



FUNDAMENTOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

TEORIA, PRÁTICA E TRANSFORMAÇÕES



Deise Lucia da Silva
Josicleide de Oliveira Freire
Gláucia F. Oliveira Martins Batalha
José Bruno Martins Leão
(organizadores)

E-BOOK FUNDAMENTOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO:
TEORIA, PRÁTICA E TRANSFORMAÇÕES
1ª ED. ISBN: 978-65-5321-159-9 DOI: 10.47538/AC-2026.47

FUNDAMENTOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

TEORIA, PRÁTICA E TRANSFORMAÇÕES

1ª Edição



ORGANIZADORES

Deise Lucia da Silva

Josicleide de Oliveira Freire

Glaucia Fernanda Oliveira Martins Batalha

José Bruno Martins Leão

DOI: 10.47538/AC-2026.47



Ano 2026

FUNDAMENTOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

TEORIA, PRÁTICA E TRANSFORMAÇÕES

1ª Edição

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

F977

Fundamentos do direito contemporâneo [recurso eletrônico] : teoria, prática e transformações / organização Deise Lucia da Silva, Josicleide de Oliveira Freire, José Bruno Martins Leão. - 1. ed. - Natal [RN] : Amplamente, 2026.
recurso digital

Formato: ebook
Modo de acesso: world wide web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5321-159-9 (recurso eletrônico)
DOI 10.47538/AC-2026.47

1. Direito - Filosofia. 2. Livros eletrônicos. I. Silva, Deise Lucia da. II. Freire, Josicleide de Oliveira. III. Batalha, Glaucia Fernanda Oliveira Martins. IV. Leão, José Bruno Martins.

26-107945.0

CDU: 340.12



Gabriela Faray Ferreira Lopes - Bibliotecária - CRB-7/6643

Editora Amplamente
Empresarial Amplamente Ltda.
CNPJ: 35.719.570/0001-10
E-mail: publicacoes@editoraamplamente.com.br
www.editoraamplamente.com
Telefone: (84) 999707-2900
Caixa Postal: 3402 CEP: 59082-971
Natal- Rio Grande do Norte – Brasil
Copyright do Texto © 2026 Os autores
Copyright da Edição © 2026 Editora Amplamente
Declaração dos autores/ Declaração da Editora: disponível em:
<https://www.amplamentecursos.com/politicas-editoriais>
Editora-Chefe: Dayana Freitas
Assistentes Editoriais: Caroline Fernandes; Margarete Baptista
Projeto Gráfico, Edição de Arte e Diagramação: Luciano Paiva; Caroline Fernandes
Capa: Canva®/Freepik®
Parecer e Revisão por pares: Revisores
Consultoria Técnica e Revisão Crítica: Rita de Cássia Soares Duque
Creative Commons. Atribuição-Não Comercial-Sem Derivações 4.0 Internacional (CC-BY-NC-ND).

A responsabilidade pelo conteúdo desta publicação, incluindo exatidão das informações, dados, referências, opiniões e conclusões, é exclusiva do(s) autor(es), não respondendo à editora por eventuais equívocos, omissões ou consequências decorrentes do uso das informações aqui contidas.



Ano 2026

APRESENTAÇÃO

Fundamentos do Direito Contemporâneo: teoria, prática e transformações reúne reflexões e estudos que abordam o Direito a partir das mudanças e dos desafios que marcam a sociedade contemporânea. Organizada por Deise Lucia da Silva, Josicleide de Oliveira Freire e José Bruno Martins Leão, a obra propõe uma leitura ampla sobre os fundamentos jurídicos e suas relações com as transformações sociais, institucionais e profissionais.

Ao longo dos capítulos, diferentes perspectivas contribuem para compreender como os conhecimentos jurídicos são construídos, aplicados e constantemente ressignificados diante das novas demandas da sociedade. A articulação entre teoria e prática permite observar o Direito não apenas como um conjunto de normas, mas como um campo dinâmico, diretamente relacionado às relações humanas, à cidadania e à organização social.

A obra também evidencia a importância da atualização permanente dos profissionais, pesquisadores e estudantes da área jurídica. As transformações tecnológicas, econômicas, sociais e institucionais impõem novos questionamentos e exigem respostas jurídicas capazes de acompanhar a complexidade das relações contemporâneas.

