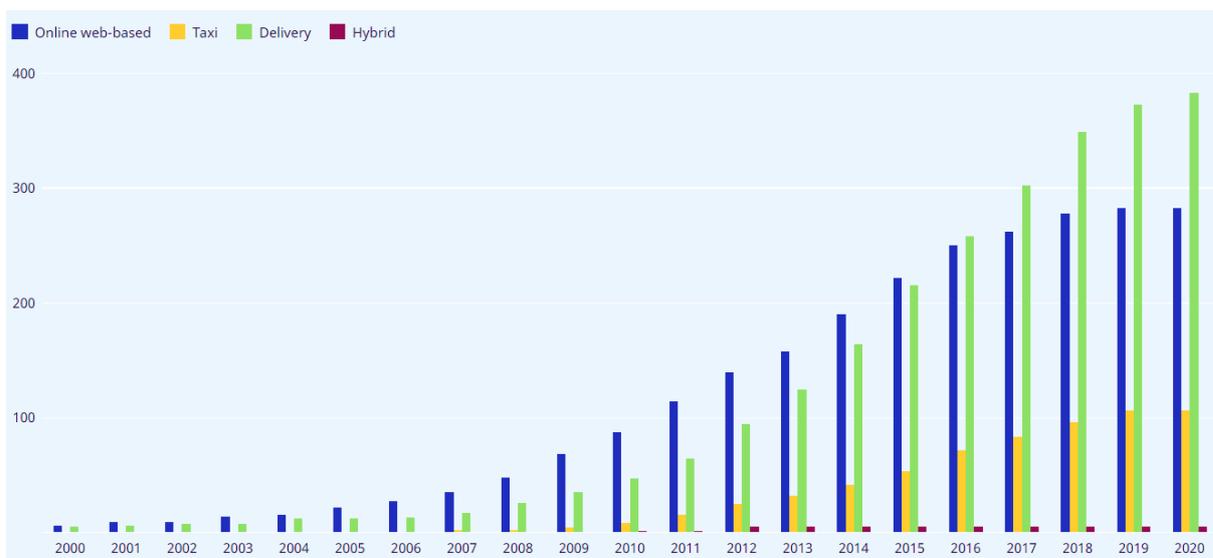
O manejo dos algoritmos propicia a criação dos “*killer apps*”, que são bens ou serviços capazes de desarranjar as relações entre fornecedores, produtores e consumidores, bem como as regulações governamentais e a oferta de produtos por meio da “*destruição criativa*” que impõem. Dessa forma, permite-se, conseqüentemente, uma enorme vantagem econômica dos agentes que primeiramente os desenvolvem (Downes, 2000, p. 03-04) (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 (Figueiredo, 2019, p. 163). 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 (Figueiredo, Bolaño, 2017, p. 12).

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 (Moore, 2020, p. 07), elevando-se a competição entre os pares, a precarização do labor e desafiando as legislações de cada um dos locais onde penetra (Fritzen, 2018).

Trata-se de uma via cada vez mais ampliada em razão da diminuição dos postos de trabalho classicamente considerados e aumento substancial da ocupação no setor informal (vide a taxa de desocupação de 7,8% no trimestre junho/julho/agosto de 2023⁵ e ocupação de 39,2% da população economicamente ativa no setor informal, segundo últimos dados da PNAD contínua divulgados pelo IBGE⁶).

Os dados mais recentes apresentados pela Organização do Trabalho (OIT) demonstram a evolução do número de plataformas digitais ao longo dos anos⁷:



Um grande questionamento que exsurge dentro do referido contexto e sobre a forma como se enquadram os prestadores de serviços de plataformas digitais.

Nesse sentido, apresentam-se defensores de diversas correntes: **(iii.1)** há quem entenda que seriam trabalhadores plenamente autônomos, submetendo-se aos ditames do Código Civil, sem garantias legais mínimas (como desejam as plataformas e conforme alguns precedentes do TST⁸ e atual entendimento majoritário do STF⁹); **(iii.2)** há quem defenda se tratar de

⁵ Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html>>. Acesso em 03/10/2023.

⁶ Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/37664-pnad-continua-trimestral-desocupacao-recua-em-oito-das-27-ufs-no-segundo-trimestre-de-2023>>. Acesso em 03/10/2023.

⁷ Disponível em <<https://ilo.org/infostories/Campaigns/WESO/World-Employment-Social-Outlook-Report-2021#digital-labour-platform/types>>. Acesso em 03/10/2023.

⁸ Vide RR-10025-16.2022.5.15.0016, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 14/08/2023; AIRR-10379-07.2022.5.03.0006, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 19/12/2022 e AIRR-1092-82.2021.5.12.0045, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 02/12/2022, todos da 4ª Turma do TST. No mesmo sentido, a 5ª Turma do TST, no Ag-AIRR-1001160-73.2018.5.02.0473, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 20/08/2021 e RR-1000123-89.2017.5.02.0038, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 07/02/2020.

⁹ STF, Rcl 60347, 1ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJE 05/12/2023.

trabalhadores autônomos com determinados direitos garantidos por lei (a exemplo do Projeto de Lei 3.754/2020, apresentado pelo Senador Alessandro Vieira); **(iii.3)** há quem defenda que se tratam de verdadeiros empregados celetistas submetidos a uma nova forma de subordinação por algoritmos (Moreira, 2017, p. 76-99)¹⁰ e com todos direitos da legislação atual; e **(iii.4)** existem aqueles que entendem se tratar de verdadeiros empregados celetistas, mas com direitos especificamente regulados por lei especial de acordo com a peculiaridade dos serviços prestados (a exemplo do Projeto de Lei 3.748/2020, apresentado pela deputada federal Tábata Amaral).

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*” (Passchier, 2018), 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 (CORTEBEECK, 2020, p. 246-247).

Nesse contexto, os questionamentos maiores refletidos na literatura se reportam aos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, destacadamente para a (i) subordinação, (ii) pessoalidade, (iii) não eventualidade e (iv) alteridade, que merecem destaque neste ponto com o foco no exercício do labor em plataformas digitais para se buscar uma resposta dentro do ordenamento jurídico pátrio.

3.1. 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: à “dependência” a que se refere o artigo 3º da CLT.

Isso porque, conforme acima delineado, o ordenamento jurídico pátrio adotou o critério da dependência hierárquica, ou seja, a subordinação jurídica. Isso significa dizer que para que se configure 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,

¹⁰ Nesse sentido, entendimento da 2ª Turma do TST no RR-536-45.2021.5.09.0892, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 29/09/2023. No mesmo sentido, a 8ª Turma do TST, no RRAg-100853-94.2019.5.01.0067, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 03/02/2023, bem como a 3ª Turma do TST, no RR-100353-02.2017.5.01.0066, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 11/04/2022.

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 (Carelli, 2017, pp.141/142).

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 (Pinsof, 2016, p. 355-364)¹¹.

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*, 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 (Reis; Corassa, 2017, p. 164).

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*” (Kalil, 2020, p. 186), moldando o comportamento dos trabalhadores e, conseqüentemente, alcançando as

¹¹ Entendendo pela existência da subordinação jurídica em suas três facetas nos trabalhos em plataformas digitais (subjetiva, objetiva e estrutural), vide BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso “Uber”. *Revista da LTr*, v. 81, n. 3, p. 342, Mar. 2017.

metas estabelecidas (Reis; Corassa, 2017, p. 164). 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 negocial. Tais situações fazem aproximar o trabalhador, segundo parcela doutrinária, da dependência econômica, resgatando-se tal elemento ao lado do critério hierárquico (subordinação jurídica – Davidov, 2017, p. 11-14).

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 (Geminiani, 2019, p. 231).

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*” – Cherry; Aloisi, 2017, p. 650) do sistema canadense, ou “trabalhador” (“*worker*” – De Stefano, 2016, p. 497) britânico, ou o “quase-empregado” (“*arbeitnehmerähnliche Person*” – Lochelfeldt, 2019, p. 603-604) alemão, ou o “trabalhador economicamente dependente” (“*trabajador economicamente dependiente*” – Melgar, 2005, p. 25-40) espanhol, ou o “trabalhador parassubordinado” (“*lavatore parasubordinato*” – Raffini, 2018, p. 37-75) 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 (Goldin, 2006, p. 123-124).

3.2. 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 (Rocha, 2020, p. 177), demonstrando, de forma cabal, o preenchimento do elemento fático-jurídico da personalidade sem maiores complexidades.

3.3. 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 (Maranhão, 1987, p. 49-50), 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 (Pinto, 2017, p. 203; Baboin, 2017, p. 336).

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 (Cunningham-Parmeter, 2016, p. 336-337).

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.

3.4. 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 (Davidov, 2017, p. 13).

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 – Abílio, Amorim, Grohmann, 2021, p. 46).

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 (Oliveira, Carelli, Grillo, 2020, p. 2609-2634), não sendo repassada a assunção dos riscos das atividades.

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

4. CONCLUSÃO.

A adaptação do Direito do Trabalho ao mundo moderno se faz necessária, fazendo valer suas funções precípuas 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.

Não se torna viável 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 (Ferreira, 2012).

Dessa forma, merecem a completa tutela legal celetista e previdenciária, eis que preenchidos todos os elementos fático-jurídicos inerentes à caracterização da referida condição.

Nesse ensejo é que as palavras do Papa Francisco, proferidas na 109ª Conferência Internacional do Trabalho (2021)¹², devem ser lembradas como verdadeiro amálgama social,

¹² Vide <<https://www.vatican.va/content/francesco/pt/messages/pont-messages/2021/documents/20210617-videomessaggio-oil.html>>. Acesso em 03/10/2023.

no sentido de promoção de ações em comum para a devida compreensão do trabalho.

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.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

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.

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

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

ALVES, Giovanni. **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.

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

ANTUNES, Ricardo. 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.

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.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

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.; SILVA, V. R. (orgs.). **A política social na América do Sul: perspectivas e desafios no século XXI**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2013.

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

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.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

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.

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

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.

DAL ROSSO, Sadi. **O ardil 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, novembro/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.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

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

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

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

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.

FIGUEIREDO, Carlos; BOLAÑO, César. Social media and algorithms: configurations of the lifeworld colonization by new media. **International Review of Information Ethics**, v. 26, 2017.

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

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

FREITAS, Cláudio. DINIZ, Amanda. **CLT Comentada**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

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.

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.

HARVEY, David. **O novo imperialismo**. São Paulo: Loyola, 2004.

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

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

KALIL, Renan Bernardi. **A regulação do trabalho via plataformas digitais**. São Paulo: Blucher, 2020.

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.

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.

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

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro 1. Vol. 2. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996.

MARX, Karl. **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. **Revista andaluza de trabajo y bienestar social**, n.81, 2005.

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

MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**: rumo a uma teoria da transição. São Paulo: Boitempo, 2002.

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

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. **Revista de administração de empresas**, São Paulo, vol.18, n.1, março/1978.

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

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

PINSOF, Jennifer. A new take on an old problem: employee misclassification in the modern gig-economy notes. **Michigan Telecommunications and Technology Law Review**, v.22, 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.

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.

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. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, Ano XXXI, n. 117, jan-mar/2005.

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.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

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

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

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho. Vol. I**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1957.

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

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.

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.

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.

Sobre os autores

Claudio Victor de Castro Freitas: Doutor e Mestre em Relações Sociais e Direito pela UFF/RJ. Doutorando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UERJ. Juiz do TRT da 1ª Região.

A materialização dos direitos sociais dos trabalhadores pela perspectiva do acesso à justiça: um olhar crítico sobre algumas decisões do Supremo Tribunal Federal

The materialization of workers' social rights from the perspective of access to justice: a critical look at some decisions of the Supreme Federal Court

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich

Fabiano Fernandes Luzes

Resumo

O texto analisa o direito do trabalho como instrumento de proteção às relações laborais, destacando seu papel fundamental na preservação da dignidade humana através da tutela dos direitos sociais dos trabalhadores. Discute a premissa de desigualdade fática existente nas relações de trabalho e a necessidade de mecanismos protetivos em várias instâncias: nas políticas públicas estatais, na produção legislativa e na atuação do Poder Judiciário. O texto critica decisões recentes da Corte Constitucional brasileira que, segundo o autor, caminham em sentido contrário à efetividade dos direitos sociais ao restringir o acesso à Justiça do Trabalho, direcionando trabalhadores a vias processuais mais complexas e onerosas.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Dignidade humana; Proteção ao trabalhador; Acesso à justiça; Direitos sociais; Justiça do Trabalho.

Abstract

The text analyzes labor law as an instrument for protecting labor relations, highlighting its fundamental role in preserving human dignity through the protection of workers' social rights. It discusses the premise of factual inequality in labor relations and the need for protective mechanisms at various levels: in state public policies, legislative production, and the Judiciary's actions. The text criticizes recent decisions by the Brazilian Constitutional Court which, according to the author, move against the effectiveness of social rights by restricting access to Labor Courts and directing workers to more complex and costly procedural channels.

Keywords: Labor law; Human dignity; Worker protection; Access to justice; Social rights; Labor Court.

1. Introdução

O direito do trabalho, seja no aspecto material ou processual, tem como finalidade precípua a regulação e tutela das relações laborais, tendo como premissa a existência de desigualdade fática no interior de sua relação contratual. Em outras palavras, busca reequilibrar a crise que é da essência das relações de trabalho subordinado. Crise essa, da exploração capitalista do trabalho, que vem estendendo-se mais modernamente a ainda outras relações análogas. Nesse sentido, é curial perceber que esse ramo do Direito, em última análise, busca a preservação da dignidade humana através da figura do trabalhador, por via de materializar a tutela dos direitos sociais, que se manifestam por diversos aspectos distintos, entre eles nas relações laborais. A proteção à dignidade humana, à pessoa do trabalhador, nas suas mais diversas dimensões materiais, por imperativos civilizatórios, humanísticos ou mesmo naturais, impõe-se para além até mesmo das normas constitucionais, porquanto, no estágio civilizatório atual e na dimensão internacional dessa proteção, seria intolerável qualquer maltrato a esses elevados imperativos.

É importante destacar que a construção dessa estrutura protetiva possui etapas distintas, que vão desde a implementação pelo Estado de políticas públicas, que alcançam até mesmo a existência de efetiva fiscalização das referidas relações. Passa ainda pelo direcionamento contínuo de construções normativas, cumprindo ao legislador orientar seus esforços como meio de buscar o equilíbrio e harmonia na relação dicotômica entre capital e trabalho, sem nunca perder de vista que o trabalhador é a parte hipossuficiente nessa estrutura contratual³. Verifica-se ainda caber ao Poder Judiciário o dever de nortear suas decisões tendo como alicerce toda a lógica protetiva que existe na configuração desse sistema protetivo, o que não significa supor a

¹ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von; LUZES, Fabiano Fernandes. A materialização dos direitos sociais dos trabalhadores pela perspectiva do acesso à justiça: um olhar crítico sobre algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. *Labuta*, v. 2, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2025.

² ADAMOVICH, E.H.R.V.; LUZES, F.F. (2025). A materialização dos direitos sociais dos trabalhadores pela perspectiva do acesso à justiça: um olhar crítico sobre algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. *Labuta*, 2(1), 22-56.

³ Ilustra a referida afirmação o documento denominado Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, produzido pelo CNJ, no qual se destaca textualmente que “O direito do trabalho é o ramo do direito gestado da assimetria entre o capital e a força de trabalho decorrente, justamente, do desnível existente entre estes dois lados da esfera produtiva” (CNJ; 2021; 102/104).

existência de parcialidade, mas a implementação de julgamentos que estejam amparados nessa dinâmica principiológica protetiva, sobretudo por existir determinação constitucional neste sentido.

Com base nessas premissas, pretende-se analisar, em vista da premissa do acesso à justiça como meio de efetividade dos direitos sociais, algumas decisões da Corte Constitucional brasileira, que denotam, com a devida vênia, um caminhar em sentido oposto à efetiva busca de efetividade dos direitos sociais. Seja na perspectiva individual ou coletiva, seja na própria apreciação da competência da competência da Justiça Laboral, especializada para enfrentar conflitos laborais. Percebe-se que desses entendimentos resulta uma gradativa imposição de limites para que o trabalhador possa, ao ter um direito violado, buscar algo que deveria ser singelo, o restabelecimento de sua dignidade ferida, através do alcance de seus direitos garantidos. Não se pode entender que configure um caminho de efetivação desses direitos a restrição de oportunidades de acesso à Justiça do Trabalho ou o direcionamento do trabalhador para outras vias processuais mais complexas e onerosas.

2. A estrutura estatal como meio de desmaterialização dos direitos sociais

Pensar a construção de um sistema complexo de direitos sociais envolve, em regra, todos os atores políticos e de representação coletiva, mais do que isso, precisa-se ter em conta o ordenamento social e econômico subjacente, que sabidamente condicionam a efetivação dos direitos concebidos no plano jurídico ideal. Chamam-se de “chancela” as etapas necessárias que cada sociedade perpassa para possibilitar que esses direitos não apenas sejam reclamados, mas que passem a ser metas periódicas e contínuas para seu alcance, vale dizer, que haja efetivo empenho na sua materialização. Neste aspecto, cumpre pensar não apenas a simples adição de novos direitos, mas sim buscar tornar efetivos, reais e coativos os já existentes (Economides, 1999, pp 71). Não só a moderna teoria do direito constitucional, mas, antes, a concepção pós-moderna de uma teoria da justiça impõe ocupar-se dessa efetivação, antes do que da simples proclamação de sua estrutura ideal.

Neste sentido, deve-se pensar o Estado em sua visão mais ampla, tomando-se um conceito político de constituição (Schmitt, 2011, pp. 35/44) não apenas quanto aos entes que compõem cada unidade política, mas a própria segmentação política em todas as suas dimensões. Tomada a concepção de separação de funções de governo, que remonta aos gregos,

foi especializada por Montesquieu em vistas à experiência inglesa e exacerbada na experiência norte-americana que inspira a brasileira, cada qual dos Poderes, imbuídos de suas atribuições típicas, deve buscar materializar os direitos sociais, que em regra são elencados pela constituição de cada país. Tem-se, nessa concepção clássica, que ao Poder Legislativo cabe a busca constante de regulamentações que potencializem o alcance destes direitos elencados. Ao Poder Executivo, cumpre a construção de políticas públicas, bem como a fiscalização do cumprimento de todos os atores sociais destes direitos. Por fim, e não menos importante, cumpre ao Poder Judiciário balizar, vale dizer, ponderar as decisões dos conflitos a ele levados, tendo como norte a sua pacificação, mas sempre capitaneado pelo dever de tutela desses direitos. Percebe-se ainda que a própria lógica do sistema “check and balances”, agregado à lógica de que tais Poderes são segmentados, mas que não perdem a natureza de unidade, lógica essa que permite intuir ser um dever sistêmico que um Poder, na inércia de um, possa casuisticamente suprir a omissão na busca do alcance dos ditames constitucionais. Já à luz da teoria aristotélica da justiça essa via de ponderação seria claramente justificável.

Quando se analisa a lógica que circunda o direito do trabalho, seja na esfera material individual e coletiva, seja ainda na lógica processual, vê-se que a constituição brasileira os eleva ao status de direito social, o que intuitivamente leva a uma conclusão dedutiva, qual seja, que esses são destinatários de todos os esforços estatais para sua concretização. Sublinhe-se, por necessário, que, no caso brasileiro, o fato de a tutela dos valores sociais do trabalho ter assento constitucional, por isso orientando a ordem econômica e o próprio uso da propriedade privada. Não menos relevante, a inserção do estado brasileiro, como signatário de diversos tratados internacionais que regulam de forma específica o direito social ao trabalho estabelece balizas ainda mais sólidas para entender-se a relevância de uma comunhão de esforços para sua efetivação.

A inflexão ideológica, não obstante, que norteia a atuação estatal brasileira em matéria trabalhista alcança de forma coordenada todos os poderes da Federação. É possível verificar, no espaço destinado à atuação legislativa, uma grande quantidade de alterações na estrutura normativa brasileira, tendo como eixo principal a denominada “Reforma Trabalhista” de 2017. Mesmo que já fosse possível observar um movimento periódico de alterações, com contínua flexibilização de institutos trabalhistas clássicos, não seria equivocado que a citada reforma aponta uma inflexão principiológica, que passa a nortear toda a temática de assuntos relativos

aos direitos trabalhistas, tendo como alicerce a mandamental adequação da legislação trabalhista a novos tempos, e a um mercado global e mais competitivo.

Em sentido contraposto, pode-se lembrar que a opção de um povo, materializada em sua constituição, representa uma escolha política, que vincula o legislador infraconstitucional e o executor das leis, não cumprindo a esses “...buscar de subterfúgios para esvaziá-las de conteúdo prático” (Adamovich, 2022, p. 88). Portanto, a tutela dos direitos sociais não estaria inserida em uma possível discricionariedade política⁴, dado que seu arcabouço protetivo decorre de sua formatação e incorporação histórica, no caso trabalhista a tutela do trabalhador contra sistemáticas explorações e outras condicionantes de mazelas a eles impostas. Nessa visão, em uma lógica extremada de efetivação desses direitos, não seria equivocado afirmar que o trabalhador deve ser protegido, até mesmo, “dele próprio”. Portanto, vale reafirmar o que já se disse em outra obra: “...se maioria simples parlamentar edita normas que esvaziam de conteúdo prático direitos constitucionalmente enumerados, como aqueles do art. 7º, da Constituição brasileira, substitui-se indevidamente ao legislador-constituente...” (Adamovich, 2022, pp. 88).

Tem-se também que pensar o Estado exclusivamente na ótica burguesa significa, ato contínuo, legitimar a interferência dessa classe sobre toda a estrutura jurídica, o que leva a impor a constatação de que aqueles incumbidos da produção normativa não seriam neutros. A ausência de neutralidade leva, ato contínuo, à produção de um conjunto normativo viesado, que retroalimenta uma estrutura de poder posta. Em conclusão, a classe dominante tende a estruturar o Estado, e o próprio direito (Souto Maior; 2017; pp 291), a viabilizar que não apenas se mantenha na estrutura de poder, mas que todos os atos produzidos pela administração pública tendam a reproduzir e potencializar este fenômeno. Mesmo sob uma ótica estritamente liberal, alhear o Estado do desempenho de missões sociais não significa ipso facto privar de oportunidades de ascensão social e de igualdade de oportunidades os mais pobres. Até mesmo nessa visão liberal o legislador deve atuar para fomentar o que os norte-americanos denominam de fair bargaining, privilegiando a boa fé objetiva e a ordem jurídica internacional de tutela à

⁴ Neste aspecto, devemos pontuar ainda que a própria desigualdade social de um país acaba por trazer reflexos na forma como este verifica a produção normativa de seu parlamento. Se cargos eletivos são ocupados por representantes de um extrato social específico, como ocorre no caso brasileiro, este tende a produzir regras sistemática que alcançam um setor da sociedade em detrimento de outro. E dentro da lógica da tutela dita contramajoritária, vê-se a necessidade de que a historicidade dos direitos sociais possuir balizas que sustentem sua autopreservação. Para a efetivação dessa tutela, o Poder Judiciário deveria cumprir sua missão precípua. Infelizmente, constata-se uma gradual alteração de vertente deste Poder, em especial a corte constitucional brasileira, que vem cedendo ao movimento mundialmente verificado da colonização do direito pela economia, submetendo este aos ditames impostos pela estrita racionalização econômica das relações.

dignidade humana e não para armar desmedidamente uma das partes da relação em desfavor da outra.

Destaca-se que a atual estrutura de constitucionalização dos direitos sociais demonstra a assimilação pelo estado capitalista dos valores e ideias advindos do socialismo e do humanismo, com objetivo de estabilização das relações e criação de um espaço mais propício para o próprio desenvolvimento da lógica pertinente à acumulação de capital⁵. Por outro lado, evidencia-se que essa lógica acaba por denotar fragilidade na própria estruturação destes direitos sociais, pois passam a ser lidos e interpretados pela contemporaneidade do cenário econômico. Neste sentido, a constituição deixa de ser uma materialização de aspirações civilizatórias para ser mero instrumento de realização de projetos de poder. Ou seja, não se verifica realmente a internalização do ideal social, mas sua mera normatização, que assim sendo, admite novos horizontes por parte de seus intérpretes⁶ (Adamovich, 2022, pp. 97-98).

No mesmo sentido, passa-se a verificar o Poder Executivo reduzindo de forma sistemática recursos destinados à estrutura de fiscalização das relações de trabalho. Em paralelo, na atuação legislativa atípica por esse Poder, através do instituto da Medida Provisória, verificam-se, a partir de 2018, alterações que, sob a ideia de desburocratizar o Estado, trouxeram uma gradual exposição dos trabalhadores a maiores riscos sociais. Tais riscos decorrem, por exemplo, de elevação gradual de condições de trabalhadores em condições análogas a de escravo, passando ainda pela maior restrição imposta aos auditores ou fiscais do trabalho quanto à imposição de multas e autos de infração, chegando até mesmo à própria extinção do histórico Ministério do Trabalho. Interessante observar que a própria inércia do Poder Executivo, que deixa de cumprir seu dever constitucional de fiscalização da efetivação dos direitos sociais, é meio claro de geração de demandismo. Parece curial perceber que, num ambiente de maior inefetividade material dos direitos legalmente estatuídos, torna-se exponencial a demanda de tutela pela via jurisdicional.

⁵ A própria estruturação de um sistema normativo trabalhista acaba por ser um meio de acomodação da perspectiva insurgente dos fenômenos sociais trabalhistas, que tendem a se contrapor a uma situação posta. Por isso, muitos pensadores atribuem ao direito do trabalho uma conotação mais capitalista que propriamente social. No Brasil, em especial, destaca-se que a construção do ordenamento jurídico trabalhista e social “...não teve propriamente caráter revolucionário, mas foi antes concessão de governos nem sempre democráticos, como forma de conter as demandas sociais insurgentes” (Adamovich, 2022, pp. 140)

⁶ Quando da ponderação da lógica da Reforma Trabalhista, poder-se-ia pensar, num primeiro momento, que se deveria fazer sua interpretação à luz da constituição e principiologia que norteia as relações laborais. Entretanto, vê-se ocorrer uma inversão de valores na dinâmica hermenêutica, pois a ideia que norteia a atuação do legislador passa a influenciar de forma decisiva o intérprete constitucional, e porque não dizer, passa a alcançar a construção de novas balizas principiológicas que atacam os alicerces até então existentes.

Não menos relevante, tem-se ainda como partícipe nessa lógica de relativização dos direitos sociais trabalhistas, em algumas de suas decisões, o próprio Poder Judiciário. Quando se traz para o debate a rotina de julgados oriundos da corte constitucional brasileira, duas reflexões parecem necessárias: a análise consequencialista que permeia as decisões e a ponderação sobre o acesso à justiça. No que tange ao consequencialismo citado, passa-se a verificar uma estrutura racional eminentemente economicista, muitas vezes pragmática, que observa a lógica trabalhista apenas pelo viés das relações de mercado, entendendo a necessidade do estabelecimento de barreiras periódicas. Basta lembrar que no interior do julgamento da ADI 5766, que será objeto de maior aprofundamento na sequência, se pontua a necessidade de custos processuais como meio de evitar aventuras jurídicas, demandas infundadas e litigância frívola⁷ (Luzes, 2022, pp 180). Verifica-se, por vezes, mesmo a apresentação de afirmações extremamente discutíveis, porquanto metodologicamente impossíveis de verificação, como aquela de que o Brasil seria o país com o maior número de ações trabalhistas no mundo. Para refutar essa afirmação, bastaria lembrar que em diversos países do mundo os métodos de solução dos conflitos trabalhistas variam muito, assim como são inúmeras as estruturas econômicas e de relações de trabalho nessa mesma dimensão internacional. Diz pouco essa constatação do imenso número de ações trabalhistas no Brasil, se se observar que, em grande medida, são demandados nessas ações direitos os mais elementares, como o simples reconhecimento da relação de emprego, o pagamento de verbas rescisórias ou de trabalho extraordinário que teve seus registros ignorados ou até fraudados pelo empregador⁸.

Percebe-se uma ideia gradual de civilização⁹ do direito do trabalho, amparado em uma premissa de isonomia entre os contratantes. Como se destaca (Adamovich, 2022, p. 105), enquanto o direito civil ordinário se respalda em uma igualdade formal e pressupõe a

⁷ Neste aspecto, vale destacar a reflexão trazida por Economides, que aponta que “...chave para se entender a natureza do acesso aos serviços jurídicos é perceber o problema em termos tridimensionais, a partir da compreensão simultânea de três elementos: a) a natureza da demanda dos serviços jurídicos; b) a natureza da oferta desses serviços jurídicos; e c) a natureza do problema jurídico que os clientes possam desejar trazer ao fórum da justiça...” (Economides, 1999, pp 64). Por outro lado, verificamos que o caso das demandas trabalhistas, a princípio, demonstra um olhar apenas pelo viés de quem busca o serviço, sem buscar um olhar macro sobre o fenômeno em curso.

⁸ Apenas como contraponto a essa afirmação, cumpre destacar que, pela simples análise da ferramenta do CNJ denominada “Grandes Litigantes”, vê-se que o principal agente demandante dos serviços do Poder Judiciário, seja pelo polo ativo ou passivo, é a Administração Pública. Neste sentido, além da omissão preventiva, acaba por ser o maior gerador de demandas em todas as esferas. Para mais informações, ver <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Como destaca Sadek, utilizando dados do “Relatório Justiça em Números – 2013” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, “...o setor público é responsável por 51% das demandas judiciais em tramitação no país...” (Sadek, 2014, pp. 59-60).

⁹ Leia-se “civilização” como aproximação do direito do trabalho ao regramento disposto pelo direito civil.

disponibilidade de direitos, o que norteia os direitos sociais é a busca constante de uma igualdade material¹⁰. Lembremos que o elemento que leva, em regra, um agente a dispor de sua mão-de-obra é a necessidade de subsistência, o que lhe insere em uma dinâmica de mercado em condição hipossuficiente com relação àquele que o contrata, em especial em uma lógica mercadológica que se sustenta em taxas de desemprego elevadas, as quais reduzem o escopo negocial por parte dos trabalhadores.

Interessante pensar-se a estrutura posta pela ideia do “fechamento de portas aos trabalhadores”, como bem descrito em voto divergente proferido pelo Ministro Edson Fachin, quando da análise da medida cautelar no interior da ADI 7222. Neste sentido, inclusive, sistematicamente se verifica que a Corte Constitucional endossa a posição do Congresso Nacional, em matéria que objetive a restrição de direitos trabalhista, sob o argumento de que se trata de atribuição que compete aos escolhidos pelo povo. Mas a contrário senso, se verifica que em matéria que busque expandir direitos, se apregoa a necessidade de cuidado. Como bem destaca em seu voto divergente, “...nada justifica, teórica ou empiricamente, que esta corte suprema tenha melhores condições de definir o que os próprios representantes do povo, com a reivindicação da sociedade civil organizada em diversas etapas do processo legislativo deliberaram.” (Brasil, 2022). E conclui com uma ponderação relevante: a redução sistemática de espaços de debate aos temas trabalhistas, devidamente chancelado pela corte constitucional. Seja reduzindo o impacto da atuação dos sindicatos, seja limitando a atuação do congresso nacional em tema de interesse aos trabalhadores, aponta que inexistindo espaços para legitimar e assegurar direitos fundamentais sociais trabalhistas, se demonstra que a corte constitucional optou por “privilegiar uma minoria”.

Como segundo elemento a ser ponderado, que decorre do primeiro exposto, tem-se a própria ponderação e redefinição do acesso à justiça. Nesse debate, deve-se ponderar que o processo, em regra, já nasce desproporcional. Isso porque de um lado, tem-se, em regra, o empregador como agente detentor de meios de acesso às provas, documentais e pessoais, até mesmo porque a lei determina que documentos diversos sejam conservados em poder dele. Por outro lado, o empregado muitas vezes se vê desguarnecido de elementos que possam sustentar

¹⁰ Amparado em premissas que circundam a ideia de plena autonomia do trabalhador, que deve ter sua vontade respeitada, Gomes destaca que se o trabalhador tem plena consciência para tomar diversas decisões em sua vida, como casar e praticar outros atos da vida civil, defende a necessidade de uma autêntica refundação, tendo como norte as seguintes premissas de um “novo” direito do trabalho: o direito do trabalho deve ser superflexível; o estado brasileiro deve atuar em intervenção mínima nas relações de emprego; o princípio número um do direito do trabalho é o da proteção da autonomia do trabalhador (Gomes; 2018; pp. 137-155)

suas pretensões, seja porque não premedita durante sua contratualidade demandar em face daquele empregador, não estruturando preventivamente documentos, seja porque grande parte de testemunhas de sua condição se veem tendentes a rejeitar a prestação de esclarecimentos, pois empregados do demandado, possuem receio de represálias futuras¹¹.

O próprio processo, muitas vezes, é um espaço de desproporções claras, que contribuem para a geração de novos espaços de falta de acesso aos direitos sociais devidos. Tendo em regra os trabalhadores que buscar meios para subsistência, sua e de suas famílias, eles se veem premidos por decisões racionais que importam sistemáticas transações chanceladas pelo Poder Judiciário. Entretanto, essas negociações, estimuladas pela estrutura processual, acabam por significar efetivas “arenas romanas”, em submetidos a combates sob extremo desequilíbrio de forças, os trabalhadores buscam todos os meios para sua sobrevivência. Neste caso, acabam por pactuar condições que podem significar renúncia a direitos que constitucionalmente lhes cabem, além de flexibilizar a forma de recebimento como meio de evitar outros prejuízos iminentes. A própria dinâmica conciliatória acaba por ser, diversas vezes, instrumento útil ao descumprimento reiterado de normas trabalhistas (Varella; 2022; pp 201).

O mesmo quando se pensa na atual forma de atualização dos débitos trabalhistas impagos. Isso porque, como consequência lógica da deficiência crônica de fiscalização pelo Poder Executivo, somada ao fato de o processo gerar um custo menor para aquele que não adimple suas obrigações do que outras formas de rentabilização do capital, indagam sujeitos economicamente racionais: será que efetivamente compensa adimplir corretamente obrigações trabalhistas? E a resposta é não. O sistema, de forma orgânica e estrutural, fomenta a ocorrência sistemática de violações aos direitos sociais trabalhistas, informalizando estruturas historicamente formais, ou flexibilizando as balizas e fundamentos que nortearam a fundação do direito do trabalho.

Percebe-se ainda que, mesmo de forma indireta, gradativos obstáculos são impostos aos meios de efetivação dos direitos sociais trabalhistas. Como aponta Varella, a “contrarreforma” de 2017 reduziu o financiamento da estrutura sindical brasileira, ao realizar a exclusão da contribuição compulsória ocorrida anualmente até então. Considerando que os entes sindicais possuem como atribuição a prestação de assistência jurídica aos empregados que representam,

¹¹ Neste sentido, Souto Maior destaca: “A relação de trabalho é também uma relação de troca de afetos, pelo próprio lugar que o trabalho ocupa na vida humana. Por sua vez, as testemunhas convidadas a depor pela demandada, em regra, são empregados que não detêm garantia alguma de manutenção no emprego, e seu depoimento, conseqüentemente, é carregado dessa dependência” (Souto Maior; 2017; pp 321).

verifica-se a conseqüente desestruturação da assistência judiciária gratuita até então ofertada, contribuindo de forma decisiva para a precarização da estrutura institucional de tutela do interesse dos trabalhadores (Varella; 2022; pp 206). Deve-se ressaltar que a referida fragilização acaba por desestimular, ou mesmo excluir, os entes sindicais da prática preventiva de violação de direitos, pois a redução de recursos financeiros limita a atuação como que fiscalizadora delas. De igual sorte, acaba por ser um elemento propagador de pulverização de demandas trabalhistas, pois novamente vê-se a imposição de uma limitação à atuação desses em demandas judiciais de natureza coletiva.

Pode-se observar, neste sentido, o gradual afastamento imposto através de sucessivas mudanças normativas da perspectiva da simplicidade do processo do trabalho. Historicamente, esse ramo processual viabilizava que o trabalhador possa, sem a presença de advogado, buscar eventuais direitos. Hoje, passa-se a ter um processo que muito se aproxima da lógica ordinária, fixando limites eminentemente formais, como necessidade de se estimar valores a pedidos, antecipação do debate sobre a competência territorial, limite temporal à possibilidade de desistência, imposição de riscos aos trabalhadores litigantes, entre outros. Essa lógica acaba por trazer um encargo financeiro ao trabalhador, pois além de ter violado seu direito durante a relação contratual, ainda precisa suportar o encargo de custear advogados para buscar algo que efetivamente lhe pertence. Percebe-se assim a disseminação de um temor social quanto ao processo do trabalho, pois o empregado, impactado por essa estrutura complexa e burocrática, tende muitas vezes a deixar de buscar seus direitos em virtude de não conseguir provar suas pretensões e ainda “sair devendo”.