Nesse sentido, os estudos reunidos nesta publicação apresentam diferentes possibilidades de reflexão sobre temas jurídicos, valorizando o diálogo entre perspectivas, experiências e áreas do conhecimento. A diversidade das abordagens amplia a compreensão dos fenômenos jurídicos e favorece uma visão crítica e contextualizada sobre os desafios enfrentados pelo Direito na atualidade.

Destinada a estudantes, docentes, pesquisadores, profissionais do Direito e leitores interessados nas transformações da sociedade e de suas instituições, esta obra constitui uma contribuição para o debate acadêmico e profissional.



Fundamentos do Direito Contemporâneo: teoria, prática e transformações convida o leitor a refletir sobre os caminhos do Direito diante das mudanças do presente e sobre seu papel na construção de uma sociedade orientada pela justiça, pela cidadania e pela efetivação de direitos.

Boa leitura!



Ano 2026

SUMÁRIO

CAPÍTULO I	7
HERANÇA DIGITAL: O TRATAMENTO DA PROPRIEDADE INTANGÍVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	
Larissa Santos Rezende.	
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-01	
CAPÍTULO II.....	25
AS RELAÇÕES TRABALHISTAS PARA OS PRATICANTES DA UMBANDA NO BRASIL: NÃO DISCRIMINAÇÃO, LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	
Renata e Silva Brito; Márcio Bonini Notari.	
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-02	
CAPÍTULO III	33
OS LIMITES CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS À FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA: ANÁLISE DO TEMA 1046 DO STF E DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº 27 DA CORTE IDH	
Bruno Petermann Choueiri Bugalho	
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-03	
CAPÍTULO IV.....	64
DO PODER DE POLÍCIA À ARQUITETURA DE ESCOLHAS: A REINVENÇÃO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ESTADO CATALISADOR	
Mario Marrathma Lopes de Oliveira; Aimme Beatrice de Oliveira Dutra Cordeiro.	
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-04	
CAPÍTULO V	79
DA SENZALA À CADEIA PÚBLICA: SELETIVIDADE PENAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E A PERMANÊNCIA DA CASA-GRANDE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	
Jose Antonio Nunes Aguiar	
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-05	
INFORMAÇÕES SOBRE OS ORGANIZADORES	94
INFORMAÇÕES SOBRE OS AUTORES.....	95
ÍNDICE REMISSIVO.....	96



CAPÍTULO I

HERANÇA DIGITAL: O TRATAMENTO DA PROPRIEDADE INTANGÍVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Larissa Santos Rezende¹.
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-01

RESUMO: A presente pesquisa tem por tema herança digital com ênfase em analisar a propriedade intangível e o seu tratamento no direito sucessório brasileiro, em razão de insuficiência de conhecimento acerca dos bens digitais e suas implicações jurídicas atualmente. O intuito do presente estudo é descrever como a tecnologia impacta em uma nova perspectiva na herança digital e analisar quais os bens são suscetíveis e insuscetíveis de valoração econômica com probabilidade de transmissão aos herdeiros. Assim, a finalidade é compreender as possibilidades e contradições que permeiam o ordenamento jurídico quanto à capacidade de transmissão dos ativos digitais. Possui como objetivo, analisar o tratamento da propriedade intangível no direito sucessório brasileiro, destacando as características deste tipo de propriedade e as normas que regulamentam a sua sucessão. Para tanto, foi utilizada abordagem com pesquisa qualitativa, na qual foram realizadas pesquisas bibliográficas e análises de decisões judiciais que tratam do assunto. Primeiramente, foi apresentado um panorama geral do direito sucessório brasileiro, destacando as principais diferenças entre as sucessões legítimas e testamentárias, além dos tipos de herdeiros previstos em lei. Em seguida, foi abordado o conceito de propriedade intangível e suas principais peculiaridades, destacando-se a sua importância econômica e a sua crescente relevância no mundo digital. Posteriormente, foram analisadas as normas que regem a sucessão das propriedades intangíveis, enfatizando a importância da elaboração de um testamento para garantir a tutela e a preservação dos bens. Por fim, foram apresentados casos práticos que ilustram a importância da correta gestão da propriedade intangível no âmbito sucessório, destacando-se as consequências da ausência de planejamento sucessório e a necessidade de gestão patrimonial.