Como consequência lógica da estrutura mencionada, não seria equivocado dizer que, gradativamente, perde-se de vista a ótica da eficácia do direito fundamental ao trabalho, seja pelo seu viés vertical, seja ainda pela lógica horizontal. Isso ocorre porque todos os atores atuam em convergência para que se tenha, a contrário senso, a ineficácia desses direitos. Nesse contexto, pensar a atuação ou inércia do Estado brasileiro na busca de materialização desses direitos torna-se algo a ser refletido, em especial pelo conteúdo da Opinião Consultiva 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Destaca Siqueira que esse documento estabelece papel relevante aos estados, em especial uma obrigação positiva de assegurar a efetividade do direito social do trabalho, com dever de prevenir, investigar e punir violações a eles. Seria dever deles a tomada de medidas administrativas, legislativas e judiciais (Siqueira, 2016, pp 99). Entretanto, vê-se em sentido oposto, como já se disse alhures, que:

[...] o problema que mais recentemente se apresenta, como também destacado acima no capítulo 2, parece ser não somente a alteração de conteúdo ou alcance de direitos e garantias através de uma visão alargada dos limites do poder constituinte derivado, mas, antes, permanência formal, por vezes mesmo intacta dos textos constitucionais de direitos fundamentais e garantias e o esvaziamento de seu conteúdo práticos (Adamovich, 2022, pp 99).

Por todo o exposto, quando trabalhadores, individual ou coletivamente, buscam as portas do Poder Judiciário, encontram o guarda e o processo kafkiano, no qual tudo é feito para efetivamente impedir que possam alcançar aquilo que pretensamente lhes cabem. Como bem pontua Varella (Varella; 2022; pp 198), este elemento, agregado aos outros fatores exemplificativamente descritos, contribuem para impedir, restringir e inibir o alcance dos direitos sociais trabalhistas por meio da Justiça do Trabalho¹². Nesta linha, e como destaca Economides, “...se o objetivo primordial das reformas de acesso for, verdadeiramente, reduzir o ônus financeiro do Estado, será que estas reformas estão, no final, condenadas ao fracasso ou são irrelevantes para a busca de concepções mais profundas (ou mesmo mais pragmáticas) de justiça?” (Economides, 1999, pp 70). Curioso, por vezes, perceber que esses movimentos representam um retrocesso aos primórdios da Justiça do Trabalho, que surgiu em alguns países, como ocorreu na França ou na Itália, mais para atuar como um freio às reivindicações operárias que então se potencializavam do que propriamente para efetivar direitos, como depois, já em outra fase histórica, veio a funcionar.

3. Analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal em matérias de acesso à justiça

Superada a etapa de configuração do acesso à justiça como meio de materialização dos direitos sociais, passa-se a debater alguns aspectos de decisórios da Corte Constitucional brasileira. Deve-se observar que o STF vem nortear alguns de seus julgamentos em premissas economicistas e consequencialistas, seja pela necessidade de uma possível adequação na estrutura reguladora trabalhista a “novos tempos”, seja ainda manifestando-se pela necessidade de superação da ideia de conflito de classes. Neste sentido, vemos que as decisões

¹² Ao citar a pesquisadora Élide Lauris, Varella destaca que a existência de acesso a instâncias de resolução de conflitos podem, muitas vezes, ocultar a existência de uma estrutura de justiça que corrobora a sistemática violação de direitos (Varella, 2022, p. 197-198). Neste aspecto, surge a seguinte questão: não teriam como efeito certas decisões da Corte Constitucional brasileira a materialização desse quadro, quando enfrentam temáticas trabalhistas?

que debatem a citada acessibilidade de trabalhadores ao Poder Judiciário também estão amparadas nessas premissas, o que ocasiona manifestas distorções sistêmicas. Basta pensar que um equivalente hipossuficiente, o consumidor, possui maior acesso à justiça que o trabalhador, independente do aspecto remuneratório que este venha a receber, o que não acontece com o trabalhador. Como destaca Varella, “...a construção da gramática de estímulos e desestímulos ao mundo do trabalho inclui a atuação do STF, bem como a tensão entre esse órgão e a Justiça do Trabalho” (Varella; 2022; pp 207).

Feitas essas considerações, segmentar-se-á a análise em três linhas distintas: uma primeira que debate a lógica de aferição da competência trabalhista para análise de fatos específicos; uma segunda, refletindo sobre a dinâmica de acesso de cada trabalhador na lógica individual, em especial pelo debate da gratuidade de justiça; por fim, analisando o acesso na esfera do direito coletivo do trabalho. Não se tem a intenção de exaurir o tema, mas, unicamente, de apresentar algumas reflexões críticas. A ideia é provocar o aprofundamento da reflexão sobre o caminhar das decisões em matéria de acesso à justiça na seara trabalhista, e até que ponto, não se estaria a caminho de uma era do “não acesso” à justiça, pois “...quanto maiores as restrições e as barreiras existentes ao acesso efetivo ao judiciário trabalhista, menos a capacidade judicial de intervenção nas relações de trabalho” (Varella; 2022; pp 198).

3.1 – Limitação pelo viés Individual

Como já destacado, a possibilidade de acesso à justiça coloca-se como meio de efetividade e materialização dos direitos sociais, sendo dever do Estado viabilizar que assim ocorra. Ainda neste sentido, é possível observar-se que a desigualdade econômica e social implícita ao sistema capitalista enseja uma notória desproporção nos meios de acesso à justiça. Seja quanto à capacidade de contratação de profissionais para a concretização técnica da defesa de interesses, seja ainda quanto aos obstáculos que o estabelecimento de custas processuais impõe aos mais pobres, verifica-se a existência de diversas barreiras verdadeiramente kafkianas para que o “cidadão comum” possa buscar sua dignificação. Por isso, não viabilizar o acesso à justiça significa, ato contínuo, “...impor danos aos preceitos da igualdade e à prevalência da lei” (Sadek, 2014, pp. 57).

Percebe-se que a construção do conjunto regulador de acesso à justiça possui como baliza a busca de consolidar uma plenitude de meios para que cada um que não tenha à disposição a possibilidade de buscar um direito, superando um momento anterior que se

verificava a incapacidade de muitas pessoas utilizarem a justiça e suas instituições, sendo assim encarado como requisito fundamental para um sistema jurídico não apenas moderno, mas essencialmente igualitário¹³. Para tanto, se faz fundamental a discussão de questões como custas judiciais, honorários, repensar questões relativas a pequenas causas, a possibilidade de indivíduos custearem processos, entre outros (Cappelletti, 1991, pp 09-29). É exatamente neste cenário que Cappelletti e Garth desenvolvem sua teoria sobre ondas de acesso à justiça, segmentando em três estágios distintos¹⁴: o primeiro, a viabilização de uma estrutura estatal que vise a exclusão dos custos processuais para os mais pobres, materializado exatamente na assistência judiciária; o segundo, buscando a maior amplitude de debates, em uma lógica coletiva de representação de direitos difusos; a terceira, seria o repensar operacional do acesso à justiça, através de meios que ensejem maior eficácia, celeridade e desburocratização ao processo, com uma atuação preventiva mais contundente, especialização de temáticas e mesmo métodos alternativos de solução de conflitos, tendo como premissa um profundo conhecimento dos litigantes e matérias debatidas¹⁵ (Cappelletti, 1991, pp 31-73). Portanto, tendo como especial parâmetro a primeira onda, se verifica que sua construção “...torna visíveis os problemas e as dificuldades decorrentes da pobreza...” (Sadek, 2014, pp. 58).

Verificando a estrutura normativa, seja quanto às normas locais, sejam os tratados internacionais que tratam do tema, constata-se a existência de um conjunto de regras que reconhecem, a princípio, a necessidade de tutela dos agentes quando buscam a estrutura do Poder Judiciário. Pensando estritamente na perspectiva constitucional, tem-se que o seu artigo quinto, nos incisos XXXV e LXXIV evidencia que a lei não pode excluir, limitar, o acesso ao Poder Judiciário quando ocorrer lesão ou ameaça a direito, apontando ainda o dever de prestação de assistência jurídica, de natureza integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos. Pode-se até mesmo observar que, sendo a cidadania um dos fundamentos da República, art. 1º, II, CRFB/88, é elemento mandamental a viabilização de

¹³ Como destaca Sadek, “...acesso à justiça é um direito primordial. Sem ele nenhum dos demais direitos se realiza” (Sadek, 2014, pp. 57)

¹⁴ Economides nos apresenta ainda uma quarta onda, que seria “...talvez última, onda do movimento de acesso à justiça: o acesso dos operadores do direito (inclusive dos que trabalham no sistema judicial) à justiça...” (Economides, 1999, pp 72). Neste, aponta a relevância de um repensar sobre a perspectiva ética e política da administração da justiça, repensando a responsabilidade profissional e o próprio ensino jurídico.

¹⁵ São usados como exemplos de meios de materialização do acesso à justiça desde a extinção de custas, até a especialização de ramos da Justiça, como ocorre no caso brasileiro, através da Justiça do Trabalho. Ainda, a existência de órgãos especializados em demandas de menor valor ou complexidade, como ocorre com os denominados Juizados Especiais (Cappelletti, 1991, pp. 74-142).

soluções pelo Estado quando da ocorrência de situações que possam ensejar violação a sujeitos que não alcancem os direitos sociais. Portanto, interpretações em sentido contrário, que limitem o acesso, demonstram carga hermenêutica que reduz o alcance do texto constitucional.

No mesmo sentido, ao observarem-se os textos internacionais, inseridos em tratados celebrados e ratificados pelo Estado brasileiro, verifica-se um dever de efetividade aos direitos sociais, amparado nesses compromissos. Na órbita do acesso à justiça, pode-se exemplificar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece a possibilidade de todo cidadão recorrer aos tribunais para buscar a efetividade de seus direitos fundamentais, artigo 18, endossado pelo artigo 21.2, que aponta a necessidade de pleno acesso aos serviços públicos de seus países. No mesmo sentido, o artigo 14.1, do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966, estabelece dever dos estados de viabilizar o direito de a pessoa ser ouvida por um tribunal competente, no que tange aos seus direitos. O Pacto de São José da Costa Rica de 1969 também é claro ao destacar em seu artigo introdutório que todos os estados se vinculam a respeitar os direitos e liberdades nele reconhecidos, caminhando então em seu artigo 8º ao estabelecimento da garantia da parte ser ouvida por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, na determinação de seus direitos, dentre eles os de ordem trabalhista. Ainda nessa dimensão internacional, ganha relevância o Documento Técnico 319, do Banco Mundial, que ao analisar o setor judiciário na América Latina e no Caribe, reconhece de forma clara a importância de existência de uma estrutura de acesso à justiça, viabilizando que as pessoas possam levar suas demandas sem que a existência de custas processuais impeça-os de postularem seus direitos.

Neste particular, faz-se um paralelo com a dinâmica ocorrida na Inglaterra, um usual paradigma liberal utilizado como exemplo para a busca da imposição de limitações ao acesso à justiça e inspiradores das mudanças em curso. Num primeiro momento, em 2013 aquele país caminhou por impor custos aos empregados em virtude da ausência de gratuidade de justiça. Entretanto, a Suprema Corte do Reino Unido decidiu pela inconstitucionalidade da exigência de custas processuais para os trabalhadores reclamarem perante os tribunais¹⁶. Carelli, citando trecho da decisão, aponta como lógica de fundamentação:

A Suprema Corte assim decidiu com base na Magna Carta, de 1297, que dispõe que “Nós não venderemos a nenhum homem, não vamos negar ou retardar para nenhum homem a Justiça ou o Direito” (Nulli vendemus, nulli negabimus aut differemus

¹⁶ Em seu voto, como se haverá de mencionar com mais vagar na sequência, a Ministra Rosa Weber destacou que o alicerce estrutural da referida decisão teria sido o reconhecimento da “...função da justiça do trabalho de promover a concretização do direito dos trabalhadores, incluindo aqueles que possuem baixa remuneração, que perderam seus empregos ou têm dificuldade de encontrar nova posição no mercado de trabalho, e, por isso, encontram-se em situação de vulnerabilidade social”.

rectum aut justiciam) (p.22). Conforme dispuseram os “Lords” e a “Lady” que compõem a Corte, o direito constitucional de acesso aos tribunais é inerente e central ao Estado de Direito (“Rule of Law”) e à Democracia, o que significa que a sociedade é governada pelo Direito. O direito de acesso à Justiça também significa que as pessoas e as empresas precisam saber que podem fazer cumprir seus direitos se necessitarem e que, por outro lado, se falharem em cumprir suas obrigações, é provável que haja um remédio judicial contra eles. “É esse conhecimento que sustenta as relações sociais e econômicas no dia-a-dia”. (p. 21) Acrescentou que “quando o parlamento aprova leis criando direitos trabalhistas, por exemplo, ele o faz não somente para conferir benefícios aos empregados individualmente, mas porque foi decidido que é interesse público que tais direitos devam ser efetivados.” (p. 21) (grifo nosso)

A Corte argumentou que a negociação e a mediação são instrumentos válidos somente se existir um sistema judiciário justo disponível caso esses métodos prévios falhem, pois, do contrário, “a parte na posição mais forte de barganha sempre prevalecerá.” (p. 21) Ressalta também que as empresas já estão em posição de muito mais poder em Juízo, e que o pagamento de custas simplesmente exacerba essa condição (p.40). Reconheceu, assim, que o acesso à Justiça é de interesse da sociedade, e não somente dos indivíduos (p. 21)” (Carelli, 2017).

Quando se verifica a atuação do estado brasileiro neste tema, vê-se inicialmente a imposição de custas processuais das mais variadas ordens, através da L. 13.467/17. Sendo objeto de questionamento perante a Corte Constitucional brasileira, através da ADI 5.766, se demonstra fundamental analisarmos não apenas a decisão alcançada, mas em especial a lógica decisória exarada. Cumpre desde já apontar que reflexões sobre o melhor funcionamento da máquina pública, em qualquer esfera que seja, devem ser sempre ponderados, pois significa inclusive racionalizar recursos e potencializar direitos. Por outro lado, precisa-se ter em mente a necessidade de entender o sistema de forma ampla, sob pena de buscar eventuais culpados pontuais em uma lógica de pluralidade de participantes, que atuam seja por ação, seja por omissão.

A conclusão do julgamento reconheceu a inconstitucionalidade parcial das alterações, reconhecendo que a presunção da perda da condição de hipossuficiência econômica para fins do benefício de gratuidade de justiça, apenas se existirem créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, mas manteve a imposição de custas para a hipótese de ausência injustificada à audiência de julgamento, amparado na premissa de que tal fato, além de frustrar o exercício da jurisdição, acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte demandada, violando assim deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual. Por isso, seria proporcional a imposição de restrição ao benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. O ponto principal a ser analisado não é a própria decisão em si, mas o debate que circunscreveu a esta, amparado de um lado na necessária observância da máxima amplitude do conceito de acesso à justiça, enquanto de outro lado se verificou a materialização de uma

perspectiva essencialmente consequencialista, e porque não dizer, de imposição de barreiras de acesso à justiça. Essa última, com forte influência economicista, pauta o debate essencialmente pela existência do binômio custos suportados pelo Estado e existência de elevado demandismo, que fomenta aquilo que se denomina “demandas frívolas”, ou meras aventuras jurídicas por parte de pessoas descompromissadas com a verdade.

Observa-se que a linha argumentativa que endossa a plenitude de acesso à justiça, inviabilizando interpretação restritiva a esse direito de base constitucional, destaca não apenas a condição de hipossuficiência do trabalhador, que quando demanda, em regra, encontra-se em situação de desemprego, mas especialmente que trazer restrições de acesso poria em risco a única via existente para eles terem garantidos seus direitos sociais. Interessante observar ainda o afastamento da premissa de uma imutabilidade da condição de miserabilidade do agente, apenas afastando a ideia dedutiva de admitir imediata capacidade de suportar encargos do acesso à justiça pelo simples fato de obter créditos em outras demandas. Logo, não resta dúvida que a miserabilidade pode ser uma condição transitória¹⁷, na qual a existência de elementos que suportem tal situação fática viabilizarão a cobrança das custas e despesas processuais¹⁸.

Por outro lado, o simples fato de lograr êxito¹⁹ em demandas não deve levar à conclusão lógica de existência desta capacidade, ou superação da miserabilidade, devendo ser levados em consideração outros elementos, como estrutura de custos daquele indivíduo e família, acesso a serviços e bens dos mais variados tipos, entre outros. Vê-se até mesmo uma crítica contundente

¹⁷ Obviamente, vale a ressalva que a própria desigualdade social, intrínseca à sociedade brasileira, leva a crer na existência de barreiras reais à mudança desse cenário.

¹⁸ Como destaca em seu voto, aponta o Ministro Alexandre de Moraes: “...não entendo razoável a responsabilização nua e crua, **sem análise se a hipossuficiência do beneficiário da justiça gratuita pelo pagamento de honorários periciais deixou ou não de existir, inclusive com créditos obtidos em outro processo.** Da mesma forma, não entendo razoável e proporcional o pagamento de honorários de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita, **sem demonstrar-se que ele deixou de ser hipossuficiente, ou seja, essa compensação processual sem se verificar se a hipossuficiência permanece ou não...**” (grifo nosso). No mesmo sentido, aponta a Ministra Cármen Lúcia que “...**ter o beneficiário da justiça gratuita, na Justiça do Trabalho, créditos suficientes para arcar com honorários periciais e advocatícios não significa, necessariamente, ter sido afastada sua condição de insuficiência de recursos...**” (grifo nosso).

¹⁹ Inclusive, pelo fato de que em demandas trabalhistas, não estamos tratando de créditos novos, mas sim débitos não honrados no momento oportuno, diferente do descrito pelo Ministro Gilmar Mendes, que afirma que estaríamos diante de “...créditos novos, e não com o patrimônio anterior do reclamante-beneficiário...”. Muitas vezes, a ausência deste pagamento de forma adequada enseja, por exemplo, o fato de famílias contraírem dívidas com taxas de juros altíssimas. Logo, o próprio crédito trabalhista já pode nascer defasado pela condição econômica de seu destinatário. Neste ponto, como destaca o Ministro Alexandre de Moraes, “...quando ele ganha os seis mil, ele já está devendo doze e ainda vai ter que pagar três para perícia. O fato de ele ganhar seis mil - e essa é nossa divergência - não significa que ele deixou de ser hipossuficiente...essa conta aritmética olha só a ação, não olha a condição do hipossuficiente...”. E como bem destacado no interior dos debates, não é usual que um mesmo agente possua diversos processos em andamento de forma concomitante.

à perspectiva economicista, de natureza utilitarista, pois pauta-se em uma busca incisiva pela imposição de limites de acesso ao Poder Judiciário, com vistas à redução do número de demandas trabalhistas, independente do custo social que possa causar. Sem perder de vista que nossa estrutura processual já possui elementos que viabilizem questionamentos supervenientes à gratuidade de justiça deferida, como se vê nos artigos 95 e 100, do CPC. Cumpre ainda ressaltar a manifestação da Ministra Rosa Weber, que não apenas destacou o caso inglês, acima apontado, mas trouxe especial atenção à necessidade de cuidado que se deve ter ao buscar importar soluções no direito comparado. Agrega-se, em especial, o fato de verificar-se uma tentativa de importar apenas medidas restritivas de direitos, fechando os olhos para o fato de serem sistemáticas jurídicas e sociais distintas, e de não se ver o mesmo esforço para se trazer os direitos análogos àqueles alhures previstos.

Em sentido oposto, e visão que gradualmente ganha corpo no STF²⁰, verifica-se que o impacto das decisões judiciais e dos atos praticados, e a convergência destes para a estrutura de prestação do serviço público de acesso à justiça passa a ter novos contornos. Uma lógica eminentemente consequencialista passa a dirigir a forma de pensar e agir, muitas vezes se colocando à frente dos direitos sociais. Não se questiona se estes são materializados, mas sim o encargo financeiro que sua busca causa aos cofres públicos. Como lógica argumentativa, na esfera do acesso à justiça, são trazidos sustentáculos argumentativos que transitam entre o excesso de litigância²¹, passando pela necessidade de responsabilização dos agentes, ou mesmo pela presunção de um perfil de postura não lastreada em direitos reais, ora denominada “demanda frívola”, ora “aventura jurídica”, ou simplesmente a existência de sistemática litigância de má-fé. Se percebe um pensar que defende a ocorrência de racionalização da litigiosidade através de um possível “acesso responsável à justiça”. Na esfera trabalhista, temos ainda o estereótipo de ser imputado à Justiça do Trabalho um perfil viesado, não neutro, o que pode ser lido, até mesmo, como de lógica parcial²². Imputa-se ainda aos advogados que militam

²⁰ A relevância do tema no interior do STF é tamanha que a Resolução 423/2021, CNJ alterou a Resolução 75/2009, CNJ, passando a incluir no concurso para a magistratura temas como pragmatismo, análise econômica do direito e economia comportamental.

²¹ Percebemos que foge à reflexão sobre o tema o próprio perfil da sociedade brasileira, que tem por hábito levar ao poder judiciário desde o colarinho do chopp (Processo 2003.72.05.000103-2, TRF da 04ª Região), até questões que envolvem tramite de eleições e procedimentos afetos a outros poderes.

²² Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, destaca que “...o alto custo da Justiça do Trabalho, **somado à permissividade dos magistrados com reclamantes que, de antemão**, sabem não ter direitos e mesmo assim recorrem ao Judiciário, é que ensejam a quadra que ocasionou a reforma trabalhista de 2017...” (grifo nosso). Noutro momento aponta que “...**pelo histórico intervencionista-protetivo da Justiça do Trabalho, é evidente que a interpretação que os magistrados trabalhistas farão dessa norma praticamente torna inócua qualquer**

nessa área um perfil de atuação que estimula a ocorrência de litígios²³, se desconsiderando que existe uma esfera própria para combate a essa prática²⁴. Verificamos que é deixado de lado, por exemplo, o fato de a administração pública ser o principal agente causador de demandas, seja pela sua presença nos polos ativo e/ou passivo, seja pela sua omissão enquanto órgão fiscalizador.

Percebemos que em regra, se busca imputar à Justiça do Trabalho um peso maior do que realmente representa para a sociedade. Seja pelo enfoque de ser extremamente onerosa, seja porque seria o espaço no qual se “percebe” maior demandismo. Neste aspecto, o Ministro Gilmar Mendes destaca em seu voto que “...houve relatos de redução significativa de novas ações, nos dois primeiros anos após a reforma, de cerca de 32%”. Mas a reflexão que precisa ser feita não é a redução em si, mas a consequência das alterações para os problemas sociais afetos à litígios trabalhistas. Em uma visão consequencialista, se o objetivo da alteração proposta foi a redução das chamadas “demandas frívolas”, deveríamos ter como consequência direta uma mudança nos percentuais dos resultados das demandas propostas, com aumento substancial no resultado “procedência”, e ato contínuo, redução no percentual de “improcedências”.

No que tange aos dados sobre a litigância perante a Justiça do Trabalho, a Ministra Rosa Weber destaca de forma pormenorizada a contraposição desta perante os demais ramos. Destaca quanto ao ajuizamento de novos casos que em 2016, a Justiça Estadual teve 67,4% do total, enquanto a Justiça do Trabalho teve 14,5% e a Justiça Federal 13%, passando em 2019, a Justiça Estadual a ter 68,4%, a Justiça do Trabalho 11,7% e a Justiça Federal 17,2%. Amparado em dados do CNJ, observamos que entre 2015 e 2019, o percentual dos processos julgados improcedentes se elevou de 7,25% para 9,75%, e que o perfil da matéria levada à apreciação pelo poder judiciário apresentou variação insignificante. Por outro lado, de fato houve substancial redução no número de processos distribuídos (Luzes, 2021, pp. 121-127). Tal fato,

análise de compatibilidade constitucional nesta Corte...” (grifo nosso). No mesmo sentido, manifestação do Ministro Nunes Marques, ao destacar que “...os princípios informadores do direito do trabalho, iluminando a edição e subsidiando a exegese das regras de proteção ao empregado, quer de caráter material, quer de natureza processual, **alimentaram em larga medida o abuso do direito de litigar, fato que precedeu e justificou o surgimento dos dispositivos legais ora impugnados...**” (grifo nosso).

²³ Neste aspecto, o Ministro Barroso destaca: “...contra comportamento de alguns advogados pelo perfil de litigância, todos sabemos que há aqui também uma grande quantidade de litigância oportunista, quando, não, de má-fé...”. No mesmo sentido, destaca o Ministro Gilmar Mendes que “...também tem aspectos aqui de abuso na litigância por parte dos advogados...”.

²⁴ Cumpre à OAB, através de processo administrativo lastreado pelo direito ao contraditório e ampla defesa, averiguar e eventualmente punir condutas vedadas.

em nossa visão, enseja uma possível conclusão: o que de fato houve foi apenas, e tão somente, restrição de acesso ao poder judiciário.

Percebe-se que a lógica de que o custeio da sistemática de processos trabalhistas, com a indicação de que apenas 11% seriam recuperados através de taxas judiciárias, custas e emolumentos, se torna um simples dado, se não amparado em reflexões como a finalidade do Poder Judiciário. Ramos como direito eleitoral e a seara penal não trazem enormes receitas aos cofres públicos, nem por isso possuem questionamentos sobre sua relevância social. Pense-se sobre o próprio estado-polícia, que muitas vezes atua estritamente em uma lógica repressiva, e que também não demanda custeio pelos tomadores de seus serviços, salvo através dos usuais tributos pagos. Pense-se ainda que o próprio Estado renuncia de forma periódica a recursos públicos, quando deixa de executar haveres que lhe são devidos por “ausência de escala”, ou seja, por não compensar movimentar a máquina pública para buscar recursos de pequena monta²⁵. Mesmo que se desconsiderassem esses argumentos, os dados trazidos pela Ministra Rosa Weber em seu voto demonstram que em 2016, a estrutura de custos do Poder Judiciário apontou um custo médio por magistrado assim distribuído: a) Justiça Brasileira - R\$ 47.703; b) Justiça Estadual - R\$ 49.093; c) Justiça do Trabalho - R\$ 38.819; d) Justiça Federal - R\$ 50.876; e) Justiça Militar - R\$ 53.784; f) Tribunais Superiores - R\$ 41.502; g) Justiça Eleitoral - R\$ 8.782. Este cenário permite novo questionamento: seriam os processos trabalhistas os efetivos “vilões” da ineficiência do Poder Judiciário? Não é o que os números aqui apresentados demonstram, o que nos permite concluir pela ausência de suporte empírico à busca de restrição ao direito de acesso à justiça.

A solução buscada pelo legislador, e endossada por grande parte da corte constitucional, se pauta em dados questionáveis empiricamente. Como bem pontuam parte dos ministros, em especial a Ministra Rosa Weber, o corolário para a feitura de mudanças profundas passaria pela resposta a uma série de questionamentos: Quais são essas demandas frívolas que tanto abarrotam a Justiça do Trabalho? São repetitivas, fática ou juridicamente? Se existem e em grau considerável, por que continuam sendo reiteradamente ajuizadas? Do grande total anual de novas ações, quantas de fato são demandas frívolas? Não são suficientes, ou por que não são

²⁵ Se a Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda enseja que diariamente o estado renuncie a créditos que seriam cabíveis, quando o montante a ser executado for inferior a R\$ 20.000,00, seria razoável impedir que uma parte tivesse acesso a perícia, que custam ao mesmo estado R\$ 1.220,00, como dispõe o art. 3º, Resolução 66/2010, CSJT. Não menos relevante, temos ainda o Tema Repetitivo 672, STJ, que descreve: “Se o credor for beneficiário da gratuidade da justiça, pode-se determinar a elaboração dos cálculos pela contadoria judicial”.

utilizadas e em que medida, as técnicas processuais previstas na legislação para lidar com causas e questões repetitivas? Poderiam ser coletivizadas? Em face de quem são essas demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho? Quem são os litigantes habituais? Eles não são também responsáveis pelo grande número de novas ações? Por que continuam sendo propostas tantas ações em face dos mesmos litigantes? A litigância passiva contumaz também não é temerária? Por que esses litigantes não alteram a sua conduta? Aqui ousamos agregar: O Estado cumpre seu papel de agente fiscalizador, objetivando coibir o sistemático descumprimento de deveres trabalhistas e previdenciários por parte de empregadores²⁶? Há efetivo fomento do processo coletivo do trabalho, para reduzir o número de demandas individuais, como ocorre em outros países, como por exemplo, no caso do Estados Unidos da América?

Pense-se ainda que a simples improcedência de uma pretensão não deveria ser, por si só, elemento propício a ensejar o custeio pela parte sucumbente, em especial quando debatemos direitos de matriz social. Como destaca Cappelletti no que tange à existência de certezas aos litigantes, “...é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo...” (Cappelletti, 1991, pp 16-17). Como já destacamos, o empregado, em regra, possui condição processual mais debilitada²⁷, se confrontada com seu empregador, que por determinação legal mantém em arquivo documentos, além de contar com diversos trabalhadores que podem ser testemunhas, possuir mais expertise na matéria que enfrentará, entre outros²⁸. Não menos relevante, imputar ao resultado “improcedência” a possibilidade de onerosidade processual, levaria à possibilidade de mumificação dos direitos sociais. A própria evolução da jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, em temas diversos, materializou avanços significativos em temáticas até então duvidosas. Lembremos as temáticas sobre reconhecimento de direitos a casais homoafetivos, o alcance do conceito de família, o estabelecimento de ações afirmativas, o direito de alteração do prenome de transgêneros, além de outros. Como lembra a

²⁶ Lembre-se que a maior parte das demandas propostas na seara trabalhista busca apenas o adimplemento das verbas rescisórias, ou seja, aquelas afetas à extinção do contrato de trabalho.

²⁷ Neste aspecto, são destacados: empregados hipossuficientes são demandantes individuais, não gerando, em regra, ações em massa; sofrem com a assimetria de informações; não são capazes de avaliar por conta própria suas reais possibilidades de êxito; se sujeitam às incertezas do processo, da ambiguidade dos precedentes, da lealdade e da capacidade dos advogados.

²⁸ Citem-se ainda, como destacado nos debates: possuem economias de escala na atuação em juízo, como a possibilidade de utilização de um mesmo advogado e uma mesma tese para defesa de muitos feitos; acumulam experiência com o planejamento do litígio e com a interação com os advogados; estabelecem relações com membros das instâncias decisórias; testam teses para aferir a expectativa de sucesso de casos futuros; diluem os riscos de demandar por um maior número de casos; são capazes de avaliar criticamente as informações recebidas de seus advogados e suas reais perspectivas de êxito.

Ministra Rosa Weber, “...o que é uma demanda de alta probabilidade de improcedência hoje, ou demanda temerária, poderá não sê-lo amanhã, justamente em razão da transformação do direito e dos direitos ao longo do tempo...”.

Como reflexão, verifica-se que a solução buscada focou-se estritamente pelo lado daquele que busca o Poder Judiciário. Sem deixarmos de lado que tal variável também possui relevância, desde que inserida em uma denominada estrutura macro²⁹, cumpre ponderar se o Estado busca racionalizar a perspectiva de solução de violação de direitos com o fomento necessário à busca de demandas coletivas. Se este Estado atua de forma preventiva, cumprindo seu dever de fiscalizar adequadamente as relações de trabalho existentes, punindo aqueles que violam direitos³⁰, o que é endossado em especial pelos maiores demandados³¹. Cumpre refletir se este Estado atua como elemento de racionalização das atividades estatais, buscando a implementação de sistemáticas que racionalizem os custos de sua atividade³². Basta lembrar que uma medida preventiva, a homologação da extinção contratual pelos Sindicatos ou Ministério do Trabalho, foi excluída pela Reforma Trabalhista, o que endossa a inexistência da busca de uma sistematização e operacionalização de uma racionalidade ao sistema.

Por fim, cumpre refletir se o ordenamento já não possui meios hábeis para combater eventuais excessos, ou mesmo descompromissos de litigantes. Desde o conteúdo do art. 732, da CLT, à possibilidade da aplicação de multas por litigância de má-fé ou atos atentatórios à dignidade da justiça, ou mesmo possibilidade de punições administrativas a advogados que fomentem processos sem lastro mínimo, se verifica que a estrutura processual possui grande quantidade de meios para imputar aos litigantes eventuais punições³³. Neste sentido, não se vê

²⁹ Como elemento a se ponderar pela busca de uma interpretação que não seja um impeditivo ao acesso à justiça, mas que traga a imposição de encargos ao litigante que deixe de comparecer a audiência, ensejando arquivamentos, questionamos até que ponto a possibilidade de cobrança das custas do processo anterior no interior do processo novo não seria meio mais equilibrado, alcançando o acesso à justiça sem retirar a responsabilidade do demandante ausente.

³⁰ A sistemática estadunidense possui neste atuar um de seus principais eixos de soluções de violações a questões trabalhistas.

³¹ Uma busca sistêmica de redução de litígios, mais do que passar por aqueles que de forma difusa buscam a tutela de seus direitos, deveria ter como lógica um agravamento de punição aos que, por postura costumeira de violação de direitos, propiciam esta citada litigiosidade em excesso. Seria o caso de deixarmos de ver o problema pelo viés de quem busca seu direito, buscando sim aquele que viola esses direitos.

³² Neste sentido, apontam-se soluções que vão desde a estruturação de uma sistemática de utilização comum de perícias que alcancem situações jurídicas coletivas, até a estruturação de convênios entre tribunais e cursos de especialização em engenharia e medicina do trabalho, viabilizando a ocorrência de atividades práticas nos tribunais como parte integrante da formação destes profissionais. Claro, sem excluir a relevância de se ponderar quanto à existência de quadros fixos de peritos nos tribunais.

³³ Neste aspecto, cumpre ponderar se a Justiça especializada do trabalho aplica com o rigor necessário tais punições. No mesmo sentido, até que ponto o órgão de fiscalização da atuação de advogados pune com rigor

como correta a afirmação de que inexistem riscos ao trabalhador na esfera processual. Não menos relevante, é mandamental refletir se o contexto global acima abordado tem como característica “empurrar” o trabalhador para a litigância, tendo em vista não haver outro meio para buscar a materialização de seus direitos sociais. Considerando que o momento de menor desigualdade entre empregador e empregado é no “pós-contrato”, o qual seria o único momento em que o trabalhador realmente conseguiria “...tentar fazer valer os seus direitos, colocando-se em condições, ao menos formais, de ser ouvido...” (Souto Maior; 2017; pp 305), restringir seu acesso seria o mesmo que calar-lhe. Quando o foco se restringe ao lado daquele que busca o Poder Judiciário, aquele que sistematicamente é esquecido pelo Estado, a imposição de “filtros mínimos e de desincentivos mínimos”³⁴, que seriam “fechaduras” à porta da Justiça, acaba por ser mais um meio de inefetividade de seus direitos sociais, pois ao invés de buscar a cura para o paciente, busca uma solução em sentido oposto: curar a enfermidade “matando” o doente.

2.2 – Limitação pelo viés Coletivo

A efetivação dos direitos sociais possui em sua esfera coletiva seu maior alcance e potencial. Isso porque viabiliza a ocorrência de medidas unitárias para alcance de uma pluralidade de agentes, materializando não apenas a unidade de interesses, mas em especial, na esfera laboral, a mitigação da hipossuficiência. Neste sentido, ao se aproximar de uma igualdade material, coloca em patamar de igualdade os entes que participam desta relação jurídica, viabiliza que possam conduzir negociações de forma equânime.

É ainda relevante ponderar que a estrutura sindical possui um tripé de fundamentação de toda sua estrutura. Uma primeira, que alcança a dinâmica de formação e gestão, seguida da estrutura negocial, tendo por fim a possibilidade de manejar o direito de greve. Neste sentido,

aqueles que atuam em dissonância com a verdade dos fatos. De igual sorte, cumpre refletir se a eventual omissão pela não aplicação destes seria elemento a provocar as alterações aqui debatidas.

³⁴ Como reflexão, cumpre destacar que ao mesmo tempo que se sustenta a existência de agentes racionais, o que demanda um atuar que evite litigiosidade, vemos a Suprema Corte, na ADC 58, alterar a sistemática de aplicação de juros e correção monetária, que estimulam o inadimplemento de obrigações trabalhistas. Isso porque o custo financeiro do processo, seja pelo risco implícito ao processo, seja pelo tempo, seja pelo teor da decisão, propicia que agentes racionais venham a optar por destinar os recursos, que deveriam ser pagos pelos direitos sociais, à operação de seus negócios, por ser algo que mais rentabiliza, ou mesmo que mantenham seus recursos aplicados em operações financeiras. Ou seja, existe toda uma estrutura argumentativa que visa imputar ao trabalhador “apostar na sorte de litigar”, deixando de lado a análise que o atual cenário legislativo e jurisprudencial incrementa uma outra perspectiva, qual seja, o grande apostador passa a ser o descumpridor de deveres, pois seu custo oferece vantagens.

é importante destacar que não se pode mirar um sem o outro, pois a lógica de atuação sindical possui nesses três pontos sua estrutura orgânica de atuação.

Quando se mira cada um desses no cenário em curso, percebe-se uma gradual imposição de barreiras ao caminhar da atuação dos entes coletivos de representação dos trabalhadores. Przeworski (2019, p. 81) destaca que, na lógica da busca da regulação de interesses de categorias, a atuação estatal refratária aos sindicatos se intensificou a partir de 1980, ocasionando uma conseqüente queda de filiações, afetando assim a própria ideologia que permeia esta relação, reduzindo sua conseqüente influência sobre os trabalhadores.

Na perspectiva de formação e gestão e da negociação coletiva, a fragilização passa a ter novos contornos com a Lei 13.467/17, que extinguiu a contribuição sindical obrigatória. Como se destacou, é interessante verificar que “...enfraquecimento da capacidade financeira sindical veio agregada à sua maior responsabilidade na feitura das negociações coletivas, tendo em vista a premissa de privilegiar o negociado sobre o legislado” (Luzes, 2022 pp. 154). Na análise das ADI 5.794 e ADC 55, verifica-se uma narrativa por parte da Corte Constitucional que endossa a vontade individual, dissociada da conseqüente limitação e vinculação do trabalhador ao que se decide o sindicato. Passa-se a ter uma situação minimamente questionável, pois ao mesmo tempo que o sistema estimula intrinsecamente uma não associação e não manutenção dos entes coletivos, se vincula cada trabalhador, filiado ou não, ao que esses decidirem. Não se pode fomentar um regime de filiação e de contribuição para os entes sindicais de matriz liberal, baseado no livre arbítrio individual, e, ao mesmo tempo, manter uma estrutura de organização sindical de matriz autoritária, de inspiração corporativa, como é aquela que se ampara no art. 8º, II, da Constituição. Se a alteração desse modelo autoritário seria mais do que desejável, não é razoável alterá-la apenas em alguns de seus pilares, enfraquecendo ainda mais os trabalhadores.

Como elemento final de pressão, o próprio direito de greve vem gradativamente sendo limitado, em especial pelas cortes regionais e pela corte nacional, ao ser impostas uma série de obrigações e ônus ao sindicato. Em especial, verifica-se a ocorrência de limitações impostas pelo Poder Judiciário, seja quanto a obrigatoriedade de manutenção de um percentual mínimo de trabalhadores atuando, seja quando se verificam limitações à possibilidade de greve em decorrência de motivo político ou solidário. Também se verifica a materialização da limitação a esse direito, ao priorizar-se a tutela da propriedade privada, através de ações

específicas de proteção à posse dos bens patronais envolvidos nas greves, denominadas interditos proibitórios.

É exatamente nesse contexto relatado que se traz à reflexão a alteração trazida pela atual redação dos arts. 114, §§ 2º e 3º, CRFB/88, realizadas pela EC 45/2004, havendo a inserção da obrigatoriedade de concordância das partes para a propositura do dissídio coletivo. A negociação coletiva, tendo o sindicato como elemento principal pelo lado dos trabalhadores, objetiva viabilizar que esse ente coletivo possa realizar tratativas, seja diretamente com uma determinada empresa, através de um acordo coletivo de trabalho, seja com o sindicato representante da classe patronal, através de uma convenção coletiva de trabalho. Observa-se que diante da eventual impossibilidade de alcance de um termo comum, se reconhece a possibilidade de ajuizamento de uma demanda específica, denominada dissídio coletivo, que tem como propósito a provocação do Poder Judiciário para decidir aquele litígio. O ato decisório, denominado sentença normativa, possui um caráter híbrido, qual seja, formalmente se apresenta como um provimento jurisdicional, mas materialmente acaba por ser elemento regulador da relação contratual mantida entre aqueles litigantes, como resulta da notória lição de Carnelutti. Neste sentido, tem-se o que se denomina poder normativo da Justiça do Trabalho, pois as balizas decididas irão reger empregador e empregados, vinculando-os aos termos decididos. Em verdade esse fenômeno, segundo a mais moderna e também notória doutrina, tratar-se-ia de efeito da projeção processual da estrutura material dos direitos em discussão.

Vê-se que inicialmente, nas ADI 3392 e 3423, objetivou-se questionar, entre outros aspectos, a constitucionalidade da alteração dos referidos artigos. Apontou-se a ocorrência de violação aos princípios da autodeterminação, da inafastabilidade do Poder Judiciário, da razoabilidade e da liberdade individual, pois haveria uma coação implícita às partes para resolverem os conflitos entre si ou por meio de árbitro. Ainda, se privaria que uma das partes pudesse acionar o Judiciário para a solução das eventuais divergências surgidas. Não menos relevante, buscava-se ainda demonstrar que a referida limitação não seria razoável, pois feriria cláusula pétrea ao se restringir direito de acesso à jurisdição.

No voto prevalecente, foi destacado que a exigência de “mútuo acordo” seria uma simples norma de procedimento, específica condição da ação, não se materializando em barreira a afastar a atuação da jurisdição. Destacou ainda que um dos principais objetivos da EC45 teria sido “...diminuir o poder normativo da Justiça do Trabalho e privilegiar a autocomposição”. Nesta esteira, vê-se no interior do RE 1.002.295 a fixação de tese sobre o tema aqui refletido,

que ao estabelecer a posição da Corte Constitucional brasileira, assevera “...ser constitucional a exigência de comum acordo entre as partes para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica...”. Portanto, materializa que o citado “comum acordo” seria mera condição procedimental³⁵ para sua propositura, com o objetivo de privilegiar a solução consensual dos conflitos, colocando a intervenção estatal, por meio da sentença normativa, como *ultima ratio*. Considerando-se, porém, que o efeito processual denominado poder normativo, na verdade, constitui uma projeção dessa natureza da estrutura material dos direitos tutelados, a imposição dessa nova condição, *rectius*, pressuposto processual, constitui mais uma barreira ao acesso e à efetivação desses direitos coletivos.

É interessante observar que o ajuizamento de dissídios não é uma prerrogativa do sindicato profissional. Ao citar debate que precedeu a alteração aqui questionada, o voto do relator indicou até mesmo manifestação por parte do Partido dos Trabalhadores, na qual se aponta que “...vai acontecer o que vemos em muitos movimentos hoje, particularmente em São Paulo, como o recente caso dos metroviários, em que a empresa recorre ao poder normativo antes de esgotada a capacidade de negociação”. Logo, é mandamental destacar desde já que a prerrogativa processual sempre foi bilateral, ou seja, qualquer dos lados sempre teve a faculdade de buscar o Poder Judiciário, tendo em vista haver previsão expressa na Constituição, para que o dissídio coletivo possa ser levado à apreciação pelo Poder Judiciário trabalhista.

Vê-se que tanto a Convenção 154, da OIT, como a recomendação apresentada pela Comissão de Liberdade Sindical da OIT³⁶ caminham no mesmo sentido, qual seja, estimular a livre negociação como meio de solução consensual para as questões trabalhistas, privilegiando a autonomia da vontade. Tal forma de pensar, ato contínuo, buscava sim limitar o denominado poder normativo da Justiça do Trabalho. Por outro lado, é mandamental refletir questões usuais:

³⁵ No interior dos votos, se exemplificam hipóteses que demandariam o preenchimento de requisitos prévios para seu ajuizamento, quais sejam: o habeas data, em que se exige comprovação de prévio indeferimento administrativo ou da omissão em atender o pedido de informações; o artigo 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006, que prevê o esgotamento das vias administrativas para ajuizamento da reclamação perante o STF, por violação a enunciado de Súmula Vinculante; o artigo 217, § 3º, da Constituição Federal, que também prevê o esgotamento das instâncias na Justiça Desportiva, como requisito para ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário. Como crítica, destaca-se que nenhum desses prevê que o demandado concorde com a situação de ter uma ação contra si manejada.

³⁶ Para mais informações sobre a posição do Comitê de Liberdade Sindical, verificar Caso 1839, que contextualiza o cenário em que foi materializada a recomendação, em especial, pelo fato do governo brasileiro não ter cumprido acordo com petroleiros, sendo seguido pelo movimento paralisista e intervenção da Justiça do Trabalho, que declarou o movimento em questão como sendo abusivo, seguido da dispensa de 59 empregados, dentre eles dirigentes sindicais:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903565

E não havendo composição? E havendo abuso de direito pelo simples intuito de não negociar? Até que ponto o fim da ultratividade das normas coletivas colabora para essa inércia de uma das partes³⁷? Perceba-se que esse conjunto de reflexões teria respostas mais simples se o direito de greve fosse plenamente exercido. Não se pode caminhar com a análise do comum acordo sem inserir a consequência que o movimento grevista produz. Entretanto, o que se verifica na prática é uma gradual limitação deste, em especial pelas cortes regionais e pela corte nacional trabalhista. O próprio voto prevaiente do relator destaca o direito de greve como meio hábil à solução. Contudo, diante da sistemática limitação desse direito, como o estabelecimento de percentuais mínimos de empregados em atividades, o que se vê é o esvaziamento da finalidade desse direito, fato que torna a relação ainda mais desproporcional. Exclui o único elemento de força que os trabalhadores possuem, que é o enfreamento à própria atividade econômica do empregador, e porque não dizer, o impacto que disso resulta para a sociedade. É bom não esquecer que a greve, antes de ser direito, é verdadeira arma de luta política e econômica e, as consideráveis limitações impostas a ela por sua regulamentação infraconstitucional e o seu tratamento jurisdicional, enfraquecem por demais esse poder.

Deve-se ainda pontuar que a simples existência da ação de dissídio coletivo não é só uma opção política do Estado brasileiro, de ter esse tipo de lide solucionada pelo Poder Judiciário, mas antes o necessário desdobramento jurídico-processual dos direitos coletivos em questão, já que, constitucionalmente, é inarredável a submissão ao Poder Judiciário da lesão a qualquer espécie de direito. A *sensu contrario*, impor uma condição da ação *sui generis, rectius*, verdadeiro pressuposto processual, que seria o “comum acordo”, como se disse, acaba por ser efetivo elemento de limitação de acesso à justiça. Neste sentido, o voto divergente, proferido pelo Ministro Marco Aurélio, destaca que o art. 5º, XXXV, CF não possui limitação ao direito de ação. No mesmo sentido se posiciona o Ministro Edson Fachin, destacando ainda a posição da Corte Constitucional em decisões anteriores³⁸ sobre a tentativa de imposição de limitação

³⁷ Não se está a defender, necessariamente, a alteração realizada pelo TST quanto ao teor da Súmula, 277, TST, mas sim os reais efeitos materiais sobre o escopo da negociação coletiva. Pode-se até mesmo lembrar as críticas apresentadas por Gomes, ao elencar que tal mudança ocorreu sem a existência de precedentes, em autêntico atuar prospectivo da Corte Superior Laboral, além de ensejar efetiva repriminção quanto ao conteúdo da L. 8.542/92 e consequente invasão à atribuição legislativa do Congresso Nacional (Gomes; 2018; pp. 131).

³⁸ Relembra-se a ADI 2139, que considerou a prévia submissão de conflitos à Comissão de Conciliação Prévia como obstativa ao direito de ação, ou mesmo eventual esgotamento de via administrativa para questões atinentes a Direito Previdenciário.

no acesso. Observa-se até mesmo que as eventuais limitações³⁹ ao pleno direito de ação não possuem como norte a concordância do lado oposto a ser demandado. Em uma perspectiva estritamente racional, não haveria sentido que um possível demandado concorde que uma ação seja a ele direcionada, se ele possui a possibilidade de não aquiescer com essa possibilidade⁴⁰. Por isso, impor que a parte ré em um processo concorde previamente com a propositura de uma ação em seu desfavor denota uma efetiva inviabilização do direito de ação e do acesso à justiça⁴¹.

Quando se analisa o direito comparado, poucos são os países que adotam a possibilidade de imposição de solução judicial de conflitos coletivos, entre os quais pode-se citar, além do Brasil, Austrália, Burundi, México, Nova Zelândia e Peru (Martins Filho, 2003, p. 33-39)⁴². Sendo alvo de diversas críticas, inclusive da OIT, através de seu comitê de liberdade sindical, se verificou um caminhar na linha de privilegiar a solução negocial, o que num primeiro momento parece algo positivo. Entretanto, não se pode analisar tal questão dissociada das demais alterações ocorridas, bem como da jurisprudência restritiva à atuação dos sindicatos. Logo, quando se verifica que os sindicatos perderam sua principal fonte de receita, e que a principal arma a este disponível, que seria o direito de greve, é gradativamente minada pelas cortes trabalhistas, com ameaças de penalidades pecuniárias enormes contra eles, condicionar o comum acordo para a busca de uma melhor condição para a categoria representada significa impedir, ou, no mínimo, dificultar muito que isso ocorra. Ideia seria fomentar o debate com

³⁹ Registrem-se eventuais limitações, como a descrita no §1º. do artigo 217 da CF/88, que estabelece a necessidade de esgotamento da esfera administrativa restrita ao desporto e, mesmo assim, tratando-se de controvérsia referente a disciplina e competições. Ainda assim, a denominada Justiça Desportiva fica condicionada a atuar dentro do prazo máximo de 60 dias, contados da formalização do processo. Portanto, verifica-se que a condicionante não está ao arbítrio do demandado, como no caso do denominado comum acordo, mas sim à inércia por parte do órgão administrativo erigido a solucionar os temas previamente elencados na legislação desportiva.

⁴⁰ Imaginemos se toda e qualquer violação a um direito ensejasse a necessidade de o lado adverso concordar em ter contra si um processo judicial deflagrado. Ora, se não faz sentido na dinâmica individual, deve-se refletir se realmente faz sentido na lógica coletiva.

⁴¹ Neste sentido, vale destacar ainda que uma coisa é a própria Constituição ter previsto a necessidade de buscar-se, antes do ajuizamento do dissídio coletivo, a negociação. Por outro lado, ao ser frustrada tal negociação, impor-se a existência de aquiescência comum para o ajuizamento acaba por ser verdadeiro veto ao exercício do direito constitucional de ação, pois confere ao suscitado em possível dissídio coletivo poder quase absoluto quanto à possibilidade de ingresso em juízo. Em outras palavras, limita-se que um lado postule, pois o lado que eventualmente não possui o interesse em negociar também não objetiva ser demandado judicialmente.

⁴² A solução judicial, em si, não é propriamente o problema, até mesmo porque a ampliação do espectro de muitos direitos deve-se ao Poder Judiciário. O problema talvez esteja na persistência de um modelo de inspiração autoritária de organização sindical e à anacrônica conjugação desse modelo com valores de inspiração liberal como a livre sindicalização e o a contribuição facultativa às entidades sindicais.

menor intervenção estatal, mas o que se verifica, na prática, é a impossibilidade fática de acesso à justiça, e conseqüente falta ou deficiência de materialização dos direitos sociais⁴³.

2.3 – Limitação pelo viés da limitação de competência

Uma das premissas para uma plena efetividade do acesso à justiça, como destacam Cappelletti e Garth, é a construção de um espaço próprio para debates específicos sobre determinados temas. É exatamente neste contexto que caminha a ocorrência de especificação de determinados temas, através da criação de espaços próprios para seu enfrentamento, o que acontece com a criação da Justiça do Trabalho, foco ora em análise. Esta tem como finalidade precípua a busca de solução de conflitos entre dois lados naturalmente antagônicos: aquele que oferta sua força de trabalho e aquele que toma este serviço. É intuitivo perceber que a crise é da essência da relação de trabalho, tanto no plano individual quanto naquele outro coletivo.

Em sentido antagônico ao aqui introduzido, limitar o escopo de atuação, seja através de mudanças normativas, seja através de um conjunto de decisões que visem reduzir o limite de atuação da Justiça do Trabalho, materializam-se como meios de mitigação da efetividade e concretude dos direitos sociais. Espaços próprios para análise de temas viabilizam a especialização dos agentes que enfrentam o referido debate, viabilizam a construção de espaços próprios de entendimento, auxiliam na interpretação do fato social à luz das premissas constitucionais de tutela daquela relação, entre outros, propiciando efetividade, celeridade, e muitas vezes a empatia quanto ao caso enfrentado.

Ao fazer um histórico da evolução da competência da Justiça do Trabalho, Martins Filho detalha uma gradual convergência da lógica dos atores sociais para o fato social propriamente dito. Enquanto a Constituição Federal de 1969 previa a competência para a solução de conflitos entre empregados e empregadores, temos em 1988 uma primeira inflexão relevante, passando a ser prevista a competência para solução de conflitos entre trabalhadores e empregadores, o que denotou significativo avanço pois alcançaria, em tese, todo e qualquer tipo de trabalhador. Em 2004, com a Emenda Constitucional 45, houve a finalização da inflexão iniciada em 1988, na qual a competência material da Justiça do Trabalho passa a ser, ao menos em tese, para todo e qualquer fato social que seja oriundo de uma relação de trabalho, alcançando inclusive a

⁴³ Como sugestão para uma possível solução da questão, pondera-se a possibilidade de o Ministério Público do Trabalho, tendo em vista o risco real que o debate pendente pode trazer para sociedade, atuar em sede de ação civil pública, tendo como requeridos os sindicatos que representam as categorias profissional econômica.

Administração Pública Direta e Indireta. Percebe-se assim que ao concentrar-se em um único espaço todos os debates acerca da relação de trabalho, se concretiza em sua plenitude a busca de materialização dos direitos sociais afetos às relações laborais.

Como diz a expressão popular, “nem tudo são flores”. Muitos debates, dos mais variados tipos, foram levados à Suprema Corte para sua análise de algo que, pela literalidade do texto constitucional, seria até certo ponto singelo, e porque não dizer, óbvio: a competência da Justiça do Trabalho frente a uma relação nitidamente de trabalho. Quando se traz ao debate o conjunto de princípios hermenêuticos, em especial o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, passa-se a ponderar que toda análise feita deve ter como finalidade atribuir a máxima eficácia às normas inseridas na Constituição, buscando assim maximizar suas potencialidades. O que passou-se a observar, de forma gradativa, é a Suprema Corte esvaziar a competência da Justiça do Trabalho, e conseqüentemente o próprio texto constitucional.

Importante observar que Martins Filho atribui parte desse movimento a uma reação contra um constante ativismo judicial⁴⁴ dos magistrados e tribunais trabalhistas, amparado em uma “diretriz interpretativa e aplicativa” (Martins Filho; 2021; pp 23). Esse fenômeno teria gerado uma reação tanto do STF quanto do Congresso Nacional, este último culminando com a reforma trabalhista, utilizando o eminente autor uma analogia à terceira lei de Newton (Martins Filho; 2021; pp 30). Na perspectiva jurisprudencial, destaca a existência de uma posição insurgente da corte laboral, que adotaria sistemática postura refratária à jurisprudência construída pelo STF⁴⁵. Até mesmo, neste aspecto, vê-se um avançar que busca impedir análise de vícios intrínsecos à celebração do negócio jurídico entre as partes, como se verifica na questão da formação de vínculos através da sistemática da pejotização ou simples associativismo. Pode-se citar que tais debates vêm sendo solucionados, inclusive, em sede de reclamação constitucional, pelas quais pode-se citar Rclm 54712, Rclm 53899 e Rclm 56.285⁴⁶.

⁴⁴ Cumpre destacar nossa posição pessoal, concordando que de fato, em muitas ocasiões são verificadas atuações que suplantam a própria vontade do legislador. Por outro lado, o sistema possui meios hábeis de adequação, não nos parecendo que a limitação de competência seja a via mais adequada, sob pena de ferir a própria constituição, o que verificamos ocorrer de forma sistemática, inclusive pela corte constitucional.

⁴⁵ Cita diversos exemplos, como a responsabilidade da administração pública e a possibilidade de terceirização.

⁴⁶ Salta aos olhos, nos casos citados, que se trata de fatos sociais que demandariam, em tese, a análise de elementos probatórios para validar aspectos como ocorrência de eventual defeito do negócio jurídico. Entretanto, a posição da Corte Constitucional vem sendo de solução pelo fato de os contratantes possuírem “alto grau de escolaridade e remuneração expressiva”. Questão: será que se estes são suficientes, por si só, para afastarem a ocorrência de fraude e outros vícios?

É possível observar que a atuação do STF, na análise da competência da Justiça do Trabalho, já vem caminhando para um corte restritivo antes mesmo da L. 13.467/17. Pode-se citar a reflexão sobre aspectos afetos a servidores públicos, em que houve o entendimento de tratar-se de uma relação estatutária, e não contratual. Tem-se aqui a limitação do escopo constitucional, além de verificar-se a criação de uma espécie de incompetência trabalhista em razão da participação da Fazenda Pública no processo. Como destaca Fava, “...olhando pelo retrovisor da história, o tribunal apegou-se a conceito desenvolvido sob a égide de outra ordem constitucional, adotando-o como razão de decidir” (Fava; 2021; pp 349). Não menos relevante que a decisão, a *ratio decidendi* destacou uma possível posição protetiva pela Justiça do Trabalho, em detrimento ao legalismo, qualificando a questão através da adoção de um conceito estrito de relação de trabalho, alcançando apenas relações contratuais. Neste aspecto, aponta Martins Filho:

A tônica dos argumentos expendidos no acórdão desse leading case apontavam para a inconveniência de uma girada competencial de 180°, passando de uma Justiça Comum Federal ou Estadual que, em matéria administrativa, pauta-se pelo extremo legalismo, numa relação em que o Estado impõe as normas a seus servidores, para uma Justiça do Trabalho notadamente protecionista, do que considera a parte mais frágil da relação de trabalho, que é o empregado (Martins Filho, 2021, p. 57).

Verifica-se que a tônica dos julgamentos passa pela gradual relativização da competência da Justiça do Trabalho, seja afastando a possibilidade de enfrentamento de temas específicos, seja conferindo uma mera competência subsidiária, na qual somente seria possível a sua atuação após a apreciação realizada pela Justiça Comum Estadual ou Federal⁴⁷. Com relação à primeira, verificam-se restrições que buscam limitar o contrato em termos temporais (Tese 992 de repercussão geral, sobre questões pré-contratuais) e que excluem temáticas específicas (ADI 5326 – autorização para trabalho artístico infantil; ADI 3684 – incompetência para julgar ações penais; RE 569056 – incompetência para determinar os recolhimentos previdenciários decorrentes do contrato de emprego reconhecido; Tema 305 – incompetência para ações de cobrança de honorários promovidas por profissionais liberais). De igual sorte, ao tratar a Justiça do Trabalho como sendo subsidiária, verificam-se hipóteses⁴⁸ que, por

⁴⁷ Como crítica, destaca-se que a posição do STF trata a Justiça do Trabalho como “algo menor”, mera cumpridora de decisões anteriores dos demais ramos da Justiça, numa dimensão constitucional que retrocede aos moldes das Cartas de 1934 e 1937. E ainda uma questão relevante: qual seria a amplitude cognitiva da Justiça do Trabalho? Poderia, por exemplo, julgar em sentido oposto? Como, especificamente, no exemplo, se a Justiça Comum entende não existir vínculo estatutário, a Justiça do Trabalho fica vinculada a esses termos, ou pode decidir pela ocorrência de vínculo estatutário?

⁴⁸ O STF sinaliza que toda vez que houver uma lei específica para uma categoria, a análise deve ser primariamente da Justiça Comum.

determinação da Suprema Corte, devem ser analisadas previamente pela Justiça comum, e apenas se não cumpridos os requisitos legais, seria remetido para a apreciação da Justiça especializada (ADC 48 – incompetência para julgar a relação jurídica entre o motorista e a empresa contratante; Tema 550 - incompetência para analisar a situação dos representantes comerciais, regidos pela Lei nº 4.886/65)⁴⁹. Varela pontua de forma contundente o que se aborda ao destacar:

Fazem parte desse conjunto de iniciativas as reiteradas decisões de incompetência da Justiça do Trabalho para tratar das relações de trabalho, mesmo considerando a ampliação da competência da instância judicial trabalhista perpetrada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Trata-se de um franco processo de esvaziamento da competência da Justiça do Trabalho. Algumas decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal nesse sentido são ADI n. 3.395-6 (incompetência da Justiça do Trabalho para as relações estatutárias e jurídico-administrativas); RE n. 586.453 (Tese de Repercussão Geral n. 190: incompetência da Justiça do Trabalho para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência com o propósito de obter complementação de aposentadoria); RE 846854 (Tese de Repercussão Geral n. 544: incompetência da Justiça do Trabalho para julgar abusividade de greve de servidores públicos celetistas da Administração pública direta, autarquias e fundações públicas); RE n. 960.429 (Tese de Repercussão Geral n. 992: incompetência para julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e admissão de servidores públicos celetistas, isto é, para demandas envolvendo danos morais pré-contratuais de servidores públicos celetistas da Administração Pública direta e indireta); RE n. 606.003 (Tese de Repercussão Geral n. 550: incompetência para o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, entendendo que não há relação de trabalho entre as partes). Essa interpretação restritiva quanto à competência da Justiça do Trabalho tem sido aplicada, em alguns julgados de turmas do STF, para os motoristas autônomos, supostamente regulados pela Lei n. 11.442/2007.

Urge ressaltar ainda o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, em consonância com a Súmula n. 363 do STJ, no sentido da incompetência da Justiça do Trabalho para julgar relações de trabalho também enquadradas como de consumo, regidas por lei especial. Por fim, a maior parte das decisões da Justiça do Trabalho no sentido da incompetência dessa especializada para processar e julgar os conflitos de trabalho envolvendo os(as) trabalhadores(as) de plataforma. Essas decisões negam o fundamento e as particularidades constitutivas da Justiça do Trabalho que, a partir da assimetria real dos sujeitos do mercado de trabalho, se construiu como órgão jurisdicional especializado apto a julgar relações nas quais há prestação de trabalho humano em prol de um tomador. Ressalte-se que o afastamento dos(as) trabalhadores(as) da Justiça do Trabalho restringe a própria capacidade de enunciação dos direitos por parte desses sujeitos e estimula o descumprimento dos direitos trabalhista pelo empresariado” (Varella, 2022, p. 208-209).

Ao que se vê, evitar que a Justiça do Trabalho possa analisar aspectos que, a prioristicamente, seriam de sua competência, ou mesmo de sua finalidade institucional, acaba por criar obstáculos à efetivação destes direitos sociais. Ademais, a própria lógica formal

⁴⁹ Destaca Martins Filho, em conclusão, que “...como se pode verificar, a mudança da constituição de 1967/1969 para a de 1988, quanto à competência da Justiça do Trabalho, de relação de emprego para relação de trabalho acabou não sendo reconhecida jurisprudencialmente pelo STF, mormente pelo caráter excessivamente protecionista da Justiça do Trabalho” (Martins; 2021; pp. 59).

vinculada a esse procedimento importa em maior morosidade e menor aptidão cognitiva para enfrentamento dessas temáticas, ensejando enorme lapso temporal apenas para se decidir quem é o efetivo órgão competente para enfrentar a questão, na contramão da instrumentalidade que prevalece na mais moderna doutrina processual como valor central a ser observado. Isso se evidencia pela própria dificuldade estrutural, seja pela maior dificuldade de acesso à Justiça Federal, por menor capilaridade e necessária estrutura de custeio, ou pelo fato de a Justiça Estadual enfrentar uma enormidade de conflitos, oriundos das mais diversas relações jurídicas. Conclui-se que o STF, de forma clara, consolida um entendimento refratário ao texto constitucional, amparado em premissas de existência de excessos protetivos e perigos decorrentes da atuação da Justiça do Trabalho, mesmo que tal posição contribua de forma clara para a inefetividade dos direitos sociais de natureza laboral. Além disso, vale lembrar que, se a Justiça do Trabalho é o ou foi protetiva em excesso, ao restringir o seu âmbito de atuação, a Corte Constitucional acaba por impedir que, numa virada de entendimentos típica do jogo democrático na composição das cortes colegiadas, fosse possível evoluir para uma forma de tratamento mais equilibrada dessas questões.

3. Considerações finais

Pensar a construção de uma estrutura de direitos sociais importa reconhecer ao Estado a obrigação de atuar de forma rotineira, em todas as suas esferas, como agente redutor de desigualdades. Como se busca pontuar, a segmentação em poderes diversos não exclui o dever finalístico de buscar a materialização da dignidade da pessoa humana. Logo, sendo um poder inerte, cumpre aos demais atuar com vistas a garantir que tal omissão seja superada.

Por outro lado, ao refletirmos de forma especial em matérias trabalhistas, e de forma mais detida no próprio acesso à justiça como meio de tutela dos direitos sociais laborais, verifica-se uma opção do Estado de deixar a inércia de lado, passando a atuar de forma contundente para a restrição gradual daqueles direitos. A inexistência de um atuar em pesos e contrapesos nesse tema tão sensível importa em autêntico risco sistêmico ao trabalhador como destinatário de proteção diferenciada. Em sede de acesso à justiça, vê-se ainda uma lógica cíclica, pois a pobreza é meio de afastamento do acesso, ao passo que ao não alcançar a possibilidade de ver um litígio solucionado pelo Poder Judiciário, verifica-se o agravamento da condição de miserabilidade.

Como se pode pensar em uma lógica de solução de conflitos sem a existência de uma estrutura de acesso à jurisdição? Será que se vivencia uma onda de acesso à justiça simplesmente formal, tendo em vista que os diversos fatos acima analisados denotam um gradual estabelecimento de barreiras de acesso, nas quais a eventual superação de um obstáculo nos aponta uma infinidade de outros? Até que ponto o Estado, em suas três esferas, demonstra ter escolhido seu lado na dicotomia “capital x trabalho”, se restringindo a construção de uma estrutura que visa apenas a tutela do patrimônio de poucos, destinando apenas o estado polícia para os demais integrantes da sociedade?

O modelo em curso, além de ensejar um risco imediato, quando se pensa nos destinatários da tutela por parte do Estado, enseja ainda um risco mediato, qual seja, a fragilização num segundo momento da paz social, da democracia e da própria estruturação do Estado. Quando essa diferença chega ao direito do trabalho, impedindo o acesso mínimo a direitos, parece possível o questionamento: para que serve o Estado? Isso porque, se as portas do sistema se fecham para um determinado grupamento quando busca alcançar sua dignidade de subsistência, o meio para seu acesso pode ser fora do sistema, o que ensejaria risco, até mesmo, de ruptura da estrutura posta.

Referências

ADAMOVICH, Eduardo Henrique von. **Os Direitos Sociais para além dos Muros da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2022.

BANCO MUNDIAL. **Documento Técnico 319** – O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para Reforma. 1996. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 23 dez 2022

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre. 1991.

CARELLI, Rodrigo. A Negação do Acesso à Justiça do Trabalho pelo Processo de Reforma Trabalhista. In: **Direito do Trabalho: Perenidade e Atualidade**, Campinas, SP: Lacier Editora, 2022, pp. 193-196.

CARELLI, Rodrigo. **O que os britânicos podem ensinar ao ministro Barroso**. Jota, [S. l.], 01 set. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-os-britanicos-podem-ensinar-ao-ministro-barroso-01092017>, Acesso em: 09 set. 20.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-18/03**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 14 dez. 2022

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”**: epistemologia versus metodologia?. In: PANDOLFI, Dulce et al (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. pp. 55-76. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6742/39.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 dez 2022

FAVA, Marcos Neves. **A lente embaçada do STF na análise da competência da Justiça do Trabalho**. Breve leitura da decisão na ADI 3395 = The STF's blurry lens in the analysis of the competence of the Labor Court. Brief reading of the decision in the direct action of unconstitutionality 3395. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região, São Paulo*, n. 26, p. 341-358, 2021

GOMES, Fábio Rodrigues. O novo direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 84, n. 3, p. 120-167, jul./set. 2018.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LUZES, Fabiano Fernandes. Uma Breve Reflexão sobre as Balizas que Fundamentam a Limitação de Acesso à Justiça Trabalhista: Um Repensar sobre a Desjudicialização dos Conflitos e Atuação do Estado na sua Gestão a Luz de uma Perspectiva Consequencialista. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região – 6ª Edição**. Campo Grande – MS, 2021. pp 109 – 130. Disponível em: https://www.trt24.jus.br/documents/1314207/7099895/REVISTA_2021_Versao+Final.pdf/788903b2-d458-42b3-b201-8c4626cf8c94. Acesso em: 21 dez 2022

LUZES, Fabiano Fernandes. **Neopopulismo e Direito do Trabalho**: Um caminhar desregulamentador e os riscos para a democracia. Leme – SP: Editora Mizuno, 2022.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 21-78, jan./fev. 2021.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo Coletivo do Trabalho**. 3a ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 33-39

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da Democracia**. Rio de Janeiro, Editora Zahar. 2019

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 2011.

SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos. **Relações de trabalho e direitos fundamentais sociais**. Curitiba/PR: Editora Juruá, 2016, pp 93-136.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, n. especial, p. 289-332, nov. 2017.

VARELLA, Renata Versiani Scott. A centralidade do acesso à justiça do trabalho nos tempos atuais. In **Direito do Trabalho: Perenidade e Atualidade**, Campinas, SP: Lacier Editora, 2022, pp. 197-215.

Sobre os autores

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich: Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; magistrado do trabalho.

Fabiano Fernandes Luzes: Doutorando em Direito no PPGD-UERJ; magistrado do trabalho.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a inconstitucionalidade/inconvencionalidade do §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 e do Projeto de Lei nº 5.679/2023: Os novos contornos do eugenismo no Brasil

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Unconstitutionality/Incompatibility of paragraph 6 of Article 10 of Law No. 9,263/1996 and Bill No. 5,679/2023: The New Contours of Eugenics in Brazil

Guilherme Guimarães Feliciano
Pablo Coutinho Barreto

Resumo

O artigo analisa a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPCD) e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a inconstitucionalidade do §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 e do Projeto de Lei nº 5.679/2023. A pesquisa explora a evolução dos direitos das pessoas com deficiência, a transição do modelo assistencialista para o modelo social da deficiência e a proteção constitucional desses direitos. Enfatiza-se a importância da autodeterminação e da autonomia das pessoas com deficiência, com foco nos direitos reprodutivos, analisando um caso de restrição indevida desses direitos na Espanha. A incorporação da CDPCD ao direito brasileiro, com status de norma constitucional, reforça a necessidade de eliminar barreiras jurídicas e sociais que limitam a inclusão e a igualdade. O artigo conclui que a esterilização compulsória de pessoas com deficiência, mesmo com autorização judicial, é inconstitucional, uma vez que viola direitos fundamentais e cláusulas pétreas da Constituição Federal.

Palavras-chave: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Direitos fundamentais; Inconstitucionalidade; Direitos reprodutivos; Inclusão social.

Abstract

The article analyzes the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (ICRPD) and its influence on the Brazilian legal system, highlighting the unconstitutionality of §6 of Article 10 of Law No. 9,263/1996 and Bill No. 5,679/2023. The research explores the evolution of the rights of persons with disabilities, the transition from an assistentialist model to the social model of disability, and the constitutional protection of these rights. It emphasizes the importance of self-determination and autonomy for persons with disabilities, focusing on reproductive rights and analyzing a case of undue restriction of these rights in Spain. The incorporation of the ICRPD into Brazilian law, with constitutional status, reinforces the need to eliminate legal and social barriers that limit inclusion and equality. The article concludes that compulsory sterilization of persons with disabilities, even with judicial authorization, is unconstitutional, as it violates fundamental rights and constitutional clauses.

Keywords: *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities; Fundamental rights; Unconstitutionality; Reproductive rights; Social inclusion.*

Resumen

El artículo analiza la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) y su influencia en el ordenamiento jurídico brasileño, destacando la inconstitucionalidad del §6 del artículo 10 de la Ley N° 9.263/1996 y del Proyecto de Ley n° 5.679/2023. La investigación explora la evolución de los derechos de las personas con discapacidad, la transición del modelo asistencialista al modelo social de la discapacidad y la protección constitucional de estos derechos. Se enfatiza la importancia de la autodeterminación y la autonomía de las personas con discapacidad, con un enfoque en los derechos reproductivos, analizando un caso de restricción indebida de estos derechos en España. La incorporación de la CIDPD al derecho brasileño, con estatus de norma constitucional, refuerza la necesidad de eliminar barreras jurídicas y sociales que limitan la inclusión y la igualdad. El artículo concluye que la esterilización compulsoria de personas con discapacidad, incluso con autorización judicial, es inconstitucional, ya que viola derechos fundamentales y cláusulas pétreas de la Constitución Federal.