PALAVRAS-CHAVE: Herança digital. Direito sucessório. Bens digitais.

DIGITAL INHERITANCE: THE TREATMENT OF INTANGIBLE PROPERTY UNDER BRAZILIAN SUCCESSION LAW

ABSTRACT: The theme of this research is digital inheritance, with emphasis on analyzing intangible property and its treatment in Brazilian succession law, due to the lack of knowledge about digital assets and their legal implications today. The purpose of this study is to describe how technology impacts a new perspective in digital inheritance and to analyze which assets are susceptible and not susceptible of economic valuation with probability of transmission to heirs. Thus, the purpose is to understand the possibilities and contradictions that permeate the legal system regarding the transmission capacity of digital assets. Its objective is to analyze the treatment of intangible property in Brazilian succession law, highlighting the characteristics of this type of property and the rules that regulate its succession. To do so, a qualitative research approach was used,

¹ <http://lattes.cnpq.br/8649706371541911>. <https://orcid.org/0009-0007-3039-8063>. E-mail: larissa.srezende.adv@gmail.com.

in which bibliographical research and analysis of court decisions dealing with the subject were carried out. First, a general overview of Brazilian succession law was presented, highlighting the main differences between legitimate and testate succession, in addition to the types of heirs provided by law. Then, the concept of intangible property and its main peculiarities were addressed, highlighting its economic importance and its growing relevance in the digital world. Subsequently, the rules governing the succession of intangible property were analyzed, emphasizing the importance of drafting a will to ensure the guardianship and preservation of assets. Finally, practical cases were presented that illustrate the importance of the correct management of intangible property in succession, highlighting the consequences of the absence of succession planning and the need for asset management.

KEYWORDS: Digital inheritance. Succession law. Digital assets.

INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa se mostra relevante, pois com o avanço da tecnologia e o aumento do valor econômico das propriedades intangíveis, tornou-se imprescindível a sua gestão patrimonial, especialmente no âmbito sucessório, a fim de garantir a efetiva sucessão dos bens e a preservação do valor pessoal aos ativos digitais deixados pelo falecido. Nesse sentido, o direito sucessório desempenha um papel fundamental na regulamentação da sucessão das propriedades intangíveis, disciplinando as normas para a transmissão desses bens aos herdeiros.

A presente pesquisa contextualiza o metaverso e a herança digital, bem como o tratamento da propriedade intangível nos inventários, e enfrentará o problema de demonstrar de qual forma o metaverso e os bens intangíveis estão sendo recepcionados atualmente no âmbito jurídico e como o espaço digital atingiu o direito sucessório no Brasil.

Inicialmente, tem-se que a hipótese formulada ao problema apresentado é que o surgimento do metaverso impulsiona os indivíduos a adquirirem ainda mais bens intangíveis, e que conseqüentemente impacta na partilha desses bens que precisam ser amparados por leis específicas.

Também é possível justificar o presente estudo em razão da sua repercussão atual. Assim, porque com a virtualização dos meios de comunicação tornou-se cada vez mais comum adquirir bens digitais, ou até mesmo um grande volume de informações e arquivos digitais, como e-mails, mensagens de texto, fotos e contas em redes sociais. A

era digital em que vivemos hoje em dia mudou a maneira como nos comunicamos, trabalhamos e nos relacionamos, e isso acarreta diversas consequências no direito sucessório brasileiro.

Assim, por meio de pesquisa exploratória que tem como objetivo compreender as possibilidades e contradições do ordenamento jurídico quanto à probabilidade de transmissão de ativos digitais. Trata-se de uma abordagem com pesquisa qualitativa, através de doutrinas, jurisprudência e a legislação brasileira no que diz respeito à herança digital. Sendo, o procedimento realizado por meio de coleta de dados bibliográficos, bem como análises de decisões judiciais que tratam do assunto.