Palabras clave: *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Derechos fundamentales; Inconstitucionalidad; Derechos reproductivos; Inclusión social.*

Como citar este artículo: ABNT¹ e APA²

1. Introdução

A proteção e a promoção dos direitos das pessoas com deficiência evoluíram significativamente ao longo da história. Inicialmente marcadas por exclusão e invisibilidade, essas questões alcançaram um lugar central nos direitos humanos e no ordenamento jurídico contemporâneo.

Nesse cenário, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPCD) destaca-se como um marco fundamental, promovendo uma nova compreensão sobre a deficiência, baseada no modelo social, que enfatiza as barreiras sociais em vez das limitações individuais.

Este artigo propõe uma reflexão sobre a fundamentalidade dos direitos das pessoas com deficiência à luz da CDPCD, examinando como a adoção do modelo social da deficiência promoveu uma ruptura paradigmática, contribuindo para uma sociedade mais inclusiva e igualitária.

¹ FELICIANO, Guilherme Guimarães; BARRETO, Pablo Coutinho. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a inconstitucionalidade/inconvencionalidade do §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 e do Projeto de Lei nº 5.679/2023: Os novos contornos do eugenismo no Brasil. **Labuta**, v. 2, n. 1, p. 57-76, jan./jun. 2025.

² FELICIANO, G.G.; Barreto, P.C. (2025). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a inconstitucionalidade/inconvencionalidade do §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 e do Projeto de Lei nº 5.679/2023: Os novos contornos do eugenismo no Brasil. **Labuta**, 2(1), 57-76.

O texto está estruturado da seguinte forma: inicialmente, discute-se a fundamentalidade e a proteção constitucional dos direitos das pessoas com deficiência, destacando sua evolução normativa no Brasil. Em seguida, aborda-se a força normativa da CDPCD e seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, delineiam-se a autonomia e a autodeterminação das pessoas com deficiência, com ênfase na proteção de seus direitos reprodutivos, incluindo um breve na análise de caso sobre a limitação desses direitos em pessoas com síndrome de Down na Espanha.

Por fim, será examinada a inconstitucionalidade superveniente do §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 e a violação de cláusulas pétreas pelo Projeto de Lei nº 5.679/2023, evidenciando os desafios e perspectivas para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil.

2. A fundamentalidade e a proteção constitucional dos direitos das pessoas com deficiência

Ao longo da história, as pessoas com deficiência foram frequentemente relegadas à margem das garantias universais de direitos humanos (Brandão, 2023, p. 27). Ao revés, foram vítimas de um efetivo desprezo pela sua condição humana.

O reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência como uma categoria jurídica específica – i.e., a sua afirmação como direitos humanos próprios dessa categoria de pessoas vulnerabilizadas – deu-se de forma progressiva, com declarações bem mais recentes que a proclamação da universalidade dos direitos humanos (Brandão, 2023, p. 105). Insere-se, a rigor, naquele fenômeno que Bobbio identificou como “*moltiplicazione per specificazione*” (ou seja, a “passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, [da universalidade abstrata] para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direito”) (Bobbio, 1992, p. 62-63).

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, alterou o texto constitucional então vigente para assegurar às pessoas com deficiência a garantia de educação especial e gratuita, o direito de assistência, de reabilitação e de reinserção na vida econômica e social do país, a proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e quanto a salários, e a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos³.

³ Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

Uma década depois, a Constituição Federal de 1988, em linha com o seu espírito de reconhecer os direitos fundamentais como inerentes à dignidade da pessoa humana, consagrou diversos dispositivos à proclamação dos direitos das pessoas com deficiência.

Os direitos fundamentais são um tipo de direito subjetivo cuja nota distintiva reside em sua fundamentalidade. Dito de outro modo, a fundamentalidade constitui uma propriedade exclusiva específica dos direitos fundamentais. Logo, a classificação de um direito como fundamental demanda a análise do conceito de fundamentalidade e das propriedades formais e materiais que lhe conformam (Pulido, 2014, p. 387).

Antes, porém, é preciso ressaltar que o conceito de direito fundamental é um dos mais tormentosos da Teoria da Constituição. Há um conceito histórico, um conceito ideal, um conceito material, um conceito estrutural, um conceito formal, um conceito funcional, um conceito político, um conceito dogmático, um conceito jurídico entre outros tantos (Sampaio, 2003, p. 89).

À partida, convém observar que não se confundem necessariamente, como categoria, com os chamados direitos humanos. Por isso, entendemos como preferível, em todo caso, a expressão “direitos humanos fundamentais”, como expressão técnico-jurídica mais abrangente, seja pelo seu uso comum na tradição brasileira, seja porque semanticamente é mais compreensiva que as expressões “direitos fundamentais” (geralmente atrelada à ideia de positividade das normas jurídicas correspondentes) ou “direitos humanos” (ora ligada a concepções jusnaturalistas, ora ao ambiente jurídico internacional), seja porque, enfim, já adotada inclusive em documentos da UNESCO (“*droits de l’homme fondamentaux*”⁴).

A rigor, a (jus)fundamentalidade de um direito subjetivo decorre da combinação de propriedade formais e materiais. Assim, na lição de Carlos Bernal Pulido, um direito precisa manifestar pelo menos uma propriedade formal e outra material para ser considerado um direito fundamental. As propriedades formais guardam relação com a fonte formal do direito que empresta validade ao direito fundamental (i.e., com a própria forma de expressão daquele direito). São quatro as possíveis propriedades formais de um direito fundamental, a saber: (i) estar inserido no capítulo relativo aos direitos fundamentais da Constituição; (ii) pertencer ao

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

⁴ Veja-se ainda, quanto à mesma expressão, “*La démocratie à l’ère numérique face aux menaces pour la vie privée et les libertés individuelles*”, resolução adotada à unanimidade pela 133^a Assembleia da União Interparlamentar (Genebra, 21/10/2015). Confira-se, enfim, FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: Tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”*. São Paulo: LTr, 2011 (*Apresentação do texto*).

texto da Constituição; (iii) integrar o bloco constitucional; ou (iv) ter reconhecida a posição de direito fundamental pela jurisdição constitucional (Pulido, 2014, p. 395).

Por sua vez, as propriedades materiais dos direitos fundamentais conferem fundamentalidade a partir da característica única de proteção dos interesses fundamentais do indivíduo relacionados à sua liberdade (i); à sua autonomia (ii); à sua igualdade (iii) e/ou à satisfação das suas necessidades básicas (iv) (Pulido, 2014, p. 400).

Em uma outra perspectiva, pode-se afirmar que os direitos materialmente fundamentais podem ser encarados como um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso é assim porque as dimensões dos direitos humanos e fundamentais, na sua essência, materializam as diferentes refrações do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar central da arquitetura constitucional contemporânea (Sarlet, Fensterseifer, 2010, p. 19).

A dignidade da pessoa humana é descrita por Luís Roberto Barroso como um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O seu conteúdo jurídico vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade (Barroso, 2001, p. 68).

Ainda que a maioria dos direitos fundamentais individualmente considerados se conectem com a dignidade da pessoa humana de forma diferenciada em sua amplitude e intensidade, os direitos fundamentais, os objetivos estatais e as variantes das formas estatais têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço (Haberle, 2009, p. 81).

Para Ingo Wolfgang Sarlet, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem, ainda que com intensidade variável, explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência – e ao menos em princípio – está presente em cada direito fundamental um conteúdo ou pelo menos alguma projeção da dignidade da pessoa (Sarlet, 2009, p. 96).

É nesse contexto que podemos afirmar que a fundamentalidade dos direitos das pessoas com deficiência está alicerçada tanto em suas propriedades formais – como a sua inclusão no texto constitucional (*supra*) e o reconhecimento dessa condição pelo Supremo Tribunal Federal (v. ADI 5357, ADI 6476, ADI 5583, RE 665381, ADI 5452, ADI 7028 etc.) – e em suas propriedades materiais, porque garantem a proteção de interesses fundamentais ligados à liberdade, à igualdade e à satisfação das necessidades básicas.

Esses aspectos fundamentam a transição para um paradigma jurídico mais inclusivo, cuja consolidação se deu por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, marco no reconhecimento desses direitos em sua plenitude.

3. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua força normativa no ordenamento jurídico brasileiro

A história dos direitos das pessoas com deficiência pode ser percebida a partir de quatro fases distintas. Na lição de Flávia Piovesan, são elas: i) fase da intolerância, na qual as pessoas com deficiência eram vistas como resultado da impureza, do pecado ou castigo divino; ii) fase da invisibilidade, quando não havia qualquer preocupação especial direcionada a esse grupo vulnerabilizado; iii) fase assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica, sendo a deficiência uma doença a ser curada e o indivíduo alguém a ter sua enfermidade tratada; e iv) fase do paradigma dos direitos humanos, marcada pelo reconhecimento dos direitos à inclusão social, com ênfase na relação com o meio em que estão inseridas e na necessidade de se eliminar obstáculos e barreiras superáveis, seja elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício dos direitos humanos (Piovesan, 2012, p. 46).

O ápice dessa evolução normativa se deu com a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 6.949, 25 de agosto de 2009.

A CDPCD representou uma verdadeira mudança de paradigma no tratamento jurídico e social das pessoas com deficiência. Isso porque ela se propõe a abandonar a visão tradicional, centrada no assistencialismo, e nos convida a adotar um modelo verdadeiramente inclusivo, centrado nos direitos humanos.

De início, é preciso reconhecer que a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico observando o regramento do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, ou seja, seguindo a regra de tramitação de emendas à Constituição, passando, portanto, a integrar o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa linha, inclusive, foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5.357-DF. ao pontuar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência detém status equivalente ao de emenda constitucional, reforçando

o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compoendo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio⁵.

A CDPCD promoveu uma ruptura paradigmática ao substituir o modelo médico-assistencialista pela perspectiva do modelo social da deficiência. Nesse contexto, a deficiência é compreendida como uma construção social, resultante da interação entre limitações individuais e as barreiras impostas pela sociedade — sejam elas culturais, sociais ou físicas. Essa abordagem reafirma que uma sociedade verdadeiramente inclusiva deve eliminar essas barreiras para garantir a igualdade no pleno exercício dos direitos humanos.

E em razão disso, a Convenção se apresenta como um novo paradigma, evidenciando que a deficiência faz parte de diversidade humana. Ao deixar de lado o modelo médico da deficiência, que foca na limitação da pessoa, e adotar o modelo social, no qual a deficiência é parte da diversidade humana, cabendo à sociedade cuidar para a diminuir as barreiras existentes, de modo que quanto mais acessível a sociedade, mais as pessoas com deficiência poderão exercer seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas.

O ponto mais transformador da CDPCD reside no abandono definitivo de uma abordagem caritativa e assistencialista, que reduzia as pessoas com deficiência a sujeitos passivos de políticas públicas. Em seu lugar, emerge uma perspectiva centrada nos direitos humanos, que reconhece essas pessoas como titulares plenos e invioláveis de direitos, capazes de exercer autonomia e influenciar ativamente as políticas que moldam sua inclusão na sociedade

Essa transição não é meramente semântica, pois envolve uma mudança de perspectiva profunda no que diz respeito ao papel do Estado, da sociedade, e das próprias pessoas com deficiência. O modelo de direitos humanos, que é a espinha dorsal da Convenção, exige que as pessoas com deficiência sejam protagonistas de suas vidas, com plena autonomia e poder de decisão.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ressalta a necessidade de políticas públicas que eliminem barreiras arquitetônicas, comunicacionais e atitudinais. Essas barreiras perpetuam a exclusão social e devem ser superadas por força do comando normativo – de índole constitucional – consignado no texto da CDPCD.

Seus principais eixos temáticos são: a) igualdade, não-discriminação e reconhecimento igual perante a lei; b) mulheres e crianças com deficiência; c) acessibilidade e mobilidade pessoal; d) direito à vida e situações de risco e emergências humanitárias; e) acesso à justiça; f)

⁵ ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09-06-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016.

liberdade, inclusive de movimentação e nacionalidade, e segurança da pessoa; g) prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; h) prevenção contra a exploração, a violência e o abuso; i) proteção da integridade da pessoa; j) vida independente, inclusão na comunidade e participação na vida política e pública, cultural e em recreação, lazer e esporte; k) liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação; l) respeito à privacidade, pelo lar e pela família; m) educação; n) saúde, habilitação e reabilitação; o) trabalho e emprego; padrão de vida e proteção social adequados (Brandão, 2023, p. 213).

A estrutura da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência está assentada em oito princípios, previstos em seu artigo 3º, que trazem uma carga axiológica direcionada à inclusão desse grupo de pessoas vulnerabilizadas. Para Filipe Venade Sousa, esses princípios são normas jurídicas com caráter genérico, abstrato e básico, e com sentido aberto e flexível no plano de interpretação e aplicação no tratamento jurídico, refletindo o impacto do modelo social de deficiência enquanto vase interpretativa para todas as disposições convencionais (Sousa, 2018, p. 161).

Os princípios gerais da CDPCD são os seguintes: i) princípio do respeito à dignidade inerente à pessoa com deficiência; ii) princípio do respeito à autonomia individual e independência pessoal; iii) princípio da não discriminação e da dignidade inerente; iv) princípio da plena e efetiva participação e inclusão social; v) princípio do respeito às diferenças e da aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana; vi) princípio da igualdade de oportunidades; vii) princípio da igualdade entre homens e mulheres; e viii) princípio do respeito ao desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e respeito aos direitos dessas crianças de preservar sua identidade.

Essas oito diretrizes principiológicas vão orientar a interpretação de todo o corpo normativo da Convenção a fim de que dele se extraia a máxima efetividade, a maior produção possível de efeitos (Brandão, 2023, p. 267).

Nessa perspectiva, ao elevar todas essas questões referentes aos direitos das pessoas com deficiência ao patamar constitucional, incorporando-as ao bloco de constitucionalidade, o legislador constituinte derivado promoveu uma verdadeira revolução no tratamento jurídico das pessoas com deficiência, orientado pelo princípio da fraternidade, inscrito no preâmbulo da Constituição Federal⁶.

⁶ PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

4. Autonomia e autodeterminação: a proteção dos direitos reprodutivos das pessoas com deficiência

Os direitos sexuais e reprodutivos são direitos fundamentais diretamente extraídos da dignidade da pessoa humana, que visam a garantir o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana (Ventura, 2009, p. 19).

Esses direitos surgem do direito à igualdade, do respeito à integridade física e mental, da liberdade e autonomia do indivíduo, que, em conjunto, geram a necessidade de proteção à diversidade. O seu escopo abrange o direito a serviços de saúde sexual, informação e educação sexual, a liberdade de escolher o parceiro, a possibilidade de ter ou não relações sexuais, a liberdade de expressar livremente sua sexualidade e identidade de gênero, a liberdade de expressar livremente sua orientação sexual e identidade de gênero, a prática sexual segura para prevenção de gravidez e doenças sexualmente transmissíveis, o direito de acesso a técnicas e métodos para conceber ou não filhos, o direito à reprodução sem discriminação, temor ou violência, entre outros aspectos (Ramos, 2023, p. 1153-1154).

Apesar de alguns avanços, o reconhecimento e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos ainda enfrentam desafios significativos em muitos países, especialmente no que concerne às pessoas com deficiência, que frequentemente encontram barreiras adicionais na obtenção de cuidados de saúde adequados e na persistência de estigmas sociais bastante enraizados.

A circunstância das pessoas com deficiência terem historicamente sido eliminadas ou marginalizadas em isolamento institucional, com mínima participação social, sempre dependente dos esforços de familiares para a sobrevivência, é que a promoção do respeito à dignidade que lhes é inerente figura como objetivo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, logo em seu artigo 1º (Corrêa, 2020, p. 157).

Nesse contexto, os direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência encontram proteção específica no âmbito da CDPCD, em seu artigo 23, 1, que insta os Estados Partes a adotarem medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

a) seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de

internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; b) sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos; c) as pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

A força normativa desses dispositivos, em nosso ordenamento jurídico, vincula a atuação estatal em todas as suas esferas e também possui eficácia horizontal alcançando as relações privadas, dado integrarem o bloco de constitucionalidade brasileiro. Desse modo, os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que acometem as pessoas com deficiência não devem servir para justificar medidas legislativas, administrativas ou judiciais que lhes diminuam a autonomia individual ínsita à fruição dos direitos sexuais e reprodutivos

5. Um breve estudo de caso: a (indevida) limitação dos direitos reprodutivos de pessoas com deficiência intelectual na Espanha

As questões postas neste estudo não são, por evidente, uma exclusividade da ordem jurídica brasileira. Para citar um único exemplo do direito estrangeiro, a Espanha optou por erradicar a esterilização forçada ou involuntária de pessoas com deficiência, alterando inclusive o texto original de seu Código Penal (Lei Orgânica nº 10/1995, de 23 de novembro), ainda no ano de 2020, com a edição da Lei Orgânica nº 2/2020, de 16 de dezembro (*“de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente”*). A reforma legislativa em questão alinhou-se com as obrigações internacionais assumidas pela Espanha ao ratificar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promovendo sobretudo os princípios igualdade e da não discriminação em favor dessa população.

No caso espanhol, a CDPCD foi ratificada pela Espanha em 2008, estabelecendo os preditos direitos fundamentais relacionados à autonomia, à dignidade, à isonomia e à não discriminação da pessoa com deficiência. No entanto, a permissão legal para a esterilização de pessoas com deficiência sem o seu consentimento seguia prevista na legislação penal, em clara violação desses direitos, engendrando incontornável quadro de inconveniência.

Com efeito, se o artigo 23 da CDPCD estabelece o direito das pessoas com deficiência de constituir família e tomar decisões sobre sua vida reprodutiva em condições de plena

autonomia e igualdade com as demais pessoas, o artigo 156 do Código Penal espanhol seguia a dispor sobre a possibilidade de esterilização quando ordenada por decisão judicial, nos casos em que a pessoa fosse considerada incapaz de prestar consentimento. Dispunha, na parte revogada, o seguinte:

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

A permanência dessa previsão legal, mais de uma década após a entrada em vigor da Convenção, demonstrava uma incoerência normativa que legitimava a prática da esterilização forçada ou involuntária, coonestando uma forma de violência de gênero que afetava principalmente mulheres com deficiência intelectual e psicossocial. Dados estatísticos citados na exposição de motivos da Lei Orgânica nº 2/2020 revelavam que, entre 2005 e 2013, mais de 865 casos de esterilização não consentida foram registrados na Espanha, a maioria envolvendo mulheres.

A predita lei orgânica veio a lume, pois, para exatamente revogar o segundo parágrafo do artigo 156 do Código Penal, eliminando qualquer base legal para a esterilização não consentida de pessoas incapazes “com grave deficiência psíquica”. Mais precisamente, as alterações legislativas então consumadas, sob os aplausos das entidades nacionais e internacionais de promoção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência, foram as seguintes:

- a revogação do parágrafo segundo do artigo 156 do Código Penal, eliminando a possibilidade de permissão judicial para esterilização de pessoas com deficiência sem seu consentimento (o que, no Brasil, pretende-se agora introduzir com o PL nº 5.679/2023, como se evidenciará a seguir);
- a derrogação da disposição adicional primeira da Lei Orgânica nº 1/2015, de 30 de março, que modificava a Lei Orgânica nº 10/1995 (Código Penal); e
- a alteração da Lei nº 41/2002, de 14 de novembro, que regula a autonomia do paciente e os seus direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, assegurando que as pessoas com deficiência tenham acesso a informação inteligível sobre todos os seus direitos reprodutivos.

Em paralelo, como disposição transitória, estabeleceu-se ainda que

[...] [1]os procedimientos que con arreglo a lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, estuvieran en trámite o tramitados pero no ejecutados a la entrada en vigor de esta Ley Orgánica quedarán sin efecto, recuperando la persona objeto de los mismos la plena libertad de decisión respecto de someterse o no al tratamiento médico.

Tais reformas também atenderam às recomendações da Organização das Nações Unidas que, em 2011, instou a Espanha a adequar sua legislação às disposições da CDPCD. Além disso, adequou-a ao artigo 39 da Convenção de Istambul, que igualmente proíbe de modo expresso a esterilização forçada.

Como deveres ínsitos a tais modificações, cabia ao Estado espanhol fortalecer os mecanismos de fiscalização e sensibilização social sobre a importância do consentimento livre e informado na saúde reprodutiva, assim como investir na promoção do acesso à educação sexual e reprodutiva para pessoas com deficiência, bem como na garantia de suporte adequado para decisões informadas sobre sua própria saúde.

As mudanças introduzidas pela Lei Orgânica nº 2/20202 representaram um marco notável na história da proteção europeia dos direitos humanos, especialmente no que tange à autonomia corporal e ao direito à saúde sexual e reprodutiva das pessoas com deficiência. No Brasil, porém, sob fundamentos sociojurídicos tacanhos, estamos prestes a caminhar no sentido diametralmente oposto.

6. A inconstitucionalidade superveniente do §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 frente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Lei nº 9.263/1996 buscou regular o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que dispõe ser o planejamento familiar uma livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Ademais, pontuou que o exercício do planejamento familiar estaria fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A disciplina legal do planejamento familiar abrangeu o seu conceito, definiu diretrizes, estabeleceu responsabilidades do estado, regulamentou a esterilização voluntária e, no parágrafo 6º do artigo da referida, estabeleceu que a esterilização cirúrgica em pessoas

absolutamente incapazes somente poderia ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da lei.

Trata-se, portanto, de um dispositivo normativo de eficácia limitada que não deveria produzir efeitos em razão da não edição da regulamentação legal específica exigida.

Uma década depois, o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, por meio do procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República, o que lhe inseriu como parte integrante do bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio.

Ao declarar expressamente serem direitos da pessoa com deficiência o de contrair matrimônio, o de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes, o de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e o de ter acesso a informações adequadas à idade e à educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como o direito os meios necessários para exercer esses direitos e o direito de conservar sua fertilidade em igualdade de condições com as demais pessoas, o artigo 23, 1, da CDPCD fulminou de inconstitucionalidade o §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996.

Noutras palavras, deve-se reconhecer que, desde 25 de agosto de 2009, aquele texto legal não é compatível com a Constituição Federal, porque estamos a tratar de regramento legal e da adoção de medidas administrativas ou judiciais para a esterilização involuntária de pessoas com deficiência. Por outro lado, porque contraria texto de convenção ratificada pelo Brasil na ordem jurídica internacional, o texto é igualmente inconvençional (o que, registre-se, pode ser reconhecido pelas cortes brasileiras, nesses estritos limites, independentemente da cláusula de reserva de plenário, a teor do que dispõe a própria Súmula Vinculante n. 10⁷, porque a incidência do dispositivo legal basear-se-á em norma legal – ou *supralegal*, a teor do que se decidiu no RE nº 466.343⁸ -, não em norma constitucional, sequer indiretamente).

⁷ “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008).

⁸ “[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter *supralegal* desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e

Não fosse isso, a vigência do §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 também estaria superada pela introdução no ordenamento jurídico brasileiro da Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), uma vez que, sendo norma posterior, regulamentou integralmente a matéria e de modo absolutamente incompatível com o conteúdo da norma anterior.

Veja-se que o artigo 85 da Lei Brasileira de Inclusão (LBI) firmou que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Ademais, o artigo 6º da LBI expresamente dispõe que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Para além disso, o artigo 11 da LBI reforça a autonomia individual da pessoa com deficiência ao vedar que seja obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

Em qualquer uma dessas perspectivas, portanto, não há suporte jurídico para a esterilização cirúrgica de pessoas com deficiência à revelia de sua vontade, ainda que mediante autorização judicial.

Enfim, eventual proposição legislativa que pretenda dispor sobre a possibilidade de esterilização involuntária de pessoa com deficiência, ainda que sob o pretexto de tutelar as pessoas com deficiência mental e intelectual que não possam exprimir sua vontade, nasce inarredavelmente inconstitucional, porquanto viola cláusula pétrea, nos exatos termos do inciso IV do parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição Federal.

Aprofundemos esse derradeiro aspecto, que está mais próximo do nosso atual horizonte legislativo do que se poderia imaginar.

à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel” (STF, RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 3-12-2008, *DJE* 104 de 5-6-2009, Tema 60).

7. A violação de cláusulas pétreas pelo Projeto de Lei nº 5679/2023 e sua inconstitucionalidade

Como dito e consabido, a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 6.949/2009, representou um marco definitivo na consolidação dos direitos fundamentais dessa coletividade, com “*status*” equivalente ao de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, da CF. Ademais, a Convenção adotou o modelo biopsicosocial da deficiência, superando a abordagem médica que a encarava como um problema individual a ser corrigido. Esse novo paradigma impõe a eliminação de barreiras sociais, culturais e físicas que limitam a participação plena das pessoas com deficiência, reafirmando sua cidadania e autonomia, consagrando as garantias de acessibilidade, não discriminação, acesso à justiça, participação política e inclusão social, entre outras.

Em um novo ponto crítico, porém, o Brasil frustrará o seu compromisso convencional, agredindo direitos humanos fundamentais e se expondo inclusive a reprimendas internacionais. Trata-se do Projeto de Lei nº 5.769/2023, em tramitação pela Câmara dos Deputados, que “[a]ltera o §6º do art 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para prever que a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes ou com deficiência mental ou intelectual que não possam exprimir sua vontade, somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, com oitiva obrigatória do Ministério Público e terá prioridade de realização dentro dos procedimentos de esterilização cirúrgica eletiva”. O projeto é de autoria da Deputada Carmen Zanotto e aguarda, neste momento, designação de relator(a) na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família (CPASF) da Câmara.

Na justificativa do projeto, registra-se o seguinte:

[...] A legislação que trata especificamente da esterilização voluntária e compulsória no Brasil é a Lei de Planejamento Familiar (Lei 9263/96). A questão referente à esterilização compulsória de deficientes mentais é prevista no artigo 10, §6º da Lei 9263/96. Embora o dispositivo permita a esterilização compulsória de absolutamente incapazes mediante ordem judicial, não é possível sua autoaplicação, já que hoje a própria norma estabelece a dependência de sua regulamentação por outro diploma legal a ser sancionado.

Neste sentido é que retiramos tal necessidade para que as decisões possam ser mediante autorização judicial, com oitiva obrigatória do Ministério Público. A fiscalização do Ministério Público é imprescindível para otimização do cumprimento do disposto.

Há de levar em consideração o drama familiar de pessoas com deficiência ou transtorno mental grave com sexualidade exacerbada, com sucessivas gestações sem qualquer acompanhamento pré-natal, de recém-nascidos com sequelas, indesejados e maltratados. Quando há grupo familiar, essas crianças ficam sob responsabilidade de

avós que vão se sobrecarregando até a exaustão. Em geral, esse é o drama colocado em juízo na busca de esterilização, sem que essas pessoas tenham sido inseridas em qualquer planejamento familiar anterior – consideradas todas as suas etapas. É uma medida extrema, sem dúvida, mas que visa evitar um mal maior, qual seja, o nascimento de bebês fadados ao abandono e à negligência.

Tendo em vista que há a alta probabilidade de que pessoas portadoras de deficiência mental ou intelectual incapacitante se comportem de forma mais negligente com relação à atividade sexual do que as mulheres com seu discernimento preservado, é que se faz necessário analisar o caso concreto para uma possível autorização pelo judiciário da realização do procedimento cirúrgico de laqueadura tubária em pessoas portadoras de deficiência mental incapacitante.

Com isso, tais pessoas e principalmente as mulheres ficarão suscetíveis a uma gravidez não planejada e, conseqüentemente, às questões que envolvem a relação da gravidez/parentalidade e o transtorno mental, como a teratogenicidade de alguns psicotrópicos, que quando não utilizados podem ocasionar surtos psiquiátricos; a autonomia prejudicada e as possíveis internações psiquiátricas, que podem causar prejuízo no cuidado dos filhos. [...]

Ou seja: à falta de legislação que regulamente a nova eugenia, recorrer-se-á ao Poder Judiciário – e ao Ministério Público – para sufragá-la a tempo e modo. Nada mais impróprio. Vejamos com vagar.

Expusemos já que a CDPCD estatui, em seu art. 23, 1, “c”, o dever de os Estados signatários tomarem medidas efetivas e apropriadas para eliminar qualquer forma de discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoais, assegurando, entre outros direitos humanos inalienáveis, que “as pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade”. Eis, pois, o direito universalmente consagrado: não se admite, à luz da Convenção de Nova York e da Constituição da República, a eugenia capacitista.

Nada obstante, como também visto, a Lei n. 9.263/1996, a pretexto de regular o parágrafo 7º do art. 226 da Constituição (planejamento familiar), dispôs, no seu art. 10, §6º, que pessoas absolutamente incapazes podem ser submetidas à esterilização cirúrgica – laqueadura tubária, vasectomia – como método contraceptivo, desde que haja autorização judicial prévia. Como sustentamos alhures, esse preceito claramente viola a regra anti-eugênica da CDPCD, se compreendermos que seja possível requerer em juízo a esterilização de crianças com deficiência.

Pendores dessa natureza são particularmente resilientes em casos de deficiência intelectual, não raro a reboque de estigmas negacionistas (como p. ex., em relação às crianças com síndrome de Down, indevidamente associada às ideias de assexualidade – ou hipersexualidade –, eterno infantilismo etc.). E a violação torna-se especialmente flagrante quando se coteja a Convenção com o Projeto de Lei n. 5.769/2023, que pretende alterar a Lei n. 9.263/1996 (art. 10, §6º) e dispor que “a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente

incapazes ou com deficiência mental ou intelectual que não possam exprimir sua vontade, somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, com oitiva obrigatória do Ministério Público e terá prioridade de realização dentro dos procedimentos de esterilização cirúrgica eletiva”.

Sob o pretexto de engendrar “garantias” a favor da pessoa com deficiência – no caso, a autorização judicial precedida pela intervenção ministerial –, o projeto de lei apenas oculta o inadmissível: a possibilidade de que os pais ou responsáveis promovam a esterilização de crianças e adolescentes ou mesmo de adultos com deficiência mental ou intelectual, ao arrepio da norma proibitiva introduzida em nosso sistema jurídico pela Convenção de Nova York, com plena força constitucional.

Daí porque, tal como o próprio §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996, o PL n. 5.769/2023 é igualmente inconveniente, inconstitucional e deve ser repulsado pelo Congresso Nacional. Se acaso for aprovado – e surpreendentemente a Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Câmara dos Deputados o abonou em dois de julho do ano passado –, supõe-se que a Presidência da República oferecerá o seu veto, seja o de natureza técnico-jurídica, pelas razões acima, seja ainda o de natureza política, ante as obrigações internacionais do Estado brasileiro.

Quando se cuida dos processos de eliminação de barreiras sociais para pessoas com deficiência, usualmente se apontam três vias de demandas: as demandas de autodeterminação (dos corpos, sentimentos e relações), de acesso (representações, espaços e serviços públicos) e de eleição (identidades, estilos de vida) (Shakespeare, 2006, p. 2-197). O PL n. 5.769/2023 consegue, a um só tempo, negá-las todas à população que supostamente quer “proteger”.

8. Conclusão

A proteção dos direitos das pessoas com deficiência tem evoluído consideravelmente, em especial a partir da incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao ordenamento jurídico brasileiro, com status de norma constitucional. Essa evolução consolidou um novo paradigma que abandona o modelo assistencialista e reforça a autonomia e autodeterminação desse grupo, garantindo a plena inclusão social e a eliminação de barreiras.

Dentro desse contexto, a garantia dos direitos reprodutivos das pessoas com deficiência se destaca como uma questão fundamental, reconhecida expressamente pela CDPCD e pela Lei

Brasileira de Inclusão. O estudo da legislação nacional e internacional evidencia que a esterilização compulsória de pessoas com deficiência é incompatível com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade de direitos. Assim, o §6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996, que previa a possibilidade de esterilização cirúrgica mediante autorização judicial, tornou-se inconstitucional com a promulgação da CDPCD e a posterior edição da LBI, que reafirma a plena capacidade civil das pessoas com deficiência para decidir sobre sua reprodução.

O Projeto de Lei nº 5.679/2023, a pretexto de regular o parágrafo 7º do art. 226 da Constituição (planejamento familiar), regulamenta um mecanismo oblíquo de esterilização involuntária e ressuscita, desse modo, uma prática secular contrária às normas internacionais ratificadas pelo Brasil (inconvencionalidade), a par da afronta a cláusulas pétreas da Constituição Federal (inconstitucionalidade). A autodeterminação reprodutiva é um direito inalienável e a sua limitação estatal fere o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando inviável qualquer tentativa de reintroduzir tal previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

Impende que o Estado e a sociedade civil sigam a promover medidas de proteção, inclusão e acesso para as pessoas com deficiência, assegurando que suas escolhas sejam respeitadas e que não sejam submetidas a práticas coercitivas sob qualquer pretexto. O futuro da proteção dos direitos das pessoas com deficiência deve se pautar na efetivação dos princípios estabelecidos na CDPCD, na promoção de um modelo social de deficiência e na garantia de direitos reprodutivos livres de qualquer forma de imposição ou coerção. Exsurgem, porém, os percalços da nova eugenia à brasileira: o parágrafo 6º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996 e o Projeto de Lei nº 5.679/2023 caminham a passos firmes na direção oposta.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 1, n. 1, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Cláudio. **Direitos humanos das pessoas com deficiência: história no Brasil e em Portugal**. 1. ed. Brasília: Editora Venturoli, 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

CORRÊA, Luís Fernando Nigro. **A convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

FACHIN, Luiz Edson. De Fraternidade Falando. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 6, n. 58, p. 11-18, mar/abr. 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. m, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo: Tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do "due process of law"**. São Paulo: LTr, 2011.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ**. Escola da Defensoria do Distrito Federal, 2021. Disponível em <http://escola.defensoria.df.gov.br/easjur/wp-content/uploads/2021/09/o-principio-juridico-da-fraternidade.pdf>. Acesso em 20 dez. 2024.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. 204f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

NGOMANE, Mungi. **Ubuntu todos os dias: eu sou porque nós somos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2024.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In FERRAZ, Carolina Valença et. al. (Coord.) - **Manual dos Direitos da Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

PULIDO, Carlos Bernardo. A fundamentalidade dos direitos fundamentais. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti. (coord.) **Tratado de direito constitucional**, volume I: constituição, política e sociedade. 1. ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ª ed. Brasília: UNFPA, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SHAKESPEARE, Tom. The social model of disability. In: LENNARD, J. Davis (ed.). **The Disability Studies Reader**. New York: Psychology Press, 2006.

SOUSA, Filipe Venade. **A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Ordenamento Jurídico Português**: Contributo para a Compreensão do Estatuto Jusfundamental. Coimbra: Almedina, 2018.

Sobre os autores

Guilherme Guimarães Feliciano: Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP. Livre-Docente em Direito do Trabalho - FDUSP. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Penal pela FDUSP. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté - TRF 15ª Região. Líder do Núcleo de Pesquisa e Extensão “O Trabalho além do Direito do Trabalho” (DTBS/FD/USP). Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0028206539888072>.

Pablo Coutinho Barreto: Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Procurador Regional da República. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5776952907030158>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3126-0310>. Email: pablocbarreto@gmail.com

Tema 23 do Tribunal Superior do Trabalho e o privilégio à segurança jurídica nas relações laborais

Theme 23 of the Superior Labor Court (TST) and the privilege of legal security in labor relations

José Bispo dos Santos Filho

Resumo

Este artigo aborda o precedente fixado pelo Tribunal Superior do Trabalho que estabeleceu a tese de que a Lei n. 13.467/2017 possui aplicação imediata aos contratos de trabalho em curso, passando a regular os direitos decorrentes de lei, cujos fatos geradores tenham se efetivado a partir de sua vigência. Examina-se a doutrina a respeito da eficácia temporal do direito material, buscando esclarecer que não há afronto ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito nas relações já iniciadas durante a vigência da nova Lei, conforme interpretação sistemática do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988); art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); e art. 912 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Destaca-se, ainda, o papel relevante da segurança jurídica nas relações de trabalho, sobretudo pelo viés do consequencialismo implementado pelo art. 20 da LINDB.

Palavras-chaves: Tribunal Superior do Trabalho; direito intertemporal; conflito; Lei n. 13.467/2017; segurança jurídica.