Inicialmente, foi apresentado um panorama geral do direito sucessório, destacando as principais diferenças entre as sucessões legítimas e testamentárias, além dos tipos de herdeiros previstos em lei. Em seguida, foi abordado o conceito de propriedade intangível e suas principais características, destacando-se a sua importância econômica e a sua crescente relevância.

Posteriormente, foram analisadas as normas que regem a sucessão das propriedades intangíveis, destacando-se a importância da elaboração de um testamento para garantir a disposição de última vontade do *de cujus*. Por fim, foram apresentados casos práticos que ilustram a importância da correta gestão da propriedade intangível no âmbito sucessório, destacando-se as consequências da ausência de planejamento sucessório. Do mesmo modo, tem como finalidade demonstrar a necessidade de regulamentação legislativa específica para a tutela dos bens digitais.

DIREITO À HERANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A herança é o patrimônio jurídico deixado por uma pessoa que veio a falecer e é repassado para os seus herdeiros legítimos e testamentários, tal patrimônio pode ser formado por bens materiais ou imateriais. No Brasil, é garantido o direito de herança em que concerne aos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal de 1988 em que é previsto o direito da herança no artigo 5º, inciso XXX, do Título II (Brasil, 1988). E conforme previsão legal vigente no art. 1.784 do Código Civil de 2002, na qual garante que após a morte da pessoa física ela perde titularidade sobre todos os

seus bens os quais serão herdados e divididos aos herdeiros legítimos e testamentários (Brasil, 2002).

De acordo com a legislação brasileira, a sucessão pode ser tanto legítima (quando o falecido não deixou testamento) quanto testamentária (quando o falecido deixou um testamento válido). A sucessão legítima é regulada pela ordem de vocação hereditária, que estabelece a prioridade dos parentes do falecido na sucessão, conforme sua proximidade com o de cujus (Venosa, 2023).

Em suma, existem dois tipos de sucessores que são os herdeiros testamentários e legítimos. Enquanto na sucessão testamentária pode ser herdeiro quem é designado no testamento declarado pelo falecido, sendo observado os requisitos legais para a escritura de testamento. E os herdeiros legítimos que são sucessores designados por lei e são divididos por necessários e facultativos (Rosa, 2022).

Os herdeiros necessários são aqueles cujo a lei lhe dá direito a uma parte da herança indispensável da qual ele não pode lhe ser privado. Assim, conforme o atual Código Civil brasileiro em seu artigo 1.845 e seguintes, temos os descendentes entre outros que são considerados como herdeiros legítimos necessários (Brasil, 2002).

Portanto, após o falecimento do sujeito existe a transferência ou substituição de titularidades do espólio aos seus herdeiros, na qual há uma transmissão ou o que podemos chamar de sucessão do direito propriamente dita (Venosa, 2023). Sendo assim, torna-se herdeiro aquele que adquire direito ao espólio por vocação hereditária ou por testamento deixado pelo de cujus que é o autor da herança, conforme legislação vigente no artigo 1.829 do Código Civil (Brasil, 2002).

Ainda, sobre a temática e a função do direito sucessório, é necessário saber que é um ramo do direito civil que disciplina e trata da transmissão dos bens deixados pelo falecido, sejam eles incorpóreos ou corpóreos que podem ser transferidos aos seus sucessores legais (Tartuce, 2021). Além disso, é imprescindível que com a sucessão mortis causa exista a continuidade da tutela ao patrimônio deixado pelo de cujus, na qual está na maioria das vezes ligada à família e ao vínculo de relações afetivas (Rosa, 2022).

O AVANÇO DA TECNOLOGIA E O SURGIMENTO DA HERANÇA DIGITAL

A tecnologia se transformou em uma grande virada histórica no mundo e alterou o modo de agir e de consumir em sociedade, alterando nosso cotidiano entre o espaço físico e o virtual. O surgimento da Internet para fins comerciais se deu no ano de 1987, no qual foi um dos marcos imprescindíveis para a tecnologia, em que houve uma expansão de milhares de dispositivos no mundo inteiro. Primordialmente, com o uso do computador saltando para os aparelhos de TV, telefones celulares (smartphones), palmtops, notebooks, smartwatch e outros dispositivos que conquistaram a população, tornando um ambiente propício para o surgimento das relações comerciais e o nascimento do chamado e-commerce (Pinheiro, 2021).