Abstract

This paper addresses the court precedent set by the Superior Labor Court, which established the thesis that Law No. 13,467 has immediate application to ongoing employment contracts, starting to regulate the rights arising from law whenever the triggering events have come into effect as of its entry into force. The legal literature on the temporal effectiveness of material law is examined, to clarify that it doesn't conflict with the Acquired Right and the Perfect Legal Act, in relationships already established during the validity of the New Law. This, according to the systematic interpretation of Article 5, XXXVI, of the Federal Constitution, Article 6, § 2, of the LINDB, and Article 912 of the CLT (Consolidation of Labor Laws). Furthermore, because of the consequentialism bias imposed by Article 20 of the new LINDB (Law of Introduction to Brazilian Law Norms) the investigation emphasizes the significance of legal security in labor relations.

Keywords: Superior Labor Court; intertemporal law; conflict; Law n. 13,467/17; Legal Security.

Como citar este artigo: ABNT¹ e APA²

¹ SANTOS FILHO, José Bispo dos. Tema 23 do Tribunal Superior do Trabalho e o privilégio à segurança jurídica nas relações laborais. **Labuta**, v. 2, n. 1, p. 77-102, jan./jun. 2025.

² SANTOS FILHO, J.B. (2025). Tema 23 do Tribunal Superior do Trabalho e o privilégio à segurança jurídica nas relações laborais. **Labuta**, 2(1), 77-102.

1. Introdução

Nada é feito para durar. A característica de nossa era é a liquidez – das relações humanas, do tempo, da vida – esse é o diagnóstico de um dos mais aclamados sociólogos do mundo contemporâneo, o polonês Zygmunt Bauman (2021), que dedicou grande parte de sua vasta obra para tratar do tema das relações políticas e sociais no cenário da pós-modernidade. Não muito diferente é o ambiente das relações de trabalho, notadamente neste mundo globalizado e de constante evolução tecnológica, com a plena diversificação das formas de trabalho.

Diante disso, evidencia-se que a legislação trabalhista também deve evoluir com o passar do tempo, nesta fluidez das relações de trabalho constituídas nos tempos atuais, sobretudo como ocorreu com a implementação da Reforma Trabalhista prevista na Lei n. 13.467/2017.

É preciso assegurar, contudo, que as garantias constitucionais nas relações trabalhistas sejam imprescindíveis à plena realização do Estado Democrático de Direito, especialmente porque elas funcionam como potentes instrumentos consagrados pela Constituição Federal a serviço dos cidadãos, visando assegurar, viabilizar e proteger os direitos conferidos aos trabalhadores brasileiros.

Neste sentido, o princípio da segurança jurídica pode ser entendido como uma garantia constitucional, dada a sua função instrumental de assegurar a estabilidade e a certeza dos direitos consagrados pela Carta Magna (Coelho, 2015, p. 32).

No campo das relações trabalhistas, uma das questões mais decisivas é a definição da eficácia temporal das normas, ou seja, qual será o critério de direito transitório que presidirá sua aplicação nas relações jurídicas passadas, futuras e, principalmente, nas relações em curso de execução. Especificamente em relação ao Direito do Trabalho, considerando as inúmeras reformas legislativas implementadas nos últimos anos, algumas das quais reduziram os direitos dos trabalhadores, é essencial responder objetivamente qual regra de direito material deve ser seguida, com especial atenção aos contratos em curso, quando da vigência de uma nova lei mais restritiva.

Com o viés de zelar pela segurança jurídica, em novembro de 2024, o Tribunal Superior do Trabalho julgou o Incidente de Julgamento de Recurso de Revista e Embargos Repetitivos n. 528-80.2018.5.14.0004, no qual discutiu a possibilidade e os efeitos da aplicação imediata das normas de natureza material aos contratos de trabalho em curso por ocasião da entrada em

vigor da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista. Um dos recursos que motivou a análise pela Corte envolvia decisão da 3ª Turma do TST que, por maioria, havia determinado a continuidade do pagamento das *horas in itinere* (revogado pela Lei n. 13.467/2017) mesmo depois da entrada em vigor da mencionada Lei, em relação a um contrato de trabalho firmado na vigência do regime jurídico anterior.

Com a submissão do caso ao Pleno daquela Corte e a afetação do processo como repetitivo, a Corte fixou a seguinte tese (Tema 23): “A Lei 13.467 possui aplicação imediata aos contratos de trabalho em curso, passando a regular os direitos decorrentes de lei, cujos fatos geradores tenham se efetivado a partir de sua vigência”.

Mais importante do que a “tese” firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho é a discussão nos diferentes votos proferidos pelos Ministros daquela Corte, que pode ser assim sintetizada: a aplicação imediata da Reforma Trabalhista aos contratos em curso viola a garantia constitucional do direito adquirido? Além disso, há uma questão anterior: em que sentido é possível falar em direito adquirido em contratos de trabalho, visto que são de trato sucessivo?

O entendimento minoritário, representado pelo voto divergente do Min. Mauricio Godinho Delgado, defendia que o trabalhador com contrato de emprego firmado antes de 11-11-2017, data de vigência da Reforma Trabalhista, manteria o direito adquirido às parcelas suprimidas pela nova Lei.

Por outro lado, o voto do Min. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga argumentava que a aplicação imediata da nova lei aos contratos de trabalho em curso é respaldada pelos arts. 6º da LINDB e 912 da CLT. Além disso, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacou que, no direito brasileiro, não existe direito adquirido a um determinado estatuto legal ou regime jurídico, como é o caso da CLT.

Dessa forma, dois pontos merecem destaque: (i) a discussão não envolvia a aplicação retroativa da lei, ou seja, a fatos já consumados sob a legislação anterior, mas a aplicação imediata da nova lei a contratos em andamento, afetando efeitos pendentes e futuros, relacionados a fatos ainda não concretizados; (ii) o contrato de trabalho possui natureza de trato sucessivo ou execução continuada, caracterizado pela continuidade das prestações, o que exige uma interpretação diferenciada da aplicação da lei no tempo.

Nesse contexto, o artigo tem como objetivo identificar, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, os critérios de direito intertemporal que resolverão os conflitos das leis trabalhistas ao longo do tempo, especialmente no que tange ao direito material. O foco é a aplicação das novas normas restritivas aos contratos de trabalho em andamento, em detrimento de uma interpretação que privilegie a segurança jurídica e o eventual consequentialismo

jurídico de uma decisão ou posicionamento jurídico contrário à aplicação da Lei n. 13.467/2017 aos contratos anteriores a sua vigência, com fundamento no art. 20 da LINDB.

2. Direito intertemporal e seus fenômenos

2.1. Considerações iniciais

O conflito de leis no tempo envolve a contraposição entre a lei nova e a lei velha. Não é incomum em direito a superveniência da lei que mude o tratamento jurídico dado a determinada questão. Cabe ao direito intertemporal solucionar esse conflito, fixando o alcance das normas que se sucedem. Seu objetivo é determinar os limites do domínio de cada um dentre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto.

Segundo Lilian Barros de Oliveira Almeida (2009, p. 14), o direito intertemporal fixa o alcance do império de duas normas que se seguem. Esse ramo do direito tem como objetivo determinar os limites do domínio de cada uma dentre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto. Regula, portanto, a aplicação da lei no tempo, o que sempre foi considerado um dos problemas mais sérios, árduos e complexos da ciência do direito.

No âmbito dos problemas dos quais esse campo do direito se ocupa, alguns questionamentos são relevantes para se compreender o tema objeto deste estudo: A lei nova pode atingir situações jurídicas iniciadas e terminadas antes da sua vigência? Igualmente, a lei pode incidir sobre situações jurídicas iniciadas na vigência da nova lei, ou decorrentes de pressupostos de variada espécie, alguns ocorridos na vigência da lei antiga, outros na vigência da lei nova?

É justamente sob essa perspectiva que se vislumbram ao menos três situações possíveis de comportamento da lei nova em face da lei antiga: a) a retroatividade da nova lei; b) a imediatidade da lei nova; e c) a ultratividade de lei antiga.

A seguir, estrutura-se uma síntese, separadamente, das três situações identificadas.

2.1.1. Retroatividade das leis

Segundo Lilian Barros de Oliveira Almeida (2009, p.18), existem duas grandes vertentes doutrinárias que discutem o conceito da retroatividade das leis no tempo.

A primeira corrente entende que uma lei seria retroativa sempre que agisse sobre as realidades jurídicas geradas sob o império da lei antiga (direitos adquiridos, situações jurídicas, fatos realizados, relações jurídicas, seguidos dos respectivos efeitos), independentemente de se projetar ou não na ação criadora, modificativa ou extintiva da nova legislação, para o período anterior a sua entrada em vigência.

A segunda corrente sustenta que o conceito de retroatividade ocorre estritamente com a ação da lei sobre o período de tempo que antecede o início da sua vigência, o que parece mais correto do ponto de vista material.

Alinhado à segunda vertente, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1970, p. 80) conceitua retroatividade: “O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio da lei que já incidiu, é efeito de hoje, riscando e cancelando o efeito pretérito: hoje contra ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível”.

Com igual clareza, Cardozo (1995, p. 276) caracteriza a retroatividade das leis:

Retroatividade é toda norma legal que valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início da sua própria vigência, seja por descrever na sua hipótese, isoladamente ou não, elemento fático realizado no passado, seja por definir preceito que implique em modificação jurídica de realidade pretérita.

Desta forma, conclui-se como definição jurídica que a retroatividade da lei no tempo significa aplicação imediata da lei nova às relações nascidas sob a vigência da anterior e ainda que não se aperfeiçoaram, ou a todos os efeitos dos fatos anteriores a ela, desde que não ofenda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Logo, o requisito *sine qua non* para uma lei retroagir é o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

2.1.2. Imediatidade das leis

José Eduardo Martins Cardozo (1995, p. 281) traz um conceito robusto sobre o conceito de efeito imediato da lei:

Por efeito imediato da lei se deve entender aquela que atinge fatos e situações, no exato momento temporal em que entra esta em vigor, não importando juridicamente se tais fatos e situações remontam ou não no seu nascimento a um antigo diploma legislativo por esta nova lei substituído.

A partir desta definição, Almeida (1999, p. 22) conclui que os efeitos imediatos da lei devem ser entendidos não só como aqueles que alcançam os fatos presentes, mas também como aqueles que alcançam os fatos pendentes, sobretudo no que tange às parcelas destes fatos que tenham lugar a partir da entrada em vigor da lei analisada.

A autora esclarece que, no momento da entrada em vigor da nova lei, não só situações já nascidas sob o império da lei velha e que se encontram pendentes podem ser atingidas de imediato pela pronta eficácia desta, como também novos fatos jurídicos podem ter imediata valoração ou modificação jurídica em decorrência do início da sua vigência.

Importante, portanto, distinguir que efeito imediato não é o mesmo que retroatividade. Em ambos os casos, deverá haver respeito às consequências já produzidas. Sob esta ótica, os efeitos futuros das situações em curso serão aqueles indicados pela nova lei. Enquanto na retroatividade haverá a supressão dos efeitos já produzidos, na imediatidade, a nova lei é aplicada às consequências ainda não realizadas de um ato ocorrido sob o império da lei precedente.

Em resumo, o efeito retroativo é aplicação no passado enquanto o efeito imediato é a aplicação no presente. Logo, se uma lei se volta e interfere em uma situação já consumada, estará retroagindo. Se pretende ser aplicada sobre situações em curso, é preciso distinguir entre as partes anteriores à data da modificação da legislação e que não podem ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores sobre as quais a lei nova, se aplicável, terá efeito imediato (Nascimento, 2013, p. 207).

2.1.3. Ultratividade das leis

Na avaliação de Almeida (1999, p. 24-25), habitualmente, quando uma lei é revogada por outra, a esta passa a competir a disciplina da realidade jurídica, nos termos do que normativamente estabelecer. Há, todavia, hipóteses nas quais mesmo após a perda da vigência, a lei revogada continua a disciplinar situações no período que a lei nova se define como vigente.

Aqui, convém ressaltar que alguns doutrinadores, a exemplo de Paul Roubier, utilizam a expressão “sobrevivência da lei antiga” para indicar situações de ultratividade da lei no tempo.

Em sua dissertação, Almeida (1999, p. 25) adere ao pensamento de Elival da Silva Ramos e Carlos Young Tolomei, os quais entendem que os conceitos de “ultratividade da lei” e “sobrevivência da lei antiga” são distintos:

Ensinam os dois últimos doutrinadores que, no fenômeno da ultratividade legal, a incidência de normas contidas na legislação revogadora é afastada, de modo a ensejar a persistência dos efeitos de normas da legislação revogada. Já nas situações de sobrevivência da lei antiga, a incidência de normas contidas na legislação revogadora é afastada, estabelecendo-se, paralelamente uma aparente incidência no presente de normas veiculadas pela legislação revogada. Importante, ainda, destacar que, para os mencionados autores, não existe sobrevivência da lei antiga, e sim aparência de sobrevivência da lei antiga, que possui aptidão de iludir o observador na medida em

que determinados fatos realizados já durante a vigência da lei nova continuam a ter a mesma disciplina normativa da legislação precedente (Almeida, 1999, p. 22-23).

Outro aspecto a ser destacado é que, nos campos doutrinário e jurisprudencial, é comum a confusão relacionada à distinção entre as hipóteses de ultratividade da lei velha e de irretroatividade da lei nova. Há quem entenda que ultratividade da lei velha seria a imediata consequência da não retroatividade da lei nova, quando na verdade, são situações distintas. Na realidade, é possível uma lei nova deixar de ser reatrativa sem que o texto de lei, por estar revogada, possua ultratividade.

Segundo Cardozo (1995, p. 296), a ultratividade tem os fatos pendentes como campo de ação, ou seja, aquelas situações iniciadas sob a vigência da lei anterior e que se perpetuam na sua existência jurídica sob o período de vigência temporal da lei nova. Desta forma, a ultratividade implicará a exclusão dos efeitos imediatos e futuros da lei em vigor, no que tange particularmente a situações ou relações em curso no momento da alteração legislativa.

Ainda segundo Cardozo (1995, p. 297), especifica-se em que hipóteses seria admitida a ultratividade da legislação revogada. Para tanto, necessário dar visibilidade ao contexto em que o autor identifica essas hipóteses:

A primeira delas reside na fixação de regras genéricas, disciplinadoras de hipóteses de ultratividade admitidas pelo sistema. Isso se dá quando a própria Constituição, ou mesmo a legislação ordinária (nesse caso à lei nova se defere a prerrogativa de casuisticamente excepcionar a regra geral), estabelecem exemplos, que certos direitos ou situações jurídicas são intangíveis pela ação da lei nova, devendo sempre ser disciplinados pela lei sob a égide da qual tiveram nascimento. Já a segunda fórmula se resume no tratamento casuístico da questão, normalmente objeto do próprio diploma legislativo que precede à revogação do antecedente. Seria o caso, por exemplo, da lei processual que extingue de um dado recurso anteriormente previsto no ordenamento jurídico, e que em seu próprio texto determina que as ações, já ajuizadas na época da entrada em vigor da lei nova, continuarão a ser regidas pelo diploma legislativo que revoga.

Assim, é possível concluir como definição de ultratividade da lei considerando tratar-se da aplicação da lei após a cessação da sua vigência, aos casos que se constituíram sob sua égide. É a eficácia da norma, mesmo já revogada, que alguns definem como residual.

3. Aplicabilidade da Lei n. 13.467/17 no tempo

3.1. Ausência de afronto ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito nas relações já iniciadas na vigência da nova lei (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal; art. 6º, § 2º, da LINDB; e art. 912 da CLT)

Com o início da vigência da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), três situações distintas em relação a sua aplicabilidade podem ser provocadas: (i) aplicação em relação aos contratos iniciados com a Lei vigente, logo, novos contratos de trabalho celebrados a partir de 11-11-2017; (ii) aplicação quanto aos contratos encerrados antes de sua vigência, portanto, anteriores a 11-11-2017; e (iii) aplicação aos contratos celebrados antes de sua vigência e que continuaram ativos após 11-11-2017.

O Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB), em seu art. 6º, disciplina: “Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Desta forma, em relação aos contratos de trabalho firmados a partir de 11-11-2017, não há qualquer dúvida quanto à aplicação integral da Lei n. 13.467/2017.

Por outro lado, em relação aos contratos encerrados antes de sua vigência, a modificação do texto legal não motiva a aplicação retroativa das novas disposições em relação a atos jurídicos consumados sob a égide da lei anterior. É o que se depreende pacificamente do próprio art. 6º da LINDB, acrescido de seu § 1º: “Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Deste modo, a lei nova, não obstante sua vigência imediata e geral, não pode atacar um ato jurídico perfeito, sob pena de violação não só aos dispositivos da LINDB, mas, principalmente, ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que deu força constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada: “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Assim, alguma controvérsia se instaura em relação à aplicação da lei nova face aos contratos em vigor antes de sua vigência, mas relativamente a fatos e atos praticados após 11 de novembro de 2017, tendo em vista, especialmente, a proteção ao direito adquirido do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e ao art. 6º da LINDB, § 2º: “§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Ao abordar a aplicação deste dispositivo da LINDB aos contratos em curso, Maria Helena Diniz (2024, p. 190) argumenta:

Teoricamente, como já dissemos alhures, a lei nova não poderá alcançar o contrato efetivado sob o comando da norma anterior, mas nossos juízes e tribunais têm admitido que se deve aplicar a nova lei se esta for de ordem pública, como p. ex., a lei sobre a reajustamento do valor locativo ou sobre atualização de contribuições e dos

benefícios da previdência privada etc. Já se decidiu que “as leis tidas como de ordem pública são aplicáveis aos atos e fatos, sem ofensa ao ato jurídico perfeito”.

Não há dúvidas, portanto, que, por se tratar de ordem pública, como a legislação trabalhista, deve-se aplicar aos contratos vigentes e celebrados anteriormente à vigência da nova lei.

Já sob o prisma constitucional, o direito adquirido é um direito fundamental, situado no Capítulo I, referente aos “Direitos e deveres individuais e coletivos”, o qual, por sua vez, está inserido no Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Neste particular, relevante perceber a substancial diferença entre **direito adquirido e expectativa de direito**. O direito adquirido já cumpriu todas as condições para sua aquisição no tempo, fazendo com que o direito objetivo se complete, tornando-se direito subjetivo adquirido, logo, patrimônio jurídico a ser exercido conforme o exercício de vontade do sujeito de direito (o qual pode, inclusive, exercê-lo posteriormente, e não no momento da sua aquisição no tempo). Já a expectativa de direito é aquela em que não se completaram no tempo as condições para o seu exercício. Caso as condições (neste caso, especialmente, as legais) permanecessem as mesmas, no momento certo a expectativa tornar-se-ia direito adquirido subjetivo.

No que tange às relações de trabalho, fundamental invocar o art. 912 da CLT, que traz a seguinte regra de direito intertemporal: “Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação”.

Segundo Molina (2020, p. 202),

Sempre que a legislação trabalhista acresceu direitos aos trabalhadores, como por ocasião da própria vigência da CLT em novembro de 1943, nunca houve dúvida de que o art. 912 da CLT era a fonte normativa que autorizava a sua eficácia imediata nas relações em curso de execução, a exemplo, também, da Lei n. 816 de 1949, que ampliou a duração das férias para 20 dias úteis, da Lei n. 4.092 de 1962, que tornou obrigatória a gratificação natalina, e da Lei n. 1.535 de 1977, que aumentou o período de gozo de férias anuais para 30 dias corridos, todas incidentes, desde a sua vigência, nos contratos de trabalho ativos celebrados anteriormente, sem que nenhuma oposição fosse colada pela doutrina ou pela jurisprudência.

Arnaldo Süssekind (2004, p. 168), ao analisar o art. 912 da CLT sob a ótica do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, afirmava ser crucial entender a diferença entre irretroatividade da lei e sua aplicação imediata. É necessário distinguir os fatos passados, que já geraram direitos, daqueles pendentes, os quais ficam sujeitos à lei nova. Essa distinção é especialmente relevante em relações jurídicas de trato sucessivo, como os contratos de trabalho, nos quais a aplicação da nova legislação pode afetar direitos em andamento. Segundo Süssekind (2004, p. 168), “a incidência das novas normas de ordem pública, embora, por vezes, dê a ilusão

de retroatividade, corresponde, na verdade, à aplicação, no presente, da nova disposição imperativa”.

Ao discorrer sobre o tema, Toledo (2003, p. 192-193) argumenta que o princípio da irretroatividade das leis às situações jurídicas já constituídas e completadas, assim como seus efeitos gerados e já concluídos, não podem ser atingidos pela nova lei. Em outras palavras, os efeitos da lei nova não podem remontar a período anterior à data de sua entrada em vigor.

Segundo Almeida (2009, p. 56-57), vislumbra-se, em rigor, duas vertentes doutrinárias sobre o caráter constitucional do princípio da irretroatividade. Numa primeira linha de pensamento, há aqueles para quem a Constituição Federal de 1988 não contemplou o princípio da irretroatividade. Em outra vertente, estão os defensores de que a Carta de 1988 trouxe o princípio da irretroatividade.

Expoente da primeira corrente doutrinária, o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 209-210) sustenta que a Carta de 1988 não consagra o princípio da irretroatividade, nem implícita, nem explicitamente, sob o argumento de que a Constituição foi omissa e lacunosa na matéria.

Em sentido contrário, Limongi França (1994, p. 208) defende que, apesar da aparente omissão do texto constitucional de 1988 sobre este aspecto da matéria, a regra continua sendo a irretroatividade.

Este artigo se filia à segunda corrente, já que é princípio geral de direito e base do direito intertemporal o efeito imediato das leis. Desta forma, a lei, uma vez perfeita e acabada, e preenchidos os requisitos complementares que a levam ao conhecimento dos que devem cumpri-la, está apta a produzir os efeitos, isto é, ser eficaz.

No tocante ao princípio da irretroatividade, sustenta-se que, apesar do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, não ter feito menção expressa à impossibilidade de retroatividade das leis, resta implícita a ideia da irretroatividade, tendo em vista que esse princípio encontra guarida no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.

No caso das leis relativas ao direito do trabalho, no entanto, não há que se falar em irretroatividade da Lei, mas afirma-se que são de aplicação imediata e que atingem os efeitos dos contratos de trabalho em virtude de serem de trato sucessivo.

Na hipótese da aplicação temporal da Lei n. 13.467/2017, talvez a lei devesse ter seguido o exemplo do Código de Trabalho Português, o qual dispõe em seu art. 7º, § 1º:

§ 1º. Sem prejuízo do disposto no presente artigo e nos seguintes, ficam sujeitos ao regime do Código do Trabalho aprovado pela presente lei os contratos de trabalho e os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho celebrados ou adotados antes

da entrada em vigor da referida lei, salvo quanto a condições de validade e a efeitos de factos ou situação totalmente passados anteriormente àquele momento.

Segundo o Código Português, a lei se aplica mesmo para os contratos anteriores, salvo quanto às condições que já haviam sido implementadas antes da vigência da lei, isto é, ele faz uma modulação de efeitos. No caso brasileiro, seria positivo se o legislador também tivesse regulamentado a matéria, ou seja, esclarecido se a aplicação da lei também incidiria sobre contratos antigos ou apenas aos contratos novos (Magalhães, 2017, p. 200).

3.2. Histórico doutrinário sobre a imediatidade da aplicação das leis trabalhistas

No direito romano, a doutrina era considerada fonte do direito. Estudos mostram claramente a força normativa da *communis opinio doctorum* e a influência exercida pela Escola dos Pandectistas a qual, posteriormente, se refletiu no direito comum, em que a doutrina contribuiu como fonte de conhecimento, sistematização e interpretação do direito (Nascimento, 2013, p. 265).

Muitos autores excluem a doutrina do rol das fontes do direito, sob o argumento de que ela não desenvolve uma “estrutura de poder”, vez que o juiz não está vinculado às opiniões dos juristas, mesmo que todos eles concordem em determinado sentido. No entanto, esses mesmos autores reconhecem que a doutrina contribui para a vida jurídica, “modelando o ambiente no qual se desenrolam os fenômenos normativos”, além de atuar como “suprema instância crítica das realizações do legislador, dos juizes e da Administração” (Barros, 2012, p. 126).

Apesar de não ser uma fonte de direito, deve-se reconhecer que a doutrina é fonte científica de conhecimento, acolhida pelos Tribunais, visto que sua autoridade e força advêm da consistência dos seus argumentos. Por isso, a importância de uma abordagem retrospectiva sobre a imediatidade das leis trabalhista no tempo.

Ao discorrerem sobre a imediatidade das leis, Maranhão e Carvalho (1993, p. 30) assinalam:

As normas de proteção ao trabalho, em que preponderam o interesse público, formam um estatuto legal sobre o qual repousa a relação individual, resultante do contrato. Assim, modificado por uma lei nova, este, conseqüentemente, modifica-se também. Daí a aplicação imediata das leis que integram tal estatuto aos contratos em curso. Não vai nisto efeito retroativo, porque as leis não se referem ao contrato, à vontade dos contratantes, mas aquele mínimo de garantias, contra a qual a vontade individual é inoperante. Se era no momento do contrato, continuará sendo no curso deste. Não

pode haver direito adquirido contra normas de caráter geral, impessoal e objetivo, que constituem a base necessária do ato concreto, pessoal e subjetivo.

Sobre a teoria do efeito imediato da lei, Mascaro (2013, p. 207) observa:

As relações de trabalho têm duração que se prolonga além do período de vigência de uma lei. São relações não instantâneas. São contínuas ou de tratado sucessivo. De acordo com a teoria do efeito imediato, nos contratos de trabalho, a lei nova é imediatamente aplicável. Efeito imediato não é o mesmo que retroatividade. Em ambos os casos haverá respeito às consequências já produzidas. Os efeitos futuros das situações em curso no contrato de trabalho serão aqueles indicados pela nova lei. Retroatividade é supressão dos efeitos já produzidos. Mas, se a nova lei é aplicada às consequências ainda não realizadas de um ato ocorrido sob o império da precedente, não há retroatividade, e sim, efeito imediato.

Em sua obra, Moraes Filho e Moraes (2014) afirmam:

Aplicações da norma do trabalho no tempo – a aplicação da norma no direito do trabalho é de caráter imediato, pela sua própria natureza, de regra imperativa e cogente. A norma trabalhista como que surpreende as relações coletivas ou individuais em plena execução, imprimindo-lhes desde logo os novos preceitos, pouco importando que se tenham iniciado sob o império de norma anterior. Imediatamente, aí, não quer dizer retroativo, desrespeitando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição brasileira). O princípio está claro no art. 912 da CLT, quando de sua promulgação em 1943, para entrar em vigor em 10 de novembro daquele mesmo ano: “Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação”. A matéria é pacífica em doutrina, com lições de Roubier e Pontes de Miranda, além de igualmente pacífica na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, relevante referenciar a aplicação do princípio trabalhista da aderência contratual, o qual, na visão de Godinho (2001, p. 80),

[...] informa o princípio da aderência contratual, como já antecipado, que dispositivos de natureza diversa (preceitos normativos em contraponto a cláusulas contratuais) tendem a aderir ao contrato de trabalho com intensidade e extensão temporais diferenciadas. A aderência das normas jurídicas tende a ser relativa, ao passo que a aderência das cláusulas tende a ser absoluta [...]. Por outro lado, a aderência contratual tende a ser apenas relativa no tocante às normas jurídicas. É que as normas de direito não se incrustam nos contratos empregatícios de modo permanente; ao contrário, neles produzem efeitos apenas enquanto vigorantes as respectivas normas. Extinta a norma, extinguem-se seus efeitos no contexto do contrato de trabalho. Tem a norma, desse modo, o poder/atributo de revogação, com efeitos imediatos – poder/atributo esse que não se estende às cláusulas contratuais. O critério da aderência contratual relativa (ou limitada) é claro com respeito a normas heterônomas estatais (vide alterações da legislação salarial, por exemplo). Também está jurisprudencialmente firmado com relação a normas integrantes de sentença normativa. Esclarece, a esse propósito, o Enunciado 277, TST: “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”.

Em suma, conforme ampla e autorizada doutrina, aplicar a lei nova aos contratos de trabalho anteriores não afronta direitos adquiridos e o ato jurídico perfeito, ao contrário, respeita os arts. 6º, § 2º, da LINDB; art. 912 da CLT; e art. 5º, XXXVI, da CF/1988.

Há, contudo, uma posição nova e minoritária da doutrina trabalhista que, apesar de concordar que o contrato de trabalho detém uma natureza de trato sucessivo, não se aplica às inovações legislativas em lei que agravem a condição de trabalho ou salário, pois, neste caso, opera-se, de forma contraditória, a proteção ao ato jurídico perfeito, imunizando-se a cláusula contratual originária.

Nesta linha de pensamento, Carvalho (2023, p. 103) pontua:

No plano infraconstitucional, a eficácia imediata da norma trabalhista sempre se enquadrou no âmbito do princípio da proteção, manifestando-se por meio da regra segundo a qual, entre as normas trabalhistas que se sucedem no tempo deverá inexoravelmente prevalecer a “condição mais benéfica”. Em síntese, a progressividade dos direitos sociais e a vedação do retrocesso social impedem que as relações de trabalho se pluralizem no ambiente da empresa em prejuízo dos empregados mais antigos os quais, não fosse pela prevalência do *favor laboratoris*, seriam paradoxalmente punidos pelas antiguidades. Logo, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito basta, em princípio, para imunizar o contrato de emprego quanto à incidência das leis supervenientes mais gravosas para o trabalhador. A única ressalva para a não observância do contrato de emprego como ato jurídico perfeito seria o princípio *favor liberatoris*; ou prevalência da condição mais benéfica.

O argumento central levantado por algumas vozes é a aplicação do princípio da vedação de retrocesso social (arts. 5º e 7º da CF/1988) para justificar, *in concreto*, a inaplicabilidade das novas leis restritivas de direitos aos contratos em curso. Alega-se que a incidência imediata das cláusulas desfavoráveis da nova lei geraria retrocesso na condição social de alguns trabalhadores, já que haveria um decréscimo de direitos em sua relação pontual.

É justamente a aplicação equivocada deste argumento que se discute adiante.

4. Impossibilidade de resolver conflito de leis no tempo pela proibição do retrocesso social

A tese da inaplicabilidade da Lei n. 13.467/2017 aos contratos de trabalho em vigor ao tempo de sua promulgação utiliza, como fundamento adicional, a proibição do retrocesso social e a necessidade de se aplicar a norma mais favorável, com manutenção da condição mais benéfica. Há nisso, com o devido respeito, impropriedade manifesta envolvendo, a um só tempo (i) invocação de doutrina inaplicável (ii) de maneira incorreta.

No âmbito doutrinário, Barroso (2001, p. 158) esclarece que, por meio deste princípio não expresso, mas decorrente do sistema jurídico constitucional, quando uma lei, ao

regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, o incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

No entanto, a aplicação deste princípio não é absoluta, conforme observa Sarlet (2021, p. 469):

Em se levando em conta o princípio do retrocesso social, por não se tratar de regra geral e absoluta, mas, sim de princípio, não admite solução baseada na “lógica do tudo ou nada” (na esteira das lições de Dworkin, Alexy e Canotilho), aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, desde logo e por evidente, sua supressão pura e simples.

Na doutrina portuguesa, Vieira de Andrade (1987, p. 307-309) adota uma posição relativamente cautelosa nesta matéria, afirmando que a circunstância da proibição do retrocesso social não pode ser tida como uma regra geral, sob pena de se colocar seriamente em risco a indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de execuções constitucionais.

Nesta linha, Vieira de Andrade (1987, p. 309) sustenta que uma proibição em termos absolutos do retrocesso social acabaria por outorgar os direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizados uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial. O direito constitucional lusitano consagrou justamente a juridicidade reforçada de direitos, liberdades e garantias.

No Brasil, seguindo esta linha de pensamento, Suzana de Toledo Barros (1996, p. 163) defende: “a admissão de um princípio de proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflita com a autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 109), é possível relativizar o princípio do retrocesso social:

A dinâmica das relações sociais e econômicas, notadamente no que concerne às demandas de determinada sociedade em matéria de segurança social e, por via de consequência, em termos de prestações sociais asseguradas pelo Poder Público, por si só já demonstra a inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais. Se somarmos estes fatores à variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade (de qualquer Estado e sociedade como deflui da experiência vivenciada em quase todos os recantos do planeta) como um todo, especialmente num contexto de crise econômica e incremento de exclusão social (que, por sua vez, resulta na esfera de proteção social), acompanhado de problemas de esfera de arrecadação de recursos que possamos dar conta dos reclamos na esfera de proteção social, igualmente dá conta que o reconhecimento de um princípio da proteção não poderia – como suficientemente destacado nas páginas precedentes – resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução e flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.

Assim, tomar a proibição do retrocesso social como impedimento a qualquer alteração legislativa que reduza direitos limita a competência do legislador. Isso petrifica contra o texto expresso e limitado do art. 60, § 4º, da CF/1988, até mesmo normas legais ordinárias.

No Brasil, o princípio da proibição do retrocesso social nunca foi aplicado de forma tão ampla a ponto de impedir qualquer alteração de direitos consagrados em lei. A referência a esse princípio parece surgir mais como uma invocação retórica para soluções específicas, e não como um verdadeiro princípio de aplicação geral. De fato, antes da Lei n. 13.467/2017, houve vários casos de normas que suprimiram direitos consagrados em lei ou na Constituição, sem que sua aplicação fosse questionada ou limitada aos contratos celebrados após sua entrada em vigor.

Mais recentemente, o STF, ao apreciar a base de cálculo para o adicional de periculosidade dos eletricitistas, entendeu que a sua redução não implicaria na aplicação do princípio do retrocesso social, conforme ementa abaixo:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – BASE DE CÁLCULO – ALTERAÇÃO. Ausente parâmetro de controle a estabelecer patamar mínimo alusivo ao adicional de periculosidade, surge constitucional ato normativo mediante o qual alterada base de cálculo. NORMA INFRACONSTITUCIONAL – PARÂMETRO DE CONTROLE ESTRITO – VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL – IMPROPRIEDADE. Tendo em conta avanço na tutela de direitos mediante **norma infraconstitucional**, é impróprio, considerado tratamento estrito dado à matéria pela Constituição Federal, potencializar o princípio da vedação ao retrocesso social, a ponto de, **invertendo a ordem natural, transformar em cláusula pétrea legislação ordinária ou complementar** (ADI 5013, Rel. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 24-08-2020, Processo Eletrônico DJE-272, Divulg 13-11-2020, Public 16-11-2020).

Claro está que, não se deve aplicar o princípio de retrocesso social na hipótese de interpretação e aplicabilidade da Lei n. 13.467/2017 aos contratos vigentes antes da sua entrada em vigor, considerando a série de compensações criadas no seu conteúdo e, principalmente, por uma questão de segurança jurídica.

5. Insegurança jurídica nas relações de trabalho

Afirmava a advogada à época, e hoje Ministra da Suprema Corte, Cármen Lúcia Antunes Rocha (2009, p. 9):

Vivemos tempos de insegurança. Entretanto, a segurança permanece senão apenas um objetivo, mas uma necessidade cada vez mais intensa dos homens deste como de todos os séculos. Discursos, propostas, avisos sobre segurança

não demonstram senão o quanto a insegurança domina os medos, receios, anseios dos homens [...] o Direito justifica-se, em grande parte, como instrumento pensado e elaborado para que os homens sintam-se seguros nas relações havidas com os outros na pólis.

José Afonso da Silva (2009, p. 16-17), por sua vez, argumenta:

Cumpra, antes de mais nada, observar que a segurança *no* direito pode ser, num primeiro plano, compreendida num duplo sentido: *segurança do direito a segurança jurídica*. A segurança do direito é a que exige a positividade do direito, e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo [...].

A *segurança do direito*, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a *segurança jurídica* é já uma garantia que decorre desta positividade.

Para a finalidade aqui proposta, interessa avaliar a *segurança jurídica*, isto é, aquela que o conhecimento convencional, de longa data, adota como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da Justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1789) como direito natural e imprescritível, a segurança está positivada como um direito individual na Constituição Federal de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do seu art. 5º (Barroso, 2009, p. 139).

A segurança jurídica, no seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, segundo Barroso (2009, p. 139-140), passou a designar um conjunto abrangente de ideias e de conteúdo que inclui:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestadas na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação e direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade da lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Esse conjunto de conceitos, princípios e regras decorrentes de um Estado Democrático de Direito procura promover um ambiente de segurança jurídica.

No campo trabalhista, a insegurança jurídica resultante de leis ambíguas e decisões judiciais de caráter voluntarista, é um dos principais entraves para investimentos e geração de empregos de qualidade no Brasil. Esse ambiente instável acarreta custos elevados tanto para empresas quanto para o setor público, afetando também o preço de bens e de serviços consumidos pelos trabalhadores.

Segundo um estudo inédito realizado pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (Fecomercio SP), que analisou 10 casos reais, o impacto direto nas despesas corporativas ultrapassa R\$ 9 bilhões. Essa incerteza jurídica decorre de decisões que divergem e, por vezes, contradizem a legislação vigente, gerando custos financeiros desproporcionais aos benefícios sociais, uma situação que tem se agravado no país. Como resultado, empresas que cumprem as leis acabam sobrecarregadas por custos adicionais diretamente relacionados à falta de segurança jurídica (Fecomercio, 2024).

A aplicação temporal da Reforma Trabalhista merece destaque, pois a distinção baseada na data de início do contrato de trabalho para a aplicação das novas disposições da Lei n. 13.467/2017, embora tenha como objetivo proteger os trabalhadores, acaba incentivando a demissão daqueles admitidos antes da vigência da lei. Além disso, essa distinção gera significativas dificuldades gerenciais às empresas, as quais precisam elaborar diferentes cálculos de parcelas trabalhistas conforme a data de celebração do contrato.

Outra consequência notável da limitação dos efeitos da Reforma Trabalhista a ser considerada pelos Tribunais é o estímulo inegável à substituição de empregados visando unificar o regime jurídico dentro da empresa, na medida em que, guiados por considerações econômicas, os empregadores tendem a demitir empregados admitidos antes de 11-11-2017, com o objetivo de uniformizar a gestão dos recursos humanos e de reduzir os custos associados à manutenção da força de trabalho.

Neste sentido, registra-se o posicionamento do Min. do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra da Silva Martins Filho (TST, 2023), nos seguintes termos:

[...] tais modificações aplicam-se aos contratos em curso, pois não é possível a convivência com regimes distintos dentro do âmbito das empresas, com empregados regidos pela CLT pré-reforma e outros com empregados pós-reforma. Isso levaria à substituição de empregados velhos por novos, de modo a haver um único regime jurídico dentro da empresa.

Esse cenário de insegurança jurídica, portanto, viola a regra constitucional da isonomia, pois surgirão categorias ou classes diferentes de empregados, os quais, apesar de exercerem as mesmas atividades, para o mesmo empregador, e no mesmo local, receberão tratamentos distintos, com base, exclusivamente, na data de sua admissão.

Sobre a cautela na interpretação das leis em atenção à isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 45) adverte:

Não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja “assumido” o fator tido como desequilibrador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar. Então, se a lei se propôs distinguir

peçoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os *discrimens*. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que institui o benefício ou exonerou de encargo, não se tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.

Desta forma, se a legislação não prevê distinção de tratamento, o intérprete não pode criar mecanismos para essa finalidade com base em valores abstratos. Outro aspecto que essa insegurança jurídica na interpretação trabalhista poderá ensejar é o do risco da judicialização proveniente de eventual entendimento pela não aplicabilidade das disposições da Reforma Trabalhista, na medida em que haverá estímulo à propositura de demandas voltadas a questionar as alterações promovidas nos contratos de trabalho vigentes à época, gerando expressivo passivo para os empregadores, com todas as repercussões econômicas dele decorrentes.

Deste modo, a pretexto de tutelar os interesses dos trabalhadores cujos contratos foram celebrados antes da vigência da Reforma Trabalhista, poderão ser geradas distorções problemáticas na seara laboral, criando, na verdade, uma situação desvantajosa para esses obreiros, à vista de todas as possíveis repercussões da decisão judicial.

A segurança jurídica detém na sua essencialidade a prevenção de conflitos judiciais, conforme sublinha Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2015, p. 86-87):

A noção de segurança jurídica pode ser vista sob três prismas diversos, porém, complementares. O primeiro é o ângulo da sociedade. Essa possui o direito ao menor número de conflitos e litígios. Os órgãos julgadores, sejam jurisdicionais ou administrativos, têm a função não de estimular conflitos, mas de dirimi-los. Esses devem, a partir de uma função pedagógica, fazer com que as pessoas se comportem de acordo com o padrão esperado, conforme previsões legais. Assim, de um ponto de vista da sociedade, a segurança jurídica vem a favor da diminuição de conflitos e da pacificação social. Pensar o oposto seria estimular o litígio, o que, obviamente, não é função de nenhum órgão julgador. Em segundo lugar, do ponto de vista do cidadão, a segurança jurídica vem em favor da proteção da confiança, de um princípio elementar do direito, que é o princípio da não surpresa. Nesse sentido, se um cidadão se comporta de acordo com a lei, em determinado momento, as alterações posteriores sofridas por essa lei não podem retroagir para tornar irregular o fato já praticado. [...] Finalmente, o princípio da segurança jurídica também há de ser interpretado do ponto de vista do órgão julgador. O órgão julgador possui uma função não somente de solucionar litígios, mas também exerce uma função pedagógica, didática, ao orientar condutas e criar parâmetros a serem seguidos, reduzindo, assim, a incidência dos conflitos sociais; daí a importância do caráter de confiabilidade e a certeza das suas decisões. Neste ínterim, não há como negar a essencialidade da segurança em todo ordenamento jurídico.

Pacificar. Esse deve ser o norte a guiar a magistratura nacional trabalhista. A segurança jurídica está relacionada não só à estabilidade das relações entre particulares no âmbito do direito, mas deve orientar o processo de tomada de decisão da magistratura. Muito se discute sobre o ativismo judicial e a insegurança gerada por decisões do Poder Judiciário que avançam sobre as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, transformando os magistrados, em

certa medida, em verdadeiros legisladores (Coêlho, 2015, p. 139). Por isso, além da segurança jurídica, é importante a abordagem sobre o consequentialismo de uma decisão que venha introduzir dois regimes jurídicos aos trabalhadores brasileiros.

6. Uma interpretação pelo viés consequentialista do direito intertemporal trabalhista

A interpretação do direito intertemporal da Reforma Trabalhista perpassa, necessariamente, compromissos que vão muito além da resolução do litígio no âmbito individual, entre as partes do processo, para alcançar dimensões em contextos socioeconômicos diversos da sociedade brasileira.

O propósito aqui é propor aos operadores do direito um pensamento sistêmico ao se enfrentar uma questão com alto potencial de impacto socioeconômico, e propor aos juristas a capacidade de enxergar interdependências e consequências do ato interpretativo, isto é, fazer enxergar o universo da floresta e não as árvores, individualmente.

Interessa neste trabalho, essencialmente, o art. 20 da LINDB: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Segundo Maria Helena Diniz (2024, p. 491):

O objetivo deste artigo foi estabelecer que as esferas administrativas, controladora ou judicial não decidam o destino dos envolvidos, tendo por suporte princípios ou valores jurídicos abstratos (p. ex. o da universalização, no caso telecom), sem que sejam consideradas as consequências práticas (jurídicas e administrativas) que, no exercício diligente de suas atuações consigam vislumbrar diante dos fatos e dos fundamentos jurídicos da decisão. Visa defender o interesse público, privilegiando a realidade fático-econômica e suas consequências e não os valores ou conceitos jurídicos indeterminados [...]. Consequentemente, os agentes públicos (administrativos, controladores ou judiciais) deverão, ao decidir com base em valores jurídicos, observar os possíveis efeitos práticos sobre bens e direito alheios, que adviriam de suas decisões e evitar a aplicação de princípios jurídicos ao seu bel-prazer, visto que há vetores sociológicos, econômicos, morais, jurídicos, políticos e ideológicos norteadores dessas decisões.

Em uma lei geral, o referido dispositivo parece indicar um padrão a ser observado na tomada de decisões judiciais, orientado pela avaliação de consequências. Trata-se de um consequentialismo jurídico agora positivado no país, do qual os juízes não podem se afastar, exceto, segundo a literal dicção legal, nos casos em que forem exaltados valores jurídicos abstratos nas decisões (Rocha, 2022, p. 26).

Aqui, o legislador pátrio buscou combater o problema quando, dados os vieses da retórica abstrata nas decisões judiciais (no caso, aplicação do princípio do não retrocesso social), sobretudo as intervenções contratuais em setores vitais da sociedade, por vezes embaladas numa espécie de euforia de princípios, destituídas da correta compreensão do contexto produzirão seus efeitos (Macedo Junior, 2011), apela-se para um recorrente solidarismo.

Neste particular, Fernando Clemente da Rocha (2022, p. 17) adverte:

Portanto, esse tipo de decisão, desatenta à consequência por não considerar aspectos da realidade que subjaz ao litígio, e as limitações por ela impostas, inclusive, mas não somente, os custos envolvidos e a forma com que riscos são distribuídos para o conjunto da sociedade, pode afetar setores vitais do país. E na esteira dessa afetação negativa, dada a geração de externalidades com potencial de incentivar comportamentos distorcidos de pessoas, grupos e organizações, a consequência é o recrudescimento de insegurança jurídica, acarretando instabilidade nas relações sociais e econômicas.

O objetivo aqui é defender que os juízes, ao decidirem, segundo Amartya Sen (1999, p. 89), devem encarar as consequências porque “facilita o discernimento quando investigamos os inescapáveis problemas de interdependência envolvidos na apreciação do valor dos direitos em uma sociedade”.

Assim, considerando a doutrina captada até aqui sobre o art. 20 da LINDB, é possível constatar que o objetivo primordial do Poder Legislativo foi atacar a decisão (judicial) baseada, exclusivamente ou preponderantemente, em princípios jurídicos. Princípios, de fato, realmente encantam os operadores do direito, mas trazem o risco de serem sacados nas decisões judiciais como alívio no fardo argumentativo. Além disso, a prática da ponderação entre eles, quando verificada no STF, segundo crítica de Eros Roberto Grau, significa a imposição arbitrária de juízos, despedaçando a segurança jurídica (Rocha, 2022, p. 31).

Apesar do caráter acentuadamente principiológico da Constituição Federal de 1988, que explica a apelação exagerada a esses meios interpretativos, decorrente ou não da leitura na linha do que se convencionou chamar neoconstitucionalismo e sua correlata exaltação aos princípios, o seu apelo excessivo, e que se esgota na simples invocação de princípio, pode resultar na construção abstrata, meramente idealizada para quase todos os tipos de conflitos: “é preciso insistir nisto: citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e mais páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disto é motivar; é soltar fumaça” (Sundfeld, 2011, p. 287-305).

Não sem motivo, Rocha (2020, p. 40) observa que a gestão do STF (2020-2022), sob a presidência do Min. Luiz Fux, para quem “O direito e o Judiciário não podem ser museus de

princípios” (CNJ, 2000), ao anunciar os “5 Eixos da Justiça”, estabeleceu um deles (n. 2) como “promoção da estabilidade e do ambiente de negócios para o desenvolvimento nacional”.

Na hipótese da interpretação intertemporal, diversas são as consequências jurídicas pela eventual criação de dois regimes jurídicos: (i) trabalhadores admitidos antes de 11-11-2017, e (ii) empregados admitidos após 11-11-2017. Abaixo, enumeram-se alguns exemplos:

- Criação de dois regimes jurídicos de direito, o que seria vedado pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF – Pleno, RE n. 211.304, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 29-04-2015);
- eventual substituição pelos empregadores da mão-de-obra mais antigas por novos empregados, isto é, aumento expressivo do *turnover* (rotatividade de empregados no âmbito da empresa), visando a adoção de um regime único nas empresas;
- aumento expressivo da judicialização (exemplos: ausência de homologação dos contratos antigos pelo Sindicato ou Ministério do Trabalho e Emprego; extinção da contribuição sindical; ampliação do conceito de natureza salarial concedida pelo empregador (art. 457, § 2º, da CLT), possibilidade de fracionamento das férias (art. 134, § 1º, da CLT), dentre outros;
- sérias dificuldades na operacionalização de sistemas para gestão de mão-de-obra (recursos humanos), subdividindo-se em dois grupos de empregados, de acordo com a legislação vigente à época da sua contratação;
- comprometimento à preservação da isonomia entre empregados que exerçam um mesmo cargo ou função, baseada tão-somente na data de início da vigência de seu contrato de trabalho;
- impossibilidade de se aplicar apenas normas favoráveis da Lei n. 13.467/2017 face à teoria do conglobamento;
- necessidade de celebração de instrumentos coletivos diferentes para uma mesma categoria, de modo a compreender a diferença entre os empregados contratados antes do início da vigência da Lei n. 13.467/2017 e aqueles com contrato de trabalho posterior, e
- estabelecimento de condição concorrencial desfavorável às empresas que já estavam em funcionamento por ocasião da promulgação da Lei n. 13.467/2017, em comparação com aquelas fundadas posteriormente.

Esses exemplos só demonstram as consequências catastróficas que uma eventual decisão judicial, notadamente no âmbito das Cortes Superiores, poderá trazer como impacto à rotina das empresas e dos próprios empregados.

Conveniente, nesse esforço, recorrer a John Rawls (2016, p. 7-8) quando, ao buscar um conceito de justiça, esclarece suficientemente o ponto de atenção a consequências:

Não podemos, em geral, avaliar a concepção de justiça unicamente por seu papel distributivo, por mais útil que seja esse papel na identificação do conceito de justiça. Precisamos levar em conta suas relações mais amplas, pois embora a justiça tenha certa prioridade por ser a mais importante virtude das instituições, ainda é verdade que, permanecendo constantes as demais condições de justiça, é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejáveis.

Deste modo, parece inconcebível desconsiderar a imediatidade da Lei n. 13.467/2017 a todos os contratos de trabalho vigentes no Brasil, sob fundamento de aplicação dos princípios da vedação do retrocesso social ou da norma mais favorável, desconsiderando as consequências

no mundo real das relações de trabalho, posto que essa interpretação afronta o verdadeiro ideal de Justiça.

7. Considerações finais

A segurança jurídica não impede transformações, mas visa garantir que elas ocorram de maneira progressiva e cuidadosa, protegendo situações jurídicas consolidadas e promovendo uma transição menos prejudicial aos direitos das coletividades. As mudanças sociais, políticas e institucionais integram a democracia e a evolução das demandas sociais, conforme exemplificado pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). É importante alertar que, em defesa da segurança jurídica, pode-se cair na armadilha de defender a imutabilidade das instituições, especialmente da legislação, já que a segurança jurídica busca garantir a estabilidade e a confiança nas relações.

Esse aspecto não impede que as instituições e o ordenamento jurídico sejam modificados para ampliar e aprofundar o regime democrático e as garantias constitucionais. A segurança jurídica, portanto, não deve ser um obstáculo intransponível às transformações ocasionalmente reivindicadas pela sociedade para aumentar a efetividade dos direitos.

A partir da Lei n. 13.655/2018 editada pelo Congresso Nacional, que inseriu diversos dispositivos no antigo Decreto-Lei n. 4.657/1942, resultando na LINDB, estabeleceu-se a vedação de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos sem a análise de suas consequências práticas, abrangendo todas as esferas decisórias. Isso se deve, entre outros fatores, à cultura de princípios projetada pela Constituição Federal de 1988, frequentemente mencionados em decisões judiciais sem uma avaliação correta das suas consequências sistemáticas, as quais se estendem para além dos conflitos individuais.

No caso do Tema 23 do Tribunal Superior do Trabalho, prevaleceu a tese do bom senso, respeitando os termos do art. 6º da LINDB. A nova lei se aplica imediatamente aos contratos de trabalho em curso, regulando a relação quanto a fatos ocorridos a partir de sua vigência, pois não existe ato jurídico perfeito antes da ocorrência integral do seu suporte fático, nem direito adquirido a um regime jurídico específico decorrente de lei. Assim, só haveria ato jurídico perfeito quanto aos fatos consumados segundo a lei da época e direito adquirido quando completados todos os pressupostos fáticos para o seu exercício imediato (ou exercício postergado por termo ou condição inalterável a arbítrio de outrem (art. 6º, §§ 1º e 2º, da LINDB).

Outro ponto importante é que a CLT, em seu art. 912, prevê: “Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação”. Como observa a Ministra do Tribunal Superior do Trabalho Morgana de Almeida Richa, o art. 912 da CLT adota a teoria objetiva de Paul Roubier, baseada na distinção entre efeito retroativo e efeito imediato, sem violar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito com a nova regulação dos fatos pendentes e futuros.

Por outro lado, conforme assenta Georges Abboud (2025), ao observar de modo holístico a legislação pertinente à análise da matéria (com constantes referências ao art. 6º da LINDB e ao art. 125 do Código Civil) e privilegiar a correta interpretação do art. 912 da CLT, entende-se que o Tribunal Superior do Trabalho homenageou aquilo que Jeremy Waldron propõe como o restabelecimento da dignidade da legislação. Ao invés de apostar no Poder Judiciário como espaço para discutir e regulamentar os assuntos comuns da sociedade, o TST prestigiou a legalidade vigente, conforme a Constituição Federal de 1988 e seus princípios, entendida como uma forma genuína de direito, e uma referência comum com a qual toda a sociedade pode contar.

Por essas razões, a decisão do TST é correta. Ao observar a garantia do direito adquirido e preservar os atos consumados no passado, demonstra atenção às regras legais que determinam a aplicação imediata da lei, atendendo aos princípios de coerência e integridade, respeitando as decisões institucionais do passado, especialmente aquelas proferidas no âmbito da jurisdição constitucional. Esses fatores, em conjunto, concretizam a exigência democrática da preservação da segurança jurídica.

Referências

ABBOUD, Georges. TST e lei no tempo: crônica de uma tese anunciada no Tema 23. **Consultor Jurídico**. 11 fev. 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-fev-11/tst-e-lei-no-tempo-cronica-de-uma-tese-anunciada-no-tema-23>. Acesso em: 20 fev. 2025.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **Direito adquirido**: uma questão em aberto. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito, direito intertemporal e Novo Código Civil. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1998**. São Paulo: Saraiva, 2001, 2.v.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: RT, 1995.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho: curso e discurso**. 5. ed. Brasília, DF: Venturoli, 2023.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e a segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **5 Eixos da Justiça**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/5-Eixos-da-Justi%C3%A7a-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2025.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípio de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr., 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro interpretada**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

FECOMERCIO. **Estudo inédito revela o custo da insegurança jurídica nas regras trabalhistas**. Disponível em: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/implicacoes-da-inseguranca-juridica-nas-regras-trabalhistas-superam-r-9-bilhoes>. Acesso em: 20 fev. 2025.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr., 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: RT, 1994.

MAGALHÃES, Joalvo. **Aplicabilidade da reforma trabalhista aos contratos celebrados antes da sua vigência – Parte I**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/aplicabilidade-da-reforma-trabalhista-aos-contratos-celebrados-antes-da-sua-vigencia-22022018>. Acesso em: 10 nov. 2024.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). *In*:

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOLINA, André Araújo. A eficácia temporal do direito material do trabalho. **Revista Jurídica Lusa-Brasileira**: RJLB, Lisboa, ano 6, n. 5, p. 197-258, jun. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. v. V. São Paulo: RT, 1970.

RALWS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROCHA, Fernando Clemente da. **A Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o consequencialismo nas ações da formativas da magistratura brasileira**. São Paulo: Dialética, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Donelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SUNDEFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.

Sobre os autores

José Bispo dos Santos Filho: Advogado formado pela Universidade Tiradentes (UNIT); Mestrando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (PUC-SP) e em Gestão de Relações do Trabalho (Fundação Dom Cabral). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9000-7772>. Email: bispo.filho82@gmail.com

Estado De Bem-Estar Social: um conceito em mutação

Welfare State: a changing concept

Marcelo Leonardo Tavares

Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar o fenômeno dinâmico do Estado de Bem-Estar Social de Direito que surge no início do século XX como uma variante do modelo do Estado Liberal. O trabalho considera que, após a crise do final do século XX, o *Welfare State* se revigorou e foi recalibrado para continuar a ser o modelo de proteção dos direitos sociais, mas agora a partir de prioridades direcionadas, especialmente nos países da América Latina, à proteção das crianças, à redução da desigualdade social e de gênero, e à adaptação à nova realidade das relações trabalhistas no século XXI.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Teoria do Estado. Direitos Sociais.

Abstract

This article analyzes the dynamic phenomenon of the Welfare State that emerged at the beginning of the 20th century as a variant of the Liberal State model. The work considers that, after the crisis at the end of the 20th century, the Welfare State was reinvigorated and recalibrated to continue to be the model for the protection of social rights, but now based on priorities directed, especially in Latin American countries, to protecting children, reducing social and gender inequality, and adapting to the new reality of labor relations in the 21st century.

Keywords: Constitutional Law. State Theory. Social Rights

Como citar este artigo: ABNT¹ e APA²

1. Introdução

Bobbio e Matteuci (2000, p. 216) definem o Estado de Bem-Estar³ como aquele que garante um mínimo de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, enfim, um conjunto de direitos sociais aos cidadãos, além das proteções mais diretamente ligadas às liberdades clássicas: liberdade de ir-e-vir, de expressão e de manifestação do pensamento, religiosa e de crença, e de proteção da propriedade privada.⁴

¹ TAVARES, MARCELO LEONARDO. Estado De Bem-Estar Social: um conceito em mutação. *Labuta*, v. 2, n. 1, p. 103-133, abr./set. 2024.

² TAVARES, M. L. Estado De Bem-Estar Social: um conceito em mutação. *Labuta*, 2(1), 103-133.

³ No presente trabalho, os termos Estados Social de Direito, Estado de Bem-Estar Social, Estado Providência (*État Providence*) e *Welfare State* são usados como sinônimos, em que pese terem surgido com vinculação à cultura constitucional de países diferentes. Estado de Bem-Estar Social é a locução mais comum na língua portuguesa, enquanto, na França, é utilizado *État Providence* (Estado Providência). *Welfare State* surge a partir da década de 1940 no Reino Unido (Rosanvallon, 1997, p. 122).

⁴ Zippelius (1994, p. 468) dá destaque à importância da ação reguladora e prestadora do Estado Social, cujas principais componentes seriam a busca pelo bem-estar público e pela justiça social. No mesmo sentido, Willenski

O *Welfare State* tem por finalidade produzir bem-estar, alargando a dimensão da dignidade humana para além de uma exigência de não fazer (ou seja, de uma obrigação de abstenção) por parte do Estado. Por outro lado, e em decorrência, inaugura a aptidão de um novo tipo de controle dos atos estatais, qual seja, o da mensuração científica quantitativa (e qualitativa) do gasto público no orçamento.

O Estado Providência não é um Estado de Direito não liberal, bem como não é uma estrutura de meio-termo entre o modelo liberal e o modelo socialista, como pode parecer, à primeira vista, equivocadamente. Pelo contrário, é um Estado eminentemente liberal, pois baseado no respeito aos direitos individuais, à separação de poderes, ao acesso a um Judiciário independente, à prevalência da Constituição e da lei, bem como não rompe com o modelo econômico capitalista e com o princípio da autonomia privada.⁵

O Estado de Bem-Estar é, antes de tudo, uma modalidade de Estado Liberal, a que se dá contorno modificado quanto à compreensão do direito de propriedade (que deve atender ao interesse social) e no qual o poder público intervém na ordem econômica e na ordem social com objetivo de regular as relações entre particulares e de atender a outros princípios, como o da redução da desigualdade social, fortalecendo a dignidade da pessoa humana.⁶

Sem abrir mão da proteção da liberdade do indivíduo, assume uma postura ativa para garantir a igualdade de chances e a aplicação do princípio da solidariedade, no pressuposto de que não há liberdade na miséria e na ignorância. É, pois, um Estado no qual há comunicação entre os interesses gerais do indivíduo, da esfera privada, do mercado capitalista, com o interesse público de natureza social e econômica.

(1975, p. 1). Para Brearley (2016, p. 1/2), o Estado de Bem-Estar: (i) redistribui riquezas no sistema capitalista, que é sujeito às mudanças de mercado; momentos de deficiência e propenso à desigualdade social; (ii) influencia a longo prazo o desenvolvimento econômico através do desenvolvimento em pessoa, e (iii) reforça a democracia. Nesse sentido, é relevante para o estabelecimento do pacto social.

⁵ O Estado Liberal Democrático de Direito é aquele 1) cujo poder encontra-se sujeito juridicamente às leis, em especial à Constituição; 2) cuja atuação é limitada em respeito à proteção de direitos fundamentais; 3) com sujeição dos atos de poder à soberania popular; 4) onde há oportunidade de acesso ao Poder Judiciário; 5) em que existe separação orgânica das funções do poder; e 6) no qual há respeito ao devido processo legal” (Tavares, 2008, p. 19). Como referência do paradigma do Estado de Direito, dentre outros, ver Duhamel e Tusseau (2016), Favoreu *et al* (2005), Pactet (1993), Gicquel e Gicquel (2015), Jellinek (2000), Costa e Zolo (2006), Canotilho (1997), Miranda (2003), Heller (2004) e Zippelius (1997).

⁶ Delgado e Porto (2019, p. 24 e 35) afirmam: “Os [Estados de Bem-Estar Social] EBES traduziram (e traduzem) fórmulas privilegiadas de afirmação da liberdade, da igualdade (inclusive e, especialmente, da igualdade em sentido material, substantivo), da democracia, do trabalho e do emprego, da solidariedade, da justiça social e do bem-estar na usualmente desigual sociedade capitalista. Também se traduziram em fórmulas diferenciadas de desenvolvimento socioeconômico sustentável e avanço tecnológico no competitivo mercado econômico mundial. [...] Além disso sintetizam, em sua variada fórmula de gestão pública e social, a afirmação de valores, princípios e práticas hoje consideradas fundamentais: democracia, liberdade, igualdade, solidariedade, valorização do trabalho e do emprego, justiça social, bem-estar”.

A fim de compreender esse fenômeno no âmbito da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, o presente artigo abordará, inicialmente, o surgimento do Estado de Bem-Estar Social e sua distinção dos modelos Socialista e Fascista. Após, serão estudadas as condições de sua expansão e crise na segunda metade do século XX. Por fim, será analisado o renascimento do Estado Providência no século XXI e as características de sua mutação para enfrentar novos desafios.

Parte-se da hipótese de que, após a crise do final do século XX, o *Welfare State* se revigorou e foi recalibrado para continuar a ser o modelo de proteção dos direitos sociais, mas agora a partir de prioridades direcionadas à proteção das crianças, à redução da desigualdade social e de gênero, e à adaptação à nova realidade das relações trabalhistas.

O trabalho utiliza, como marco teórico, elementos de Teoria Geral do Estado e concepções do liberalismo nas ideias contrapostas de Rawls e Nozick, buscado responder às seguintes indagações: (i) quando se inicia e o que caracteriza o Estado Providência?; (ii) o Estado de Bem-Estar é um tipo de Estado Liberal ou uma adaptação do modelo socialista de organização?; (iii) o que caracterizou a crise do Estado Providência no final do século XX?, e (iv) o que deve ser compreendido como “recalibragem” do Estado Social no século XXI e quais são suas prioridades?

2. As mutações no Estado Liberal na primeira metade do século XX

O modelo do Estado de Direito e o respeito à democracia são as plataformas de desenvolvimento indispensáveis para o Estado Providência, pois permitem a conciliação entre o capital e o trabalho, um acordo de convergência de energia humana para o bem comum (Bonavides, 2000, p. 175).

A inovação do Estado de Bem-Estar consiste, portanto, em conseguir compatibilizar a estrutura liberal de organização com o atendimento a novas demandas da sociedade no início do século XX (Merrien, 2015, p. 2).

Naquele século, ao mesmo tempo em que se instituiu a obrigação de prover direitos prestacionais e de intervir na ordem econômica e na ordem social, o Estado não renunciou ao modelo Democrático de Direito: modificou-o para estabelecer alternativa legítima, tanto ao padrão e organização socialista, quanto ao autoritarismo fascista, incrementando os valores

morais da sociedade, em especial, mediante a transição entre a caridade privada e a solidariedade gerenciada pelo poder público.⁷

O Estado Providência adapta o arcabouço político-normativo do Estado burguês dos séculos XVIII e XIX aos desafios trazidos pela Revolução Industrial, em reação aos efeitos negativos da política do *laissez-faire* quanto ao agravamento da pobreza e da desigualdade material na sociedade.⁸

Essa nova concepção do modelo de Estado Liberal Democrático de Direito traz-lhe contornos peculiares, mas afastados de outras duas manifestações estatais: a autoritária socialista e a autoritária fascista.

Em relação ao Estado Socialista,⁹ a diferença, quanto ao aspecto da intervenção estatal, é de qualidade e de intensidade da atuação do Estado na ordem econômica e social. Enquanto no modelo socialista as ações são objeto de profunda planificação e o poder público é posto como principal agente econômico da sociedade, no Estado de Bem-Estar Social não se rompe com o protagonismo da iniciativa privada do modelo capitalista, atuando o Estado na ordem econômica de forma regulatória e subsidiária com objetivo de diminuir disfuncionalidades do capitalismo e de reduzir a desigualdade social.

Além disso, em que pese haver, no Estado Socialista, destaque para os direitos sociais como o do trabalho remunerado, seguros previdenciários e direito à educação, os direitos individuais só nominalmente correspondem aos do Estado Liberal burguês. Eles lá não são concebidos como direitos inerentes à natureza humana e não têm reconhecida a natureza declaratória pré-existente ao Estado: estão subordinados aos interesses coletivos dos trabalhadores, manifestado pelo Partido Comunista, e devem servir na medida em que atendem à consolidação do regime. Da mesma forma, não se preveem medidas assecuratórias dos direitos de liberdade.¹⁰

⁷ Garcia-Pelayo (2009, p. 4) atribui ao professor alemão, jurista e político social-democrata das décadas de 1920 e 1930, Hermann Heller, a formulação da ideia de Estado Social de Direito.

⁸ Arretche (2019) apresenta várias teorias sobre o advento do Estado de Bem-Estar Social.

⁹ Há particularidades na estruturação política das diversas experiências político-jurídicas nos Estados Socialistas, conforme é observada por Biscareti Di Rufia (1988, p. 343/344). O autor divide-os em espécies, como (i) a da União Soviética, (ii) a dos Estados socialistas da Europa centro-oriental na segunda metade do século XX, (iii) a da República Socialista Federativa da Iugoslávia, (iv) a dos Estados socialistas da Ásia, com destaque para a China, e (v) a da República de Cuba.

Aqui se utiliza, como paradigma, a organização da União Soviética na Constituição de 1977.

¹⁰ No mesmo sentido, Garcia-Pelayo (2000, p. 596). Streck e De Moraes (2012, p. 74/75) afirmam: “A intervenção estatal no domínio econômico não cumpre papel socializante, antes, muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de duas ideias características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção”.

Quanto a isso, o Estado de Bem-Estar não deixa de adotar o modelo de reconhecimento de direitos individuais do Estado Liberal burguês (podendo trazer adequações, como o da necessidade de a propriedade atender ao fim social), adicionando-lhe os direitos sociais, que passam a integrar a concepção mais abrangente de direitos fundamentais (na segunda dimensão).¹¹

Quando comparados a Estados autoritários, do modelo fascista, o Estado de Bem-Estar Social apresenta diferença na estrutura e na proteção de direitos fundamentais.

É possível que Estados autoritários fascistas intervenham na ordem econômica e social para garantir mecanismos de proteção de direitos sociais, como aconteceu com a Itália sob Mussolini, ou com a Alemanha nazista (aqui, sob contorno de totalitarismo) nos anos 1930. Ocorre que a intervenção estatal, no autoritarismo de extrema direita, se dá sem observar parâmetros do Estado Democrático de Direito, além de os direitos fundamentais poderem ser simplesmente desconsiderados pelo governo. O poder, lá, não se submetia à soberania popular, o acesso a um Judiciário independente restava prejudicado, bem como não havia respeito ao devido processo legal. Além disso, não se permitiu que houvesse real oposição do indivíduo ao poder público na garantia de direitos individuais eventualmente violados.

Por outro lado, como antes colocado, a nota de toque do *Welfare State* é a da intervenção estatal na implementação de direitos sociais sem abandonar o paradigma do Estado Democrático de Direito.

A caracterização inovadora no Estado Providência, no ambiente liberal, é a de que, além do incremento da intervenção pública de forma sistematizada, cabe ao Estado garantir prestações positivas (de fazer ou de dar dinheiro) como direito subjetivo de natureza fundamental e como direito humano.

No modelo anterior do Estado Liberal burguês (séculos XVIII e XIX), o respeito à liberdade era visto como única exigência a se esperar do Estado. A partir do século XX, não se concebe mais o respeito à dignidade humana sem que haja mínima materialização de garantias socioeconômicas para a efetividade dessa mesma liberdade.

¹¹ Garcia-Pelayo (2009, p. 14) destaca: “Os valores básicos do Estado democrático-liberal eram a liberdade, a propriedade individual, a igualdade, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal através do sufrágio. O Estado social democrático e livre não nega esses valores; pretende torná-los mais efetivos na medida em que lhes dá uma base e um conteúdo material. Para tanto, parte do pressuposto de que o indivíduo e sociedade não são categorias isoladas e contraditórias, mas dois termos em implicação recíproca, de tal modo que um não pode se realizar sem o outro. Assim, não há possibilidade de atualizar a liberdade se seu estabelecimento e garantias formais não forem acompanhados de condições existenciais mínimas que tornam possível seu exercício real”.

Os padrões liberais de segurança jurídica e de igualdade perante a lei são mantidos (o Estado Social é, antes de tudo, um Estado Liberal), mas devem ser complementados com a garantia de condições de vida, em especial, para o desenvolvimento integral da pessoa, em respeito à igualdade de chances ou de oportunidades, a partir da visão de que a solidariedade precisa ser gerenciada pelo Estado. Enquanto o modelo anterior era fundamentalmente o de um Estado legislador, este agrega funções de gestão (reforçando principalmente o papel do Executivo nas políticas públicas).

2.2 Contexto histórico e político

O *Welfare State* realmente só é concebido na primeira metade do século XX. Seu advento decorre economicamente da Revolução Industrial, ocorrida nos dois séculos anteriores, mas está enredado em uma encruzilhada de peculiares fatos sociais e políticos, além de ser fruto de embates ideológicos ocorridos do declínio da *Belle Époque* até a década de 1940: (i) a Primeira Guerra Mundial e a crise de 1929/1930 e (ii) a Segunda Guerra e a nova ordem mundial estabelecida a partir daí.

2.2.1. A Primeira Guerra Mundial e a Crise de 1929

As necessidades logísticas e de pessoal na Primeira Guerra exigiram que o poder público de diversos países tivesse que assumir postura mais interventiva do que havia antes como padrão na relação entre Estado e sociedade (mercado) no continente europeu e nos Estados Unidos da América. A dimensão assumida por este conflito alterou o modelo de atuação pública nas indústrias de transformação (bélica), além de exigir regulação intensa no comércio para fornecimento de gêneros alimentícios, bem como permitiu maior constrangimento nas garantias individuais decorrente da emergência do esforço de guerra.

Modificações dessa magnitude, se ocorrem por período razoável (a Primeira Grande Guerra durou cinco anos), criam memória na sociedade, que se torna mais tolerante com o papel ativo do Estado na regulação da vida social, mudando o paradigma de que a este caberia apenas garantir paz e segurança.

Isso logo se fez sentir com a incorporação jurídico-normativa de direitos sociais na Constituição alemã de 1919.¹²

¹² No Brasil, a primeira Constituição considerada de índole social foi a de 1934. No mesmo sentido, dentre outros, Neto e Sarmiento (212, p. 117): “A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil. Rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção nas

A crise econômica de 1929 gerou, primeiro nos Estados Unidos da América, depois na Europa e em todo Ocidente, tensões sociais decorrentes da inflação, restrição de atividade econômica, *crash* no sistema bancário, crise no mercado de valores e dos produtos agrícolas e um desemprego considerável.¹³ O novo desafio exigiu aumento de despesas públicas para a manutenção de empregos e para garantir a sobrevivência dos trabalhadores.

O enfrentamento da grave situação teve por fundamento a teoria econômica do inglês John Maynard Keynes desenvolvida na década de 1930. De acordo com ela, cabe ao Estado exercer o papel de estimulador da atividade econômica e com isso incrementar a criação de empregos, sem alterar a estrutura capitalista, levando ao aumento do poder aquisitivo das pessoas e gerando crescimento de produção.

Nos EUA, o Presidente Franklin Delano Roosevelt aplicou política intervencionista na economia mediante a adoção de diversas medidas de reorganização do sistema bancário, do mercado de capitais e das relações de trabalho, conhecida como *New Deal*.

O plano de reforma de Roosevelt dedicou-se a superar as dificuldades decorrentes das atribuições constitucionais dos estados da Federação, em matéria de legislação sobre comércio e trabalho, e a organizar um sistema abrangente de proteção contra riscos sociais, sem desprezar o princípio da iniciativa privada e o empreendedorismo norte-americano.