Com esse avanço no mundo digital nasceu a criação do metaverso, que é um termo usado para descrever uma realidade virtual coletiva em que múltiplos usuários podem interagir entre si em tempo real e simultaneamente. Em outras palavras, é um universo virtual em que pessoas de todo o mundo podem se conectar, interagir, criar e compartilhar experiências. Ele permite que os usuários possam interagir com outras pessoas em ambientes virtuais que replicam mundos reais ou imaginários, participar de eventos, jogar, fazer compras, aprender e até trabalhar. Acredita-se que o metaverso possa se tornar um espaço importante para a economia global, com a criação de novas oportunidades de negócios (Ball, 2022).

Essa ideia já foi apresentada em diversos livros, filmes e jogos, mas agora, com a evolução da tecnologia, ela está se tornando uma possibilidade cada vez mais próxima da realidade. Empresas como Facebook (Meta), Microsoft e Epic Games, entre outras, estão investindo em tecnologias para criar seus próprios metaversos (Ball, 2022).

Atualmente, muitos famosos e empresas estão explorando o potencial do metaverso e investindo em patrimônio digital dentro desses mundos virtuais. Como é o caso do Neymar, jogador de futebol brasileiro, que tem demonstrado interesse no metaverso. Em 2021, ele se tornou embaixador da marca de um jogo de futebol virtual chamado eFootball PES (SCHMIDT, 2021). Além disso, o jogador também já investiu em NFTs (Non-Fungible Tokens) de arte digital, adquirindo uma obra artística da coleção

Bored Ape NFTs. Essas iniciativas mostram que Neymar está atento ao crescente mercado de bens digitais e pode vir a explorar outras oportunidades no futuro (Pacete, 2022).

No mesmo sentido, a influenciadora digital brasileira Bianca Andrade, mais conhecida como Boca Rosa, tem investido em sua presença no metaverso. Ela criou uma loja virtual em um jogo chamado The Sims 4, onde vende itens digitais para os jogadores personalizarem seus personagens. Além disso, Bianca também investiu em NFTs (Non-Fungible Tokens) de arte digital, lançando uma coleção de obras únicas em uma plataforma especializada e criou um avatar para fazer parte do metaverso chamada Pink (Pacete, 2022).

Tal avanço no mundo digital impulsionou os indivíduos a adquirirem ainda mais bens intangíveis por meio das redes sociais, livros eletrônicos, criptomoedas, streamings, correio eletrônico, nuvem de armazenamento de dados, entre outros. Portanto, a internet modificou a forma de adquirir patrimônio, necessitando de mudanças no direito sucessório e na legislação do país para tal amparo legal, por isso existe a necessidade da tutela destes bens que precisam ser amparados por leis específicas (Terra et. al., 2021).

Contudo, surge o termo herança digital no qual é denominado de uma forma geral para caracterizar o tratamento pós morte dos conteúdos deixados e inseridos na rede pelo falecido. Ou seja, a herança digital foi criada para amparar todo conteúdo intangível que foi adquirido e acumulado em espaço virtual e digital de titularidade do usuário, que tenha alguma utilidade ou valor econômico (Rosa, 2021).

A tecnologia cresceu de tal forma que permite que as pessoas estejam cada vez mais conectadas diariamente e realizando os seus afazeres por meio do espaço digital, tornou uma ferramenta indispensável em muitas profissões e outras que só existem no mundo virtual, e com isso torna possível adquirir patrimônios digitais como contas em redes sociais, acervos digitais, páginas com relevância alta de seguidores, senhas de e-mails, sites ou blogs consolidados, canais do YouTube com milhões de assinantes, moedas digitais, milhas aéreas, músicas, vídeos e fotos, que possuem alto valor econômico. Diante disso, nasce o questionamento acerca da destinação dos bens intangíveis deixados nos servidores virtuais pelo falecido, bens esses que podem fazer parte do espólio e ser considerado como herança digital (Terra et. al., 2021).