Dessas medidas, no que interessa mais à presente abordagem, foi publicado o *Social Security Act* em 1935, instituindo um sistema de proteção, em especial, de seguro-velhice e seguro-desemprego, com a utilização, pela primeira vez, da expressão *social security* (previdência social), com pretensão (não completamente alcançada) de uniformidade nacional de tratamento e estimulando os estados federados a dar a devida atenção ao tema.¹⁴

constituições pretéritas, voltando-se para a disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura”. A previsão da ordem social na Constituição brasileira de 1934 é menos fruto imediato da Primeira Guerra Mundial do que da crise econômica de 1929/1930. Historicamente, antes da Constituição alemã de Weimar, a Constituição mexicana de 1917 é considerada a primeira a instituir um Estado Social de Direito.

¹³ A história da crise de 1929 pode ser conferida em *Capitalismo na América – uma história* (Greenspan e Wooldridge, 2020)

¹⁴ A implementação das reformas não se deu sem resistência da Suprema Corte norte-americana. Em postura de reconhecido ativismo judicial, o Tribunal considerou inconstitucionais várias medidas implementadas no *New Deal*, gerando uma crise institucional com o Poder Executivo - no que ficou conhecido como Era Lochner (cujo marco principal foi o julgamento, em 1905, de *Lochner v. New York*). O *backlash* somente foi superado em 1937, com o julgamento de *West Coast v. Parrish*, após o *court-packing plan*, no qual Roosevelt tentou reformar a composição do tribunal, sem sucesso, mas que contribuiu para a mudança da atitude da Corte. Sobre o assunto, ver Rehnquist (1987, p. 215 e ss). Especificamente quanto à previdência social e as relações entre entidades federativas, Roosevelt conseguiu criar um seguro-velhice uniforme no território nacional porque a disciplina dessa matéria não era compreendida como derivada de relação de trabalho (de atribuição estadual), mas o mesmo não pode ser feito quanto ao seguro-desemprego, cujos traços gerais foram dados pela União, com previsão de especificação por parte dos estados-membro.

A forma como os EUA enfrentaram a crise mudou a bússola do liberalismo, de Smith para Keynes, influenciou a ordem jurídica constitucional dos países e as nascentes instituições internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e fez escola imediatamente na Europa e na América Latina.

Ao desempenhar uma função anticíclica nos sistemas de proteção social, o Estado evitou que se interrompesse a demanda – com mecanismos como seguro-desemprego e, até mesmo, oferta direta de postos de trabalho –, o que dava poder de compra ao consumidor e sustentava a economia.¹⁵

2.2.2. A Segunda Guerra e a nova ordem mundial

Da mesma forma que ocorreu na Primeira Grande Guerra, a Segunda Guerra Mundial favoreceu o espírito interventivo do Estado na economia, diante da carência alimentar decorrente do conflito e da necessidade de aprovisionamento logístico, com medidas de transformação da indústria, de imposição de racionamento alimentar e de restrição à liberdade individual.

Contudo, após o segundo grande conflito houve o estabelecimento de uma ordem mundial diferente da que foi posta no primeiro, com o início da Guerra Fria, a reconstrução da Europa (pelo Plano Marshall), o processo de descolonização da África e a criação de um sistema consolidado de instituições internacionais dotadas de maior efetividade em relação à paz e à segurança, aos direitos sociais, à saúde coletiva e à educação.

Como consequência, muitas constituições promulgadas na segunda metade do século XX deram tratamento sistematizado à proteção de direitos sociais. Além disso, os países esforçaram-se em reconhecer e dar eficácia a declarações de direitos envolvendo a ordem econômica e social, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU.

¹⁵ Uma medida importante do *New Deal* foi a instituição de agências que, dentre outras funções, empregavam diretamente pessoas, das quais são exemplos a *Civil Works Administration*, a *Civilian Conservation Corps*, a *Federal Emergency Relief Administration*, a *Public Works Administration* e a *Tennessee Valley Authority*. No campo legislativo, além do *Social Security Act* (1935), houve considerável avanço social por meio do *National Labor Relations Act* (1935), que garantiu o direito de auto-organização aos trabalhadores e protegeu estas coletividades, e o *Fair Labor Standards Act* (1938), que criou o salário mínimo e limitou a jornada de trabalho (Sustein, 2006).

De acordo com Gadelha (2011, p. 795): “A teoria keynesiana tradicional afirma que, no curto prazo, a política fiscal tem um efeito positivo sobre o nível de atividade econômica, através do multiplicador dos gastos. Logo, os gastos públicos são considerados um instrumento exógeno de política econômica, causando mudanças no nível agregado do PIB real no curto prazo e sendo usados para corrigir as flutuações cíclicas da economia”.

Na seara constitucional, em que pese a importância das anteriormente referidas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) na declaração de direitos sociais, deve ser reconhecido que a Lei Fundamental de Bonn, da Alemanha de 1949, deu um novo impulso, explicitamente qualificando o Estado Democrático de Direito como social e estabelecendo princípios jurídicos retores da atuação do poder público na intervenção da ordem econômica e social, além de dar tratamento global à proteção dos direitos sociais.¹⁶

A Constituição alemã de 1949 inaugura um novo padrão na integração dos direitos sociais e na visão integral de proteção da pessoa, passa a exigir papel mais ativo do poder público na garantia e proteção dos direitos fundamentais, a partir do vetor moral da dignidade da pessoa humana. O modelo foi seguido, na Europa, pelas Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), que vieram a influenciar dogmaticamente a elaboração da Constituição brasileira de 1988.

No âmbito internacional, a Carta do Atlântico (Estados Unidos da América e Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, 1941), assinada anteriormente ao ingresso norte-americano na Guerra (e antes da criação da ONU), destacou, nas cláusulas 5ª e 6ª, a decisão de estabelecer a colaboração mais completa entre as nações no domínio econômico, a fim de assegurar a todos as melhores condições de trabalho, uma situação econômica mais favorável e a previdência social; e a busca por uma paz que proporcionasse, no interior das nações, a proteção contra a necessidade.

Portanto, com o olhar mais à frente do término do conflito, a assinatura Carta do Atlântico demonstrou que duas nações protagonistas no cenário internacional reconheciam que o restabelecimento da paz e da segurança de longo prazo não prescindiria de um novo olhar sobre a necessidade humana, a exigir atuação mais ativa dos Estados.

Logo a seguir, a Organização Internacional do Trabalho publicou a Declaração da Filadélfia em 1944, propondo-se a utilizar institucionalmente sua expertise para colocar em ação os objetivos das cláusulas 5ª e 6ª, da Carta do Atlântico (Organização Internacional do Trabalho, 1944).¹⁷

¹⁶ Garcia-Pelayo (2009, p. 5) chega a afirmar que a ideia de Estado Social foi constitucionalizada pela primeira vez em 1949, pela Lei Fundamental (Constituição) da República Federal Alemã, ao defini-la, em seu artigo 20, como “Estado republicano, democrático e social de direito” e, em seu artigo 28, como “um Estado Democrático e Social de Direito”.

¹⁷ No ambiente regional americano, outro marco normativo relevante foi a Conferência Interamericana de Previdência Social, ocorrida em setembro de 1942 em Santiago do Chile, na qual se firmou o compromisso dos países do Continente com a proteção social (Conferência Interamericana de Seguridade Social, 1942).

Por fim, com a criação da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 fez alusão, nos artigos 22 e 25, ao direito à segurança social e à proteção contra riscos sociais (Organização das Nações Unidas, 1948).

É relevante destacar a conexão existente entre a política do *New Deal* nos Estados Unidos, a Carta do Atlântico e a inserção da proteção de direitos sociais na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, tributada à visão do Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt sobre a importância de a pessoa tornar-se livre de necessidades (*freedom from want*)¹⁸.

Com base nisso, pode-se afirmar que o *Welfare State* surge em decorrência do ambiente fático da primeira metade do século XX: as duas Grandes Guerras e o enfrentamento da crise de 1929, com a prevalência do pensamento de Bretton Woods (John Maynard Keynes e Harry White) da economia capitalista.¹⁹ Contudo, esses fatos encontraram um ambiente de ideias que vinha sendo gestado desde a Revolução Industrial.

¹⁸ Cass Sustein (2006, p. 2-3), no livro *The Second Bill of Rights*, destaca a importância do discurso sobre o Estado da União proferido por Roosevelt em 11 de janeiro de 1941, já envelhecido, doente e sobre cadeiras de rodas, pelo rádio (e não tradicionalmente ao Congresso), do qual se poderia extrair a proposta de uma segunda declaração de direitos à Constituição de 1787 (em complemento à do ano de 1791), fundada na correlação entre quatro liberdades - liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de necessidade e liberdade do medo (*freedom of speech, freedom of religion, freedom from want, and freedom from fear*). Sustein ressalta que o impacto do discurso foi menor no ambiente interno daquele país do que em âmbito internacional.

A visão de Roosevelt de que a adequada compreensão de questões econômicas e sociais garantiria “a todas as nações em todos os lugares uma vida saudável em tempos de paz a seus habitantes”, foi a base da Carta do Atlântico e da inovadora referência à proteção social na Declaração Internacional dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, apoiada por sua viúva, Eleanor Roosevelt (Sustein, 2006, p. 2/3).

Merece ser destacada a seguinte passagem do discurso: “In our day these economic truths have become accepted as self-evident. We have accepted, so to speak, a second Bill of Rights under which a new basis of security and prosperity can be established for all— regardless of station, race, or creed. Among these are: • The right to a useful and remunerative job in the industries or shops or farms or mines of the Nation; • The right to earn enough to provide adequate food and clothing and recreation; • The right of every farmer to raise and sell his products at a return which will give him and his family a decent living; • The right of every businessman, large and small, to trade in an atmosphere of freedom from unfair competition and domination by monopolies at home or abroad; • The right of every family to a decent home; • The right to adequate medical care and the opportunity to achieve and enjoy good health; • The right to adequate protection from the economic fears of old age, sickness, accident, and unemployment; • The right to a good education. All of these rights spell security. And after this war is won we must be prepared to move forward, in the implementation of these rights, to new goals of human happiness and well-being” (Nos dias atuais, estas verdades econômicas são plenamente aceitas. Aceitamos, por assim dizer, uma segunda Declaração de Direitos sobre a qual uma nova base de segurança e prosperidade pode ser estabelecida para todos – independentemente de classe, raça ou credo. Entre eles estão: • O direito a um emprego útil e remunerado nas indústrias, no comércio, fazendas ou minas da nação; • O direito de ganhar o suficiente para fornecer alimentação, vestuário e recreação adequados; • O direito de cada agricultor de cultivar e vender os seus produtos com um rendimento que proporcione a ele e à sua família uma vida decente; • O direito de todos os empresários, grandes e pequenos, de negociar em ambiente comercial livre de concorrência desleal e de dominação por monopólios nacionais ou estrangeiros; • O direito de cada família a uma casa digna; • O direito a cuidados médicos adequados e à oportunidade de alcançar e desfrutar de boa saúde; • O direito a uma proteção adequada contra os receios econômicos da velhice, da doença, dos acidentes e do desemprego; • O direito a uma boa educação. Todos esses direitos significam segurança. E, depois de vencida esta guerra, devemos estar preparados para avançar na implementação destes direitos, para novos objetivos de felicidade e de bem-estar) – tradução livre.

¹⁹ De acordo com Cozendei (2013, p. 31), “Embora seus fantasmas fossem os mesmos e estivessem de acordo em grande parte de suas visões sobre a gestão da economia moderna, White e Keynes prepararam para seus governos

2.3 Construções teóricas do Estado Providência

Conforme antes posto, o Estado de Bem-Estar não deve ser visto como sucedâneo do socialismo, mas sim como reação interna, no pensamento liberal, ao *laissez-faire*. As necessidades sociais do século passado exigiram um movimento de correção dos desequilíbrios econômicos e sociais gerados pelo capitalismo smithiano, ao admitir que a “mão invisível” do mercado não poderia tudo.

Para a ascensão do Estado Providência, foi fundamental a construção do conceito de liberdade positiva, a partir das modificações do pensamento jurídico liberal que deram azo à corrente denominada de liberalismo social (Merquior, 2014).

A principal questão posta para essa linha de pensamento foi a progressão da liberdade negativa para a liberdade positiva, assegurando a capacidade de os homens buscarem seu desenvolvimento integral, o que significa agregar os direitos sociais prestacionais aos direitos individuais, sob o vetor moral da dignidade da pessoa humana.

Na melhor linha desse novo pensamento liberal, comentando a liberdade como direito de abstenção do Estado e de terceiros, Isaiah Berlin (1981) denominou-a de “liberdade de” ou negativa, para diferenciá-la da definição de “liberdade para”, que consiste na capacidade de exercício da liberdade, também chamada de liberdade positiva, que pressupõe a presença de condições para o exercício da autonomia de vontade.

A “liberdade para” é uma liberdade de participação e atuação do indivíduo, principalmente nas decisões políticas da sociedade. Mas também se pode fazer uma leitura dessa modalidade de liberdade vinculando-a à necessidade da presença de meios materiais, físicos, para o exercício da liberdade. Nessa compreensão, o Estado deve prover mecanismos contra a pobreza, através de prestações sociais, para permitir que as pessoas possam exercer a autonomia privada. A miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e retiram dele a possibilidade de ser livre.²⁰

planos bastante distintos para a gestão da economia internacional. A Conferência de Bretton Woods foi convocada praticamente a contragosto dos ingleses, que prefeririam ter acertado previamente com os norte-americanos as principais diferenças entre os dois planos. Mas após dois anos da discussão bilateral iniciada em julho de 1942, os EUA, após articulação com outros países aliados, forçaram a realização da Conferência e dela extraíram resultados muito próximos do plano original de White nos seus principais elementos” (Cozendey, 2013, p. 31).

²⁰ Berlin (1981, p. 139/140) afirma que “temos de preservar uma área mínima de liberdade pessoal se não quisermos ‘degradar ou negar nossa natureza’. Não podemos permanecer livres em termos absolutos e precisamos deixar de lado uma parcela de nossa liberdade para preservar o restante. Mas a submissão total constitui autoderrota. Qual, então, deverá ser esse mínimo? Deverá ser aquele que um homem não possa abandonar sem causar prejuízos à essência de sua natureza humana. O que constitui essa essência? Quais são os padrões que ela origina? São questões que sempre representaram – e provavelmente sempre representarão – ilimitado campo de discussões. Mas, qualquer que seja o princípio segundo o qual deve ser traçada a área de não-interferência, seja

O liberalismo social, a rigor, não se distancia do que sempre pretendeu o pensamento liberal, pois este último também tem por objetivo o desenvolvimento livre do indivíduo, o que não poderia ser alcançado nem pelas experiências de implementação de estados socialistas e nem pelas do autoritarismo fascista.

De um lado, o estatismo leninista se empenhou em destruir o capitalismo e a liberdade individual; de outro, o fascismo não se importava em impor sacrifício à democracia para salvar o sistema capitalista. O que restava ao liberalismo era se remodelar a partir das ideias de Keynes para, mantendo os padrões da estrutura do Estado Democrático de Direito, potencializar a dimensão dos direitos fundamentais pelo reconhecimento de direitos sociais prestacionais, mediante a intervenção do poder público na economia de maneira subsidiária, sem ruir o pilar da autonomia privada: o desafio foi compatibilizar a liberdade com a justiça social.

3 A Crise e quase ruptura

O Estado Social de Direito não se consolidou da mesma forma nos diversos países na primeira metade do século XX. Sua classificação mais difundida divide-os em três espécies: (i) a da formatação mais liberal, em que há um seguro social limitado, benefícios que atendem principalmente a pessoas de baixa renda e em que a função do Estado é basicamente a de subsidiar regimes privados de proteção social – EUA, Canadá e Austrália-; (ii) a do modelo corporativista, com a previsão de fornecimento de direitos ligados a classes de trabalhadores, nos quais os benefícios privados desempenham um papel secundário e em que não há séria preocupação com redistribuição de renda. Nessa espécie, a atuação do Estado é subsidiária à da família e foi o que mais sofreu influência da Doutrina Social da Igreja - Áustria, França, Alemanha e Itália-, e (iii) a do tipo social-democrata, nos quais se busca seriamente a igualdade na sociedade, em uma mistura de elementos de programas universalistas e de solidariedade. O Estado, aqui, assume responsabilidade direta de cuidar de crianças, idosos e desamparados, independentemente da responsabilidade familiar - países nórdicos (Esping-Andersen, 1990, p. 26-28).²¹

De qualquer forma, observa-se que, após a Segunda Guerra Mundial e até a década de 1970, o Estado Providência teve grande desenvolvimento e foi fundamental na reconstrução da

ele do direito objetivo natural ou dos direitos subjetivos naturais, da utilidade ou dos termos de imperativo categórico, da sacralidade do contato social ou de qualquer outro conceito com o qual os homens têm procurado esclarecer e justificar suas convicções, a liberdade nesse sentido significa ‘liberdade de’”.

²¹ A classificação é importante para se verificar, depois, que a influência da globalização nesses países, a depender do modelo, se deu de forma diferente.

Europa. Contribuiu para o estabelecimento de uma classe média representativa e para a redução das desigualdades sociais e regionais, na esteira de altos índices de desenvolvimento econômico dos países daquele continente.

De 1945 a 1970, período que os europeus denominam de “trinta anos gloriosos”, foram consolidadas políticas públicas importantes de universalização de educação fundamental e de saúde pública, de assistência social e de previdência social; modelo que foi adotado de maneira imperfeita em diversos países da América Latina, inclusive no Brasil, nos quais os efeitos das políticas públicas foram prejudicados pelo excesso de burocratização e pelo aproveitamento patrimonialista a favorecer a elite econômica e política.

Contudo, mesmo na Europa, no início dos anos 1970, o paradigma do Estado Providência começou a ser questionado, diante do aumento dos gastos públicos, das projeções sobre a inviabilidade futura do modelo social-protetivo e do avanço doutrinário, na Economia Política e no Direito, de uma onda teórica que se apresentava como hegemônica: o neoliberalismo.²²

3.1 Mudança de conjuntura: rumo à globalização

Na Europa, já no fim da década de 1960, os dados orçamentários públicos em geral indicavam aumento de despesas governamentais em relação aos créditos, o que poderia levar, a médio prazo, a uma crise fiscal (Bobbio, Matteuci e Pasquino, 2000, p. 218).

Isso se deu pela expansão demasiada do Estado de Bem-Estar Social no pós-Guerra, embalado por índices de crescimento impressionantes na segunda metade da década de 1940 e na década de 1950, em decorrência da reconstrução de uma Europa arrasada. Além disso, havia uma certa euforia pela avaliação equivocada de que esses índices poderiam se sustentar a longo prazo, além da vertigem da busca por uma proteção universal objetiva (que pretendia abraçar todas as necessidades humanas de bem-estar) e subjetiva (de proteger as pessoas em qualquer situação, mesmo que não estivessem propriamente necessitadas de apoio estatal).

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, que passaram a domar o avanço de medidas mais interventivas do Estado na economia assim que as consequências da crise de 1930 ficaram sob controle, o padrão comportamental de várias sociedades no continente europeu foi

²² Em que pese a proximidade gráfica e fonética, novo liberalismo e neoliberalismo são conceitos distintos no pensamento liberal. O novo liberalismo corresponde ao social-liberalismo, relacionado à ascensão do Estado de Bem-Estar. O neoliberalismo, pensamento influente no final do século XX e que acompanhou a crise do Estado Providência, defende o Estado mínimo, limitado à função de garantia da paz, da estabilidade das relações jurídicas e da segurança (Merquior, 2014, p. 186-259).

de constante expansão protetiva de uma população que, a partir de determinado ponto, poderia caminhar com as próprias pernas no pós-Guerra.

A maioria dos países da Europa ocidental assistiu a um constante aumento na regulação do mercado e no fornecimento de prestações sociais, em clima de certa euforia diante da situação de pleno emprego e do fomento da construção civil, da reestruturação urbana de cidades parcialmente destruídas e de medidas inclusivas nas áreas de saúde e de educação e cultura (Zippelius, 1994, p. 489).

Já no final da década de 1960, o avanço desmedido das políticas públicas universais começou a cobrar seu preço pelo aumento de gastos governamentais, sugerindo a possibilidade de eclosão de uma crise financeira caso não houve revisão no movimento de constante avanço protetivo.

A tempestade perfeita veio então com as crises do petróleo dos anos 1970, que reduziram a atividade econômica mundial, geraram desemprego e impactaram nas receitas estatais, elevando a dívida pública. Paralelamente a isso, o advento da Terceira Revolução Industrial²³ estimulou a concorrência internacional e o deslocamento de parques industriais de grandes empresas da Europa para países asiáticos nos quais o custo social dos empregos era bem menor.²⁴

Além disso, o gigantismo da burocracia estatal afastou a participação da sociedade civil, com a perda de diálogo social e de informação. Em certa medida, as pessoas deixaram de compreender a importância do sistema de proteção para avaliá-lo apenas a partir da visão do custo elevado para as finanças públicas e do aumento da carga tributária (Rosanvallon, 1997, p. 50)

Na década de 1980, a globalização, os avanços nas áreas de tecnologia e de comunicação e a fusão de empresas multinacionais fizeram com que houvesse o retorno à defesa teórica de um liberalismo econômico avesso à intervenção estatal.

Por consequência, assistiu-se paulatinamente ao deslocamento do centro decisório dos países para instâncias financeiras e comerciais supranacionais, ao estabelecimento de blocos

²³ Sobre as três revoluções tecnológicas, ver Schwab (2016, p. 18/19): “A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em *mainframe* (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990)”.

²⁴ Robert Castel destaca que a crise do Estado Social, a partir da década de 1970, tem também como causa o enfraquecimento do Estado-nação (2015, p. 512). Essa obra é importante referência de estudo antropológico da questão social.

econômicos e ao enfraquecimento da rigidez do tradicional conceito de soberania dos Estados. O poder migrou dos países para os Blocos, como por exemplo a União Europeia, de um lado; e para organizações internacionais, como a Organização Mundial de Comércio (OMC) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), de outro.

A revolução econômica do final do século XX intensificou as relações comerciais, mas agravou a má distribuição de riquezas, aumentando o fosso de desenvolvimento existente entre países ricos e pobres. Dentro dos países mais carentes, o fenômeno também pode ser sentido - a globalização não beneficiou a todos de maneira uniforme e aumentou a diferença de padrão de vida entre as pessoas.

O mais grave, em relação aos países periféricos, é terem sido alcançados fortemente pela onda ultraliberal sem terem implementado de forma eficaz medidas estruturais do Estado de Bem-Estar Social. A defesa institucional das ideias neoliberais por Margareth Thatcher no Reino Unido e por Ronald Reagan nos Estados Unidos influenciou países subdesenvolvidos, muitas vezes sob governos autoritários na política e liberais na economia, como ocorreu no Sudeste Asiático e em países latino-americanos (por exemplo, no Chile de Pinochet).

O novo contexto econômico de globalização comercial e financeira impactou os países, exigiu cortes de gastos em investimentos sociais e trouxe dificuldades extras a determinadas áreas, como a da previdência, no que se refere ao equilíbrio financeiro e atuarial.

O social-liberalismo cedeu espaço ao neoliberalismo.

3.2 O liberalismo igualitário em contraponto ao libertarianismo

As mudanças no comércio internacional com o fenômeno da globalização e na conjuntura financeira interna dos países trouxeram descrença na capacidade de o Estado gerenciar atividades econômicas de maneira eficiente.²⁵

No âmbito jurídico, ascendeu um novo ideário liberal (de conteúdo, bem próximo do liberalismo clássico dos séculos XVII-XIX), defendendo a proteção exclusiva da liberdade individual no espectro dos direitos fundamentais e limitação da ação estatal somente ao atendimento de obrigações negativas, sem intervenção na ordem social e econômica.

²⁵ Rosanvallon (1997) identifica a crise sob as vertentes financeira, ideológica e filosófica. Utilizando como objeto de pesquisa os sistemas de proteção social na França da década de 1970, ressalta que as despesas sociais daquele Estado, no período, cresceram de 7 a 8% ao ano, enquanto as receitas aumentaram somente de 1 a 3%. A crise ideológica, para o autor, “traduz a suspeita de que o Estado empresário não administra eficazmente os problemas sociais. Ela corresponde à dúvida a respeito de um instrumental cada vez mais opaco e crescentemente burocratizado, o que prejudica a percepção da sua finalidade e provoca uma crise de legitimidade”. Em relação à filosofia, ressalta a desagregação dos princípios de organização da solidariedade

Destacaram-se as ideias econômicas de Friedrich von Hayek e de Milton Friedman, propondo que o Estado empregasse sua estrutura apenas para garantir a estabilidade das relações privadas e para fornecer serviços que não pudessem ser fornecidos pelo mercado. Além disso, naquilo que passou a ser conhecido como conceito da indivisibilidade da liberdade, Hayek sustentava que, ao menos que houvesse liberdade econômica, as outras liberdades (direitos individuais, direitos políticos) não conseguiriam se manter (Hayek, 2023).

Na mesma linha, no Direito, Robert Nozick (1991), autor de *Anarquia, Estado, e Utopia*, faz, a partir de uma visão contratualista, forte defesa de direitos individuais pré-existentes como a vida, a liberdade, a propriedade e o de não sofrer coerção.

O professor de Harvard, contra o anarquismo, sustenta a legitimidade de uma organização estatal mínima com função de defesa contra a violência, o roubo, a fraude e com atribuição para exigir o cumprimento de contratos.

No entanto, o Estado, para Nozick, não deve garantir direitos sociais (para ele não seriam sequer direitos, mas meros serviços), pois, ao fazê-lo, viola os direitos individuais da liberdade e de não se sofrer coerção injusta na propriedade. Realizar gastos com serviços sociais seria coagir o indivíduo a se desfazer de parte de sua propriedade para favorecer outra pessoa, contrariando a visão kantiana de que o indivíduo seja um fim em si mesmo e de que não possa ser usado como meio de benefício do outro.

Nozick, ao mesmo tempo que se opõe à noção de justiça distributiva de John Stuart Mill (2019), segundo a qual os bens produzidos em uma sociedade devem ser distribuídos segundo o benefício do maior número de pessoas, também procura demonstrar inconsistência do conceito rawlsiano de justiça como equidade, de acordo com o qual a distribuição de benefícios sociais seria justa se promovesse a equidade social.

Explica-se. Rawls (1997) estabelece o princípio do igualitarismo liberal, na linha de um contratualismo de matriz kantiana - que o aproxima do pensamento social-democrata. De acordo com ele, as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (i) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (ii) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades – segundo princípio da noção de justiça como imparcialidade.

Assim, em Rawls, as desigualdades sociais são suportadas desde que sejam vantajosas para todos, dentro dos limites do razoável e baseadas na igualdade de oportunidades. O filósofo não defende a igualdade material dos indivíduos. Ele admite a desigualdade social, desde que as pessoas tenham condições de disputar as diversas posições em igualdade de chances, adotando-

se o sistema de mercado com possibilidade de intervenção institucional para eventual correção de injustiças em favor dos menos favorecidos.

Seu raciocínio conduz à leitura de que o Estado não deve permitir desequilíbrios que impeçam os indivíduos de disputar as posições sociais em igualdade de oportunidades. Portanto, se as condições estiverem agudamente desequilibradas, cabe ao Estado interferir na relação intersubjetiva, para permitir a disputa justa. Segundo Rawls, devem ser estabelecidas adaptações do mercado livre dentro de uma estrutura de instituições políticas e legais que regule as tendências globais dos eventos econômicos e preserve as condições sociais necessárias para a igualdade equitativa de oportunidades.

Vê-se, portanto, que a visão liberal de Rawls sobre as funções do Estado permite a intervenção para a garantia de chances com a entrega de prestações positivas, pois os bens disponíveis devem ser redistribuídos para o benefício dos mais desfavorecidos, com a finalidade de promover uma sociedade mais equitativa.²⁶

Apesar de a teoria da justiça de John Rawls não ter inspirado a instituição do Estado de Bem-Estar Social, uma vez que ser posterior, seus fundamentos liberais reforçam o papel do Estado como entidade gerenciadora de solidariedade compulsória na redistribuição para a garantia de oportunidade de chances.

É justamente essa ideia o objeto de refutação mais forte pelo libertarianismo de Nozick. Para ele, a desigualdade social não é injusta em si, se aquele que recebe mais obtém isso de forma legítima, pelo trabalho ou pela herança, por exemplo. A partir daí, comparando o pagamento de impostos ao trabalho forçado, questiona se é justo que uma pessoa tenha parte de seu patrimônio retirado pelo Estado em favor de outras menos favorecidas para custear serviços dos quais a primeira não seja beneficiada.

Em Nozick, apesar de ser correto ajudar os mais desfavorecidos, esse deve ser um ato privado e voluntário, não cabendo ao poder público coagir alguém a ser solidário. Ao cobrar tributos com o fim redistributivo, o Estado violaria a liberdade individual e o direito de propriedade, o que é moralmente injustificável. Assim, o referido autor afirma que a pergunta correta não é “quem deve receber o quê”, mas sim “se tenho direito ao que tenho”.

²⁶ As contribuições filosóficas de John Rawls estabeleceram um novo paradigma igualitarista liberal e levou ao desenvolvimento de outras abordagens semelhantes capazes de fazer dialogar os conceitos de liberdade e de igualdade, dando sustentação moral a ações públicas distributivas capazes de incrementar oportunidades para os mais desfavorecidos dentro da sociedade, como o *starting gate liberalism* de Bruce Ackerman, o *resource-based egalitarianism* de Ronald Dworkin, o *desert-based liberalism* de David Miller e a abordagem das “capabilites” de Amartya Sen (Ferrera, 2019a).

É justamente essa visão filosófica ultraliberalista que passou a dar respaldo à forma de ver o mundo na hegemonia cultural do fim do século XX, com a supervalorização da liberdade negativa, da igualdade apenas formal e com o enfraquecimento do princípio da solidariedade.

Em resumo, o fenômeno da globalização, a situação de dificuldade orçamentária agravada a partir da década de 1970, a perda da situação do pleno emprego obtida nos trinta anos gloriosos e a acentuação da concorrência internacional, reforçados pela vertente filosófica do libertarianismo, levaram ao discurso de inviabilidade do Estado Providência e de sua incompatibilidade com o desenvolvimento econômico capitalista.

É importante pontuar que o neoliberalismo, em que pese ter se tornado uma corrente dominante no discurso a partir do final dos anos 1970, foi mais influente nos anos 1980, seu período de ascensão, mas passou a sofrer questionamentos a partir da segunda metade dos anos 1990 e no início dos anos 2000, pela avaliação de suas consequências para retrocesso em níveis civilizatórios e de geração de desigualdades para a população mais carente dos países.

Além disso, sua influência não foi uniforme nos países.

Aqueles que, antes, tiveram desenvolvimento estruturado de Estado de Bem-Estar Social e que conseguiram colher, da intervenção do Estado na economia e nas relações sociais, os frutos de aumento de renda da maioria da população, estruturação da classe média, desenvolvimento tecnológico e de redes adequadas de comunicação e transporte, sofreram menos a influência do novo padrão liberalizante (Castles, 2019).

O novo contexto não modificou profundamente a realidade dos principais países europeus envolvidos, como a Alemanha, a França, os Países Baixos e os países escandinavos. As mudanças não foram capazes de desconstituir o padrão conquistado, em que pese algumas alterações localizadas terem ocorrido, sem que se possa afirmar ter havido abandono das bases anteriormente postas pelo Estado Providência (Delgado e Porto, 2018, p. 26/27).

A situação foi diferente em países com menor nível de desenvolvimento na Europa oriental e na América Latina.

Nesses países, a reviravolta trazida pela onda neoliberal causou maior impacto. Em sociedades periféricas com altos níveis de desigualdade e com história de formação vinculada à estrutura de colonização exploratória, muitas vezes fundada na escravização e no racismo, com industrialização tardia e incompleta no século XX e com perfil autoritário de governos, o neoliberalismo conseguiu ter maior impacto.

Em vários países periféricos, políticas sociais assistemáticas acabaram por gerar o recrudescimento de uma burocracia ineficiente e de favorecimento da elite econômica ou do funcionalismo. Com isso, ao invés de se obter o efeito de redução da desigualdade, a aparência

de adoção de medidas referenciais do Estado Providência favoreceu o patrimonialismo, o aumento do fosso entre a pobreza e a riqueza e a acumulação de capital nas mãos de elite econômica tradicional.

Assim, sem obter, até os anos 1970, os benefícios sociais que poderiam ter sido gerados com a intervenção estatal na economia e na área social quanto à redução da desigualdade, países pobres se depararam com os efeitos normativos e econômicos do estabelecimento de um discurso hegemônico estrangeiro libertário a partir da década de 1980 (Streck e De Moraes, 2012, p. 81-83).

Em nações subdesenvolvidas, ao invés de se corrigirem os vícios de um Estado de Bem-Estar Social insuficiente e capturado pela elite econômica e burocrática em meados do século XX, adotou-se a política de minimização do Estado e a demonização de sua capacidade de influir na redução do déficit social no final do mesmo século.

O que existia pouco e torto ainda foi desmontado em vários países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, com variações de intensidade de país a país.

4 O Estado de Bem-Estar Social remodelado

A constatação de que o desmonte do modelo de Estado de Bem-Estar Social agrava as desigualdades sociais conduziu, no início dos anos 2010, a uma tendência de reflexão sobre o papel que o poder público deve ter diante dos desafios postos no século XXI.

De fato, é necessário assumir que a onda globalizadora, em que pese ter empurrado o mundo para o desenvolvimento, concentrou mais a riqueza e agravou o desequilíbrio entre ricos e pobres, e entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Mesmo autores com otimismo exacerbado com o mundo atual, como Steven Pinker - no livro *O Novo Iluminismo: em Defesa da Razão, da Ciência e do Humanismo* -, admitem a necessidade de providências para a correção desse rumo, sem que se abandonem as vantagens da economia de mercado, do progresso tecnológico e do comércio integrado (2019, p. 128).

Assim, o foco do debate desloca-se de uma visão binária de que existam apenas duas alternativas, estatizar ou privatizar as relações, para se buscarem soluções intermediárias de manter maior ou menor intervenção estatal na área econômica e social, sem que haja desestruturação do Estado de Bem-Estar.

A tendência atual é a de que, sem descurar da preocupação com o equilíbrio financeiro e com a sustentabilidade orçamentária, se encontrem caminhos para que as políticas públicas sejam adotadas de forma a trazer justiça social aos que mais precisam, a fim de garantir

igualdade de oportunidades na sociedade, com correção de vícios de favorecimento estamental de uma burocracia patrimonialista.

Ao invés de se propor o desmonte do *Welfare State*, a ideia agora é a de redefini-lo para tornar mais saudável a relação entre o Estado e a sociedade, estabelecendo prioridades claras de atuação, a fim de que investimentos sociais consigam chegar efetivamente a beneficiários definidos democraticamente, no que está sendo denominado de “neo welfarismo” ou “new welfarismo’ (Ferrera, 2019a).

Nos últimos quinze anos, afastadas as propostas de destruição do modelo do Estado Social pelas ideias do libertarianismo globalizante, há reconhecimento da importância de o poder público manter algum grau de intervenção na ordem econômica e social, abrindo-se caminho para uma arquitetura de ajustes, de recalibragem (Kerstenetzky, 2019, p. 131).

A chave está em uma conformação do princípio da solidariedade gerenciada pelo Estado que reduza suas demandas secundárias para dar prioridade ao objetivo primário de construir uma sociedade produtiva e menos desigual.

O novo século traz desafios que, se já existiam antes, não eram objeto de consciência coletiva, como o da necessidade de respeito ao equilíbrio ambiental, além de novos, como a adaptação a novas relações de trabalho, ao dinamismo decorrente do uso da tecnologia disruptiva de inteligência artificial e ao novo padrão de constante necessidade de atualização educacional das pessoas.

Assim, o Estado Providência precisa definir, no reenquadramento do princípio da solidariedade, prioridades claras para reduzir a desigualdade social e garantir a liberdade e a igualdade de oportunidades, mantendo o padrão de relações democráticas e a busca pela prosperidade e pelo desenvolvimento.

Sem dúvida, a onda liberalizante dos anos 1990 causou maior impacto em países em desenvolvimento e subdesenvolvidos da América Latina e da Europa oriental em decorrência de terem suas economias menos aptas a resistirem ao impacto da globalização, maior exposição ao endividamento, menor pujança industrial e relevantes problemas sociais de pobreza e de desigualdade (Organização Internacional do Trabalho, 2018, p. 1).

A adoção de ações liberalizantes desestruturou o pouco que havia de Estado de Bem-Estar Social em vários países em desenvolvimento, agravou a pobreza e o delicado equilíbrio financeiro e econômico dos sistemas protetivos da população. As consequências podem ser vistas até hoje nas dificuldades econômicas apresentadas, por exemplo, pela Argentina e pelo Chile.

Outros países, como o Brasil, a Colômbia e o México, não levaram a cabo reformas estruturantes, em que pese terem realizado modificações paramétricas em seus sistemas de proteção social. Esses países enfrentaram melhor a crise econômica da virada do século e conseguiram, na medida do possível, apresentar índices razoáveis de crescimento nas duas primeiras décadas do século XXI.

São dessa época, no Brasil, a aprovação das Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003 e nº 47/2005. Ao mesmo tempo, o país consolidou o Sistema Único de Saúde e implantou programas de redistribuição de renda e de assistência social aos mais pobres como o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada para idosos e pessoas com deficiência.

O quadro latino-americano apresentado, portanto, como consequência à investida ultraliberal dos anos 1990, não foi uniforme e a vantagem de desenvolvimento pendeu a favor daqueles que não realizaram alterações radicais em seus sistemas de proteção social, como foram recomendadas pelas instituições bancárias internacionais.

Saíram-se melhor os países que assumiram compromisso de manter as linhas gerais de programas na área de seguridade social, ao mesmo tempo em que acolheram sugestões de implementação de programas de redistribuição de renda condicionados ou incondicionados (Organização Internacional do Trabalho, 2018, p. 1).

De qualquer forma, respeitadas as devidas diferenças, a análise do comportamento dos Estados Providência imperfeitos da América Latina e do leste da Europa evidencia que também não se pode afirmar pelo fim ou declínio do modelo.

Pelo contrário, a postura de maior sucesso para o desenvolvimento foi a de reorientar políticas públicas e readaptá-las a novas necessidades, sem modificação essencial do sistema, exceto em algumas nações que optaram pela adesão às recomendações das medidas ultraliberais e que ficaram expostas a consequências piores.

Com isso, a avaliação atual é a do reconhecimento da necessidade de se reforçar, responsabilmente e com objetivos claros, políticas sociais que visem à redução da pobreza e à inclusão social (Merrien, 2018, p. 134).

Ao que tudo indica, e a despeito das previsões feitas na década de 1990, o Estado Social de Direito não morreu também na América Latina.

A afirmação, contudo, não deve esconder as grandes dificuldades a serem enfrentadas nesses países, com economia instável e pouco industrializada, com atividades baseadas no fornecimento de *commodities*, grande desigualdade social, alto nível de pobreza e de desemprego, ainda patinando em medidas que indiquem a atenção devida à mulher e a crianças e jovens e com uma burocracia ineficiente e cooptada pelo poder político.

O século XXI assiste, em vários países da região americana, ao esforço pela adaptação de seus programas de proteção social, sem que se possa afirmar que a abordagem tenha perdido legitimidade.

A remodelagem do Estado Social nos países periféricos deve passar pelo estabelecimento de novas prioridades, como a extinção da miséria infantil, a eficiência na educação fundamental e no ensino médio e a valorização da mulher. No que se refere ao trabalho, deve favorecer a integração nas novas atividades e a capacitação para as oportunidades ao longo da vida em uma cultura disruptiva.

O novo Estado Social de Direito na região precisa estar mais compromissado com o investimento social, ao lado da proteção dos riscos sociais tradicionais (Esping-Andersen e Palier, 2008). Além disso, deve avaliar qual o papel de sua contribuição na capacitação da população para a nova realidade do trabalho e da relação do homem com a inteligência artificial.²⁷

É natural que o Estado Providência passe por transformações, pois o mundo nos anos 2020 já é diferente daquele dos anos 1980 e 1990.

Em que pese a importância dos temas de eficiência, responsabilidade fiscal e respeito às leis do mercado, é cada vez mais urgente na América Latina a luta contra a pobreza (especialmente a pobreza infantil) e a inclusão social, mediante a adoção de políticas democráticas que introduzam uma visão menos monetarista e mais de escolhas públicas prioritárias.

Existem muitas questões a serem decididas nessa nova orientação do *Welfare State* nos países mais pobres. É necessário encontrar o correto equilíbrio do espaço público e do privado na execução de políticas públicas, a transparência nas escolhas entre o que deve ser universal e o que deve ser seletivo, com a adoção de prioridades legítimas, bem como estabelecer um equilíbrio entre o papel da previdência e dos benefícios assistenciais de distribuição de renda.

Portanto, é tempo de construir os parâmetros e prioridades do neo welfarismo latino-americano.

²⁷ Como afirma Yuval Harari (2018, p. 61/62): “Para lidar com as rupturas tecnológicas e econômicas inéditas do século XXI, precisamos desenvolver novos modelos sociais e econômicos o quanto antes. Esses modelos deveriam ser orientados pelo princípio de que é melhor proteger humanos e não os empregos. Muitos empregos são uma faina pouco recompensadora, que não vale a pena salvar. Ser caixa não é um sonho de vida de ninguém. Deveríamos nos focar em prover as necessidades básicas das pessoas e em proteger seu status social e sua autoestima”.

5 Conclusão

Como visto, a partir dos anos 2010, houve enfraquecimento da abordagem liberalistarianista, ao mesmo tempo em que o Estado Social de Direito, sobrevivente, é desafiado a enfrentar novas questões, a escolher prioridades e a definir abordagens adequadas a um mundo em constante transformação, no que passou a ser denominado de neo welfarismo ou new welfarismo (Ferrera, 2019a, p. 188) ou Estado Social de Investimento (Morel, Palier e Palme, 2011).

Esses desafios incluem a revolução tecnológica e de comunicação, com a inserção da inteligência artificial como fator a ser considerado no mercado de trabalho da “economia do conhecimento”, a proeminência do setor de serviços sobre o industrial na economia, a deterioração das relações formais de emprego e o estabelecimento considerável de relações precárias de prestação de serviços.

Paralelamente, as novas atividades tendem a exigir do trabalhador qualificação contínua e a frequência de períodos “fora de mercado”, do que pode resultar agravamento da desigualdade entre os mais e os menos qualificados.

Da mesma forma, o perfil familiar se altera nitidamente, com diversidade de arranjos. O pretendido aumento de participação das mulheres no mercado de trabalho gera consequências importantes como a diminuição da taxa de natalidade e a necessidade de medidas adequadas ao maior compartilhamento de tarefas domiciliares sem prejuízo das atividades laborais externas.

Além disso, novas formas de encarar antigas questões são colocadas em pauta. Por exemplo, após a crise sanitária da COVID-19, a vulnerabilidade de idosos e de deficientes, que sempre foi encarada a partir da visão da cobertura do risco e da proteção de assistência, pode assumir outros contornos, como o de servir de motor para o desenvolvimento de um segmento da economia dedicado a cuidados - “*care*” - (Kerstenetzky, 2012) e a relações de compra e venda de produtos específicos, como fonte de riqueza (De Hennezel, Calvat e Chatel, 2020).

Nos últimos anos, a implantação de programas sociais na região conseguiu em geral realizar inclusão social e reduzir a pobreza, mas com sistemas de proteção ainda assistemáticos que têm dificuldade de avançar (Fleury, 2017, p. 6).

A necessidade atual da América Latina na readequação do Estado Social é a da luta contra a pobreza e a promoção da inclusão, sem perder de vista a necessidade de manter e robustecer sua classe média, em uma redução de desigualdade “para cima”.

De qualquer forma, não existem soluções mágicas para os problemas colocados.

O empenho precisa ser o de, através de medidas que garantam a oportunidade aos menos favorecidos, dar-lhes condições de buscar aquilo que consideram melhor para si a partir de seu esforço, a fim de que encontrem autossuficiência econômica.

Os investimentos sociais do século XXI devem ser direcionados para que a pessoa possa ter condições de, com educação e saúde, preparar-se para o desafio de aperfeiçoamento contínuo que passa a ser a nova exigência do mercado de trabalho disruptivo.

O foco cambia da cobertura de risco para o de fornecimento de serviços de capacitação e de cuidado. Sob o aspecto financeiro, os gastos devem ser feitos com a visão de investimento no desenvolvimento econômico e social dos países. A melhoria no padrão educacional das sociedades dos países da América Latina potencializará sua população para a capacitação contínua que os novos padrões de relação de trabalho estabelecem e contribuirá para o desenvolvimento econômico sustentável e para o aumento de produtividade, melhorando a própria condição fiscal de investimento em políticas de redistribuição de renda.

Descortinam-se então algumas tendências importantes para países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento da América Latina, fundadas na igualdade de oportunidades e na solidariedade: (i) manutenção de sistemas previdenciários básicos públicos que façam cobertura limitada, com caráter abrangente na população e baseados na combinação de comutatividade e de redistributividade em favor dos filiados mais pobres; (ii) elaboração de planos assistenciais de redistribuição de renda para a camada mais necessitada da população, com direcionamento para idosos e pessoas com deficiência; (iii) implantação de sistema de saúde básico universal, mesmo que haja complementação mediante planos privados; (iv) estabelecimento de programa de educação infantil e de jovens que apresente efetividade de resultados; e (v) escolhas de políticas de inserção social preocupadas com a redução da desigualdade de gênero, com foco também em serviços.

Durante a década de 1990, quando a visão monetarista de mundo estava a todo vapor, as principais propostas de reforma dos sistemas de proteção social passavam, com pequenas variações, pela desconfiança em relação aos regimes públicos de previdência baseados em repartição simples, tidos como disfuncionais e que deveriam ser substituídos por modelos privatizados. A função do poder público, sob este enfoque, deveria ser apenas a de proteção contra a miséria (The World Bank, 1991 e 1994).

A consequência, como anteriormente posto, para os países que adotaram essas propostas, foi a desestruturação e empobrecimento da classe média. Se o objetivo dessas políticas era a redução da pobreza, de alguma forma o efeito foi obtido, com o achatamento geral do padrão de vida da população – a redução da desigualdade foi “para baixo”.

Por outro lado, não se desconsidera que em países da América Latina haja necessidade de ajustes nos sistemas previdenciários, a fim de que a universalização plena não conduza à confusão com a função da assistência social. O objetivo de abrangência (leia-se, universalidade entre os diversos tipos de trabalhadores) não deve ser confundido com o abandono da natureza contributiva da previdência.

Além disso, a proteção exige uma recalibragem das previsões de proteção previdenciária para depurar a solidariedade invertida, isto é, aquela que retira renda dos mais pobres do sistema para favorecer a manutenção de benefício para os mais ricos. A função redistributiva da previdência deve ser operada em favor dos mais pobres, nunca dos mais ricos.

A garantia da liberdade real e da igualdade de chances implica, por parte do neo welfarismo na América Latina, a preocupação com medidas assistenciais redistributivas de renda para a retirar parte da população da miséria, com especial atenção (i) à manutenção de uma renda mínima temporária e ações de capacitação laboral de pessoas com condições de trabalho que estejam atentas ao dinamismo das modificações trazidas pelas novas formas de prestação de serviço e da atuação da inteligência artificial; (ii) a programas permanentes de proteção de idosos e pessoas sem condições físicas ou mentais para o exercício de atividades de trabalho; e (iii) o auxílio a famílias com crianças cuja baixa renda ameace o desenvolvimento na infância.

Os maiores problemas de países em desenvolvimento latino-americanos relacionam-se à alimentação, à saúde e à educação, desafios que precisam ser enfrentados com visão global de ações integradas nessas áreas. Da universalização de sistemas de saúde não pode resultar o abandono do estabelecimento de prioridades, como o acesso à água limpa e à rede de esgotos, à vacinação e à proteção contra doenças que atinjam elevadas parcelas de população. Não faz sentido estabelecer normativamente um sistema público dito universal que não resolva o problema básico de água e esgoto da população. O mesmo se diga na educação precária, que não consegue efetivar melhorias na qualidade de ensino fundamental e na profissionalização do ensino médio, segundo parâmetros internacionais.

Educação infantil e de jovens universal de qualidade e serviços de saúde com foco em proteção global básica são fatores que tiram a médio prazo boa parte da população da miséria pelas próprias forças, desonerando, no futuro, o sistema de assistência social.

Como afirma Amartya Sen (2009, p. 113):

Não ocorre apenas que, digamos, melhor educação básica e serviços de saúde elevem diretamente a qualidade de vida; esses dois fatores também aumentam o potencial de a pessoa auferir renda e assim livrar-se da pobreza medida pela renda. Quanto mais inclusivo for o

alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria.

A visão, na área de saúde e de educação, deve ter caráter dinâmico, compreendendo o ciclo de vida integral: o objetivo da proteção não é o “agora”. Além disso, nessas áreas, a universalidade de acesso não prescinde da importância de escolhas de prioridade em favor dos menos favorecidos.

Por fim, novos desafios sociais têm deslocado o centro da agenda para a questão dos cuidados (“*care*”) e para a prioridade de educação sustentável com as crianças.

Em relação às mulheres, o neo welfarismo deve se preocupar com ações que favoreçam a conciliação do trabalho com a família, ao mesmo tempo em que reduzam a desigualdade das condições laborais femininas.

A implementação adequada de creches e de cuidados com as crianças, por exemplo, facilita a inserção das mulheres no mercado de trabalho e possibilita a manutenção de taxas de natalidade. A previdência social também pode ser utilizada para auxiliar medidas de inclusão feminina no trabalho, através de parâmetros de concessão de benefícios. Por exemplo, a licença parental (com cobertura previdenciária) em caso de adoção e a licença parental aditiva no caso de parto (respeitado um período mínimo de licença da mulher) pode reduzir a indevida seleção de gênero velada realizada na prática pelas empresas em desfavor da mulher na admissão no trabalho formal.

Da mesma forma, serviços de cuidado com idosos desoneram as mulheres desse encargo familiar que geralmente assumem nas famílias, atendendo à redução da desigualdade de gênero e a critérios de justiça, além de poder contribuir para o aumento de produtividade e do desenvolvimento econômico (Kerstenetzki, 2019, p. 293-297).

Uma outra prioridade do neo welfarismo na América Latina deve ser a do combate à pobreza entre crianças e adolescentes. A pobreza, mais gravemente do que ocorre quando atinge pessoas adultas, na infância implica graves consequências para o futuro, pois a deficiência alimentar pode trazer consequências neurológicas permanentes ao desenvolvimento físico e mental e à capacidade de aprendizagem e levar à maior probabilidade de evasão escolar, a problemas de toxicodependência, à exposição à criminalidade, o que diminui consideravelmente as chances de mobilidade social e de redução de desigualdade futura.

Por isso, a atenção especial no combate à pobreza infantil deve ser uma das prioridades da nova conformação do Estado Social. Como afirma Maurizio Ferrera (2019b, p. 100), a educação é crucial, não apenas como questão de capital humano, mas também de capital social

e político, pois a boa instrução do cidadão médio facilita a transição para a economia baseada no conhecimento (*knowledge-based economy*) e também promove coesão social e cidadania.

6. Referências

ARRETCHE, Marta T. S. “Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: Teorias Explicativas”. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Brasília: UnB, 1981.

BISCARETI DI RUFIA, Paolo. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1988.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BREARLEY, Emily J. **A History of Social Protection in Latin America: from Conquest to Conditional Cash Transfers**, 2016 Disponível em: <<https://journals.openedition.org/interventionseconomiques/2926>>. Acesso em: 14.09.2023.

CONFERENCIA INTERAMERICANA DE SEGURIDADE SOCIAL. **Primera Conferência, Santiago de Chile**, 1942. Disponível em: <<https://ciss-bienestar.org/2022/06/10/resolucion-ciss-numero-1/>>. Acesso em 03.08.2023.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1997.

CASTEL, Robert. **As Metamorfoses da Questão Social - uma Crônica do Salário**. Petrópolis: Vozes, 2015.

CASTLES, Francis G. “O Futuro do Estado de Bem-estar Social: Mitos de Crise e Realidade de Crise”. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COZENDEY, Carlos Márcio B. **Instituições de Bretton Woods**, Brasília: FUNAG, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. “A Atualidade do Estado de Bem-Estar Social”. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. “O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no Capitalismo Contemporâneo”. In DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **Welfare State: os Grandes Desafios do estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.

DE HENNEZEL Édouard, CALVAT Thierry, CHATEL Tanguy. “Les Personnes Âgées, Ambassadeurs de nos Vulnérabilités et Gisement de Progrès”, **Regards**, 2020/1 (N° 57), p. 53-63. Disponível em: < <https://www.cairn.info/revue-regards-2020-1-page-53.htm>>. Acesso em 26.08.2023.

DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Seuil, 2016.

ESPING-ANDERSEN, G. **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. New Jersey: Princeton, 1990.

ESPING-ANDERSEN, G; PALIER, B. **Trois Leçons sur l'État Providence**. Paris: Le Seuil, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E DA IRLANDA DO NORTE. **Carta do Atlântico**, 1941. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_atlantico_1941.htm>. Acesso em: 03.08.2023.

FAVOREU, Louis *et al.* **Droit Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2005.

FERRERA, Maurizio. “Neowelfarismo Liberal: Novas Perspectivas para o Estado Social na Europa”. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019a.

FERRERA, Maurizio. Do Estado de Bem-Estar Social ao Estado de Investimento Social. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019b.

FLEURY, Sonia. “The Welfare State in Latin America: Reform, Innovation and Fatigue” **Cadernos de Saúde Pública** 2017; 33. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/F8b5x8QFyMh8zP7DhZ3McBB/?format=pdf&lang=en>>. Acesso em 14.08.2023.

GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. “Política Fiscal Anticíclica, Crise Financeira Internacional e Crescimento Econômico no Brasil”. **Revista de Economia Política**, 2011, vol. 31, nº 5 (125), pp. 794-812.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

GARCÍA-PELAYO. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: LGDJ, 2015.

GREENSPAN, Alan; WOOLDRIDGE, Adrian. **Capitalismo na América – uma História**. Rio de Janeiro: Record, 2020.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Avis Rara, 2023.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Madrid: Comares, 2004.

JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Madrid: Comares, 2000.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão- a Reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. “Sobre a ‘Crise’ do Estado de Bem-Estar: Retração, Transformação Fáustica ou o quê?”. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. São Paulo: Realizações Editora, 2014.

MERRIEN, François-Xavier. “États Providence en Devenir, Devenir des États Providence”. **Vie sociale**, 2015/2 (n° 10), p. 203-215. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-vie-sociale-2015-2-page-203.htm>. Acesso em 16.10.2023.

MERRIEN, François-Xavier. “O Novo Regime Econômico Internacional e o Futuro dos Estados de Bem-estar Social”. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2018.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Petrópolis: Vozes, 2019.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREL, N; PALIER, B; PALME, J. **Towards a social investment welfare state?**, 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/258646263_Towards_a_Social_Investment_Welfare_State_Ideas_Policies_and_Challenges. Acesso em 24.08.2023.

NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro, Zahar, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Internacional dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 01.10.2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da Filadélfia**, 1944. Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em: 03.08.2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Reversão da Privatização de Sistema de Pensões: Questões Chave**, 2018a. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_708851.pdf>. Acesso em 12.08.2013.

PACTET, Pierre. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**. Paris: Masson, 1993.

PINKER, Steven. **O Novo Iluminismo: em Defesa da Razão, da Ciência e do Humanismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court: How it was, How it is**, New York: William Morrow & Company. 1987.

ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-Providência**, Brasília: UnB, 1997.

ROSANVALLON, Pierre. **A Nova Questão Social – Repensando o Estado Providência**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: EDIPRO, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUSTEIN, Cass. **The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever**. New York: Basic Books, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de Emergência: o Controle do Poder em Situação de Crise**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

THE WORLD BANK. **Assistance Strategies to Reduce Poverty**. Washington, 1991. Disponível em: < <https://documents1.worldbank.org/curated/en/803091468138284920/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 11.08.2023.

THE WORLD BANK. **Averting the Old Age Crisis. Policies to Protect the Old and Promote the Growth**, 1994. Disponível em: < <https://documents1.worldbank.org/curated/en/973571468174557899/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 11.08.2023.

WILENSKI, Harold L. **The Welfare State and Equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures.** Berkeley: University of California, 1975.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado:** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

Sobre os autores

Marcelo Leonardo Tavares: Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com atuação no Programa de Pós-Graduação Strictu Senso (Doutorado/Mestrado). Pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III/FR (Jean Moulin). Pós-doutor em Direito Previdenciário pela Université de Bordeaux - Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)/FR. Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) com pesquisa realizada na Université Panthéon-Assas/FR (Paris II). Mestre em Direito Público pela UERJ. Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Juiz Federal.

Trabalho análogo a escravidão e a legislação trabalhista: o fenômeno da reinserção como garantia da dignidade da pessoa humana

Slavery-like work and labor legislation: the phenomenon of reintegration as a guarantee of human dignity

Moises Lourenço de Almeida

Claudio Victor de Castro Freitas

Resumo

O artigo analisa o trabalho análogo à escravidão no Brasil, com foco na reinserção como terceiro pilar essencial para a reabilitação dos trabalhadores resgatados. Apresenta um panorama histórico da escravidão no país, desde o período colonial até as formas contemporâneas de exploração, destacando as falhas na transição pós-abolição que perpetuaram uma cultura de exploração. Discute a evolução do Direito do Trabalho brasileiro, os mecanismos de combate e a atuação de órgãos como o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) e a Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE). O texto enfatiza que a reinserção do trabalhador resgatado enfrenta desafios como interpretações judiciais restritivas e a necessidade de um acolhimento adequado às particularidades de cada indivíduo, sendo fundamental para garantir o pleno exercício da cidadania e romper o ciclo de exploração.

Palavras-chave: Trabalho análogo à escravidão; Reinserção social; Dignidade da pessoa humana; Valorização do trabalho; Direitos fundamentais.

Abstract

This article analyzes slave-like labor in Brazil, focusing on social reintegration as an essential third pillar for rehabilitating rescued workers. It presents a historical overview of slavery in the country, from colonial period to contemporary forms of exploitation, highlighting the failures in post-abolition transition that perpetuated a culture of exploitation. The paper discusses the evolution of Brazilian Labor Law, the combat mechanisms and the actions of institutions such as the Special Mobile Inspection Group (GEFM) and the National Commission for the Eradication of Slave Labor (CONATRAE). The text emphasizes that the reintegration of rescued workers faces challenges such as restrictive judicial interpretations and the need for adequate reception considering each individual's particularities, being fundamental to ensure the full exercise of citizenship and break the cycle of exploitation.

Keywords: Slave-like labor; Social reintegration; Human dignity; Labor valorization; Fundamental rights.

Como citar este artigo: ABNT¹ e APA²

1. Introdução e Contexto Histórico

O presente artigo se propõe analisar o trabalho análogo à escravidão no Brasil, enfatizando a reinserção como um terceiro pilar essencial para a reabilitação dos trabalhadores resgatados. A pesquisa explora o contexto histórico da escravidão no Brasil, a evolução do Direito do Trabalho e a atuação de órgãos e entidades no combate a essa violação de princípios fundamentais, como a Dignidade da Pessoa Humana e a Valorização do Trabalho Humano. A metodologia utilizada é de natureza básica, abordagem qualitativa e caráter exploratório, baseada em revisão bibliográfica. O objetivo é obter uma visão abrangente da reinserção, seus desafios e a qualificação das ações para sua concretização, desmistificando os obstáculos para sua plenificação.

2. Trabalho Análogo à Escravidão na Atualidade: Conceito, Manifestações e Violações

A escravidão no Brasil pode ser contextualizada desde o período colonial (iniciado por volta de 1534) até a abolição pela Lei Áurea em 1888. No entanto, ressalta que a Lei Áurea veio desacompanhada de políticas públicas para os ex-escravizados, contribuindo para a perpetuação de uma cultura de exploração e a marginalização desses trabalhadores e seus descendentes. E mesmo após mais de 130 anos da abolição, as "cicatrices" da escravidão permanecem, manifestando-se na "escravidão moderna" ou "trabalho análogo à escravidão". Este conceito difere da escravidão clássica e inclui situações como endividamento perpétuo com o contratante e trabalho doméstico em troca de "serviços".

¹ ALMEIDA, Moises Lourenço de; FREITAS, Claudio Victor de Castro. Trabalho análogo a escravidão e a legislação trabalhista: o fenômeno da reinserção como garantia da dignidade da pessoa humana. *Labuta*, v. 2, n. 1, pp.134-140, jan./jun. 2025.

² ALMEIDA, M. L.; FREITAS, C.V.C. (2025). Trabalho análogo a escravidão e a legislação trabalhista: o fenômeno da reinserção como garantia da dignidade da pessoa humana. *Labuta*, 2(1), 134-140.

Embora passados mais de 130 anos da promulgação da Lei Áurea, sancionada pela Princesa Isabel, e que colocou um fim à escravidão no Brasil, podemos ainda visualizar as cicatrizes deixadas de quando os interesses do capital desenfreado, visando somente ao lucro, se sobrepõe ao da dignidade humana. Nos dias de hoje, é possível encontrar a chamada escravidão moderna, um conceito diferente da escravidão que ocorreu entre os séculos XVI e XIX, e que inclui pessoas que ficaram presas a um contratante por dívida contraída ou mantidas como trabalhadores domésticos para “pagar” por um serviço, por exemplo. (Mello e César, 2020, p.3)

A condição de “filho de criação” ou “crias da casa” é análoga ao caso das meninas que, enquanto agregadas das casas das elites, sofrem o dilema por não serem filhas, nem empregadas. Essa situação faz com que elas se encontrem num limbo que as aproxima das escravas contemporâneas, mostrando as contradições e desigualdades reais da sociedade brasileira em diferentes regiões do País e, em especial, na região Nordeste do Brasil, conforme pode-se inferir no clássico. (Freire, 1997, p.17)

Vale destacar a persistência dessa exploração, que assume novas formas para mascarar a ausência de direitos fundamentais. A falta de ações públicas efetivas na transição para a República validou o uso de mão de obra barata e compulsoriamente gratuita, enraizando-o como uma norma cultural. A legislação trabalhista no Brasil avançou lentamente, focando inicialmente nos trabalhadores urbanos com a criação do Ministério do Trabalho e Emprego e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943. No entanto, os trabalhadores rurais ficaram desamparados por um longo período, perpetuando práticas abusivas como o contrato verbal sem remuneração em dinheiro ou previdência social.

Tampouco houve preocupação em legislar, ainda que minimamente, para disciplinar as relações capital x trabalho, já que não haveria mais mão de obra escrava. Essa legislação somente adveio muitos anos depois, por muita luta dos trabalhadores, ainda assim para a mão de obra urbana, já que os trabalhadores rurais ficaram décadas sem uma legislação protetora, mais um reflexo do longo período escravocrata vivenciado pelo país. (Carvalho, 2020, p.8)

A terminologia correta, conforme o documento, é "condição análoga à de escravo" ou "trabalho escravo contemporâneo", distinguindo-o da escravidão colonial. Essa distinção está fundamentada nas Convenções n. 29 e 105 da OIT. A Lei 10.803/2003 alterou o artigo 149 do Código Penal, definindo o crime de reduzir alguém a condição análoga à de escravo, incluindo trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes e restrição de locomoção por dívida.

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto [...] (Artigo 149 do Código Penal).

A ocorrência de trabalho análogo à escravidão implica em flagrante violação de princípios trabalhistas e direitos fundamentais.

3. Combate ao Trabalho Análogo à Escravidão no Brasil: Desafios e Engajamento Social

O enfrentamento do trabalho análogo à escravidão no Brasil envolve a atuação do Estado e a participação da sociedade. A criação do Ministério do Trabalho e Emprego em 1930 e a CLT foram passos importantes, embora tardios para os trabalhadores rurais. O destaque fica para o papel crucial da Comissão Pastoral da Terra (CPT) na denúncia do governo brasileiro perante organismos internacionais na década de 1990, o que pressionou o país a reconhecer a existência do trabalho análogo à escravidão e iniciar ações de combate. O resultado dessa pressão foi a criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) e a elaboração de Planos de Erradicação do Trabalho Análogo à Escravidão pela Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE). Esses esforços, com a participação da sociedade, têm alcançado sucesso em resgates e na formulação de políticas públicas.

O combate ao trabalho análogo à escravidão é reconhecido internacionalmente, com o GEFM e o Cadastro de Empregadores com histórico de utilização de trabalho análogo à escravidão sendo elogiados pela ONU e OIM. Vale citar o setor empresarial, em especial a indústria da moda, também possui responsabilidade social e deve se engajar na erradicação, fiscalizando suas cadeias produtivas. A Associação Brasileira do Varejo Têxtil (ABVText) é citada como exemplo de entidade que possui um programa de certificação para combater o trabalho análogo à escravidão e o trabalho infantil.

O Brasil adotou diversas medidas visando a erradicação do trabalho forçado, inclusive com reconhecimento por parte da ONU como boas práticas para o combate dessa chaga social. (Mello e César, 2020, p. 22, 23)

A Associação Brasileira do Varejo Têxtil (Abvtex) também possui um programa de certificação para combater o trabalho análogo ao de escravo e o trabalho infantil, além de buscar estimular práticas ambientais sustentáveis dentro da indústria varejista. Desde 2010 já fizeram mais de 36 mil auditorias e possuem uma lista com os fornecedores aprovados nesse programa. (Melo e Cesar, 2020, p.24)

O documento menciona casos notórios de responsabilização de empresas, como a Zara, por descumprimento de Termos de Ajustamento de Conduta relacionados ao trabalho escravo em suas cadeias produtivas, ressaltando a importância da fiscalização de serviços terceirizados.

4. Reinserção do Trabalhador Resgatado: Mecanismos e Desafios Operacionais

A reinserção do trabalhador resgatado é apresentada como um pilar fundamental e opera em conjunto com o resgate e a responsabilização do infrator. O modus operandi da escravidão moderna, que envolve o estabelecimento de vínculos financeiros (dívidas intermináveis), retenção de documentos, afastamento da família e ameaças, especialmente contra imigrantes, que são mais vulneráveis. O perfil das vítimas mudou ao longo do tempo. Atualmente, são predominantemente homens, não-brancos, com baixa escolaridade, vivendo na faixa da pobreza ou abaixo dela, com perspectiva de vida limitada. Muitos são oriundos de áreas rurais, periferias de cidades do interior ou de outros países em busca de oportunidades, sendo aliciados com falsas promessas.

Quanto ao perfil da vítima do trabalho escravo, quase sua totalidade é do sexo masculino, não-branco (81%, segundo o MTE) e com nível de escolaridade muito baixo. Segundo o banco de dados do MTE, a média de idade dos trabalhadores resgatados é de 32,5 anos. São pessoas na faixa da pobreza ou abaixo dela, que não possuíam perspectivas de crescimento profissional e que geralmente possuem dependentes." (Moraes e Chai., 2020, pág. 5)

O conceito de "poder simbólico" de Bourdieu, explica como a cumplicidade (inércia do combate, lentidão da justiça) contribui para a dominação e exploração, enquanto emancipação é objetivo primordial da erradicação, isso sob as perspectivas de Marx (emancipação política e humana) e Kant (construção psicológica individual de liberdade e autonomia). Vale ressaltar à intervenção estatal tem papel crucial para garantir a liberdade e a aplicação eficiente da legislação.

O acolhimento adequado do trabalhador resgatado, desde o momento do resgate, é essencial para sua transição para fora da situação de exploração e sua reconstrução como ser social com direitos. O Estado tem a responsabilidade de ofertar e garantir esses direitos. A atenção às particularidades de cada indivíduo resgatado, incluindo alfabetização e saúde, é vital para o sucesso da reinserção, que visa "garantir o pleno exercício da cidadania e possibilitar ao trabalhador a consciência de sua importância no contexto político, social e econômico do país".

A fase de acolhida do trabalhador se dá a partir do momento em que ele sai da situação de exploração... Ela é indispensável pois vai determinar a forma como o resgatado enxergará a si mesmo no momento em que ele retorna à sua liberdade. Essa acolhida deve ocorrer sob diversos vieses, como o da cidadania, ao qual cabe a responsabilidade primariamente ao Estado (MORAES, CHAI, 2020, p.96).

Um grande desafio operacional para a reinserção reside nas decisões dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) que, em alguns casos, demonstram uma compreensão simplificadora do conceito de trabalho análogo à escravidão, desafiando as tipificações do artigo 149 do Código Penal. A interpretação restritiva da restrição de liberdade, por exemplo, desconsidera fatores como retenção de documentos e ausência de meios para retorno.

5. Impactos da Falta de Reinserção Adequada e a Importância da Restauração da Cidadania

A falta de uma reinserção adequada tem impactos significativos, principalmente no aspecto emocional do trabalhador resgatado, que se encontra fragilizado, com sentimentos de insucesso e vergonha. Essa vulnerabilidade contribui para o fenômeno da reincidência, criando um ciclo perigoso de exploração.

Outro aspecto relativo ao trabalhador que recém saiu da situação de exploração é o seu estado emocional gravemente abalado. Carregam consigo o sentimento de insucesso e a vergonha sobre as situações a que foram submetidos, que assim como o medo, os impede de falar sobre o ocorrido e, por consequência, de registrar uma denúncia. Essa situação, que justifica o alto número de reincidência dos trabalhadores às condições análogas à escravidão, institui um vicioso ciclo. (MORAES; CHAI, 2020, p.10).

Para romper esse ciclo, é fundamental que a reinserção seja promovida por políticas públicas eficazes, que vão além do resgate e combatem os fatores que levam à reincidência. A inserção e assistência devem ser multidimensionais, garantindo apoio psicológico, educacional e o restabelecimento de vínculos familiares. Empresários também têm um papel na reintegração desses trabalhadores no mercado de trabalho.

A conquista da liberdade real está ligada à educação, que deve ser incentivada por políticas públicas e incluir a temática do trabalho análogo à escravidão em grades curriculares de diversos níveis de ensino. A reinserção deve abranger trabalhadores urbanos, rurais, domésticos e aqueles em propriedades informais, exigindo aplicação técnica das políticas públicas e fiscalização comprometida.

6. Considerações Finais

O estudo conclui que a reinserção é o principal ponto de atenção e prevenção à reincidência no trabalho análogo à escravidão. A prática dessa exploração é influenciada pela cultura brasileira, reforçada pela ausência de políticas públicas adequadas no momento certo, como após a Lei Áurea. A breve pesquisa destaca a lentidão do legislador e a importância de grupos não governamentais na conscientização e combate ao trabalho análogo à escravidão. As ferramentas e parcerias do Estado no combate a essa prática têm reconhecimento nacional e internacional.

Finaliza este breve artigo reiterando que a reinserção adequada, com o resgate da cidadania e o atendimento às necessidades dos resgatados, é crucial para o sucesso do combate ao trabalho análogo à escravidão e a prevenção da reincidência. A ausência de ações pós-resgate que atendam a essas necessidades pode perpetuar o ciclo de exploração.

7. REFERÊNCIAS

FAGUNDES, M. K. (2020). **Trabalho escravo e pandemia: os desafios da inspeção do trabalho na promoção do trabalho digno**. *Laborare*, Ano III, 5, 87-105. Disponível em: <https://doi.org/10.33637/2595-847x.2020-5 8>.

FREYRE, G. (2004). **Casa Grande e Senzala: Formação da Família Brasileira sob o Regime da Economia Patriarcal** (51ª ed.). São Paulo: Global.

GIRARDI, E. P., Sodré, R. B., Brito, L. de, Plassat, W. X., Mello-Théry, N. A. de, & Nagy, A. R. (Sem data). **Estruturas e dinâmicas regionais do trabalho escravo contemporâneo no Brasil**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/357889252>.

MELLO, L. M., & César, J. B. M. (2020). A explora o do trabalho escravo contemporâneo na indústria brasileira da moda. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, SP, 2(1), 347-375. Disponível em: <http://www.fadi.br/revisa/index.php/cadernosjuridicos/article/view/63>.

MORAES, V. H. S., & Chai, C. G. (2020). **Pandemia e trabalho escravo contemporâneo: repensando a reinser o do trabalhador resgatado a partir de uma política emancipatória**. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, 6(2), 76–96. ISSN 2525-9881.

ORGANIZA O DOS ESTADOS AMERICANOS. (2016). Corte Interamericana De Direitos Humanos. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil verde contra a República Federativa do Brasil**, 20 de outubro de 2016 (Exce es Preliminares, Fundo, Repara es e Custas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 09 jul. 2023.

PAES, Mariana Armond Dias. A história nos tribunais: a no o de escravidão contemporânea em decisões judiciais. In: MIRAGLIA, L via Mendes Moreira; HERNANDEZ, Julianna do Nascimento; OLIVEIRA, Rayhanna Fernandes de Souza. **Trabalho Escravo Contemporâneo: Conceitua o, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

Sobre os autores

Moises Lourenço de Almeida: Graduado em Direito pelo IseCensa/RJ.

Claudio Victor de Castro Freitas: Doutor e Mestre em Rela es Sociais e Direito pela UFF/RJ. Doutorando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UERJ. Juiz do TRT da 1ª Região.