DIREITO À HERANÇA DIGITAL FRENTE AO DIREITO PERSONALÍSSIMO DO DE CUJUS

O direito de herança é um dos principais institutos do direito sucessório, que regula a transferência de bens, direitos e obrigações de uma pessoa falecida para seus herdeiros. Em outras palavras, trata-se do direito que uma pessoa tem de deixar seus bens para seus sucessores após sua morte. O direito de herança é protegido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil brasileiro, que estabelecem as regras e procedimentos para a sucessão hereditária (Diniz, 2021).

No entanto, o falecido pode escolher deixar seus bens para outras pessoas por meio de um testamento, desde que ele seja válido e respeite os limites impostos pela lei. Além disso, é possível fazer uma doação em vida, que é uma transferência voluntária de bens para outra pessoa, sem que haja necessidade de aguardar a morte do doador. É importante destacar que a herança não é um direito absoluto, uma vez que pode haver limitações impostas pela lei, como a imposição de direitos e deveres aos herdeiros e a possibilidade de contestação do testamento em casos de vícios ou irregularidades (Carvalho, 2019).

Em resumo, o direito de herança é um instituto importante do direito sucessório que regula a transferência de bens e direitos de uma pessoa falecida para seus sucessores. A sucessão pode ser legítima ou testamentária, e é regulada por leis específicas que estabelecem as regras e procedimentos para sua realização (Venosa, 2023).

Enquanto, os direitos personalíssimos são aqueles que estão ligados à pessoa e não podem ser transferidos ou cedidos a terceiros. O direito personalíssimo é um ramo do direito civil que protege a pessoa em seus atributos e aspectos íntimos, que são inerentes e insubstituíveis, como a vida, a honra, a imagem, a intimidade, a privacidade, a identidade pessoal, entre outros. Em outras palavras, o direito personalíssimo é aquele que diz respeito à proteção dos direitos inerentes à pessoa como ser humano, que não podem ser cedidos ou transferidos para terceiros (Moraes, 2023).

Os direitos personalíssimos são considerados direitos fundamentais e estão protegidos pela Constituição Federal de 1988, que garante a todos os indivíduos a inviolabilidade da vida privada. Além disso, o Código Civil brasileiro estabelece as regras

para a proteção dos direitos personalíssimos, prevendo a reparação dos danos morais e materiais decorrentes de sua violação (Moraes, 2023).

Entretanto, a principal discussão atualmente é de como serão transmitidos os bens intangíveis após a morte do usuário nesse ambiente digital, e o que poderá compor a herança digital. Sabe-se que não há consenso entre os estudiosos. De um lado temos quem defenda que os herdeiros não poderiam ter acesso ao que pudesse desrespeitar a privacidade do falecido ou de terceiros (Terra et. al., 2021).

Por outro lado, há quem defenda que todas as informações digitais do falecido deveriam ser transmitidas aos herdeiros, pois o acervo digital não se diferencia do acervo físico, devendo ter o mesmo tratamento jurídico. Salvo se o falecido houver indisposto diretamente em vida (Terra et. al., 2021).

De todo modo, é importante que não se confunda a personalidade em si considerada que não é suscetível com os bens que se relacionam com a personalidade (fotos, manuscritos, diários) pois estes não se confundem com a personalidade do falecido e podem ser suscetíveis assim como ocorre no mundo físico e analógico (Venosa, 2023).

Plataformas digitais populares no Brasil e em todo mundo possuem políticas de privacidade sobre o que acontece com a conta de um usuário após a sua morte. Tanto o Facebook quanto o Instagram disponibilizam em suas políticas de privacidade que um membro da família ou um representante legal possa solicitar a remoção da conta de uma pessoa falecida. Para isso, é necessário preencher um formulário de solicitação comprovando a morte e a relação com o falecido (Meta, 2022). Além disso, também oferecem a opção de transformar a conta de um usuário falecido em um memorial, onde as pessoas podem homenagear a pessoa falecida (Meta, 2022).

No WhatsApp, a política de privacidade é diferente. De acordo com os termos de uso, as contas do WhatsApp são pessoais e intransferíveis e, portanto, não podem ser transferidas ou herdadas após a morte do titular. No entanto, é possível que um membro da família ou um representante legal solicite a remoção da conta de uma pessoa falecida, desde que forneça a documentação necessária, como certidão de óbito e uma prova da relação com o falecido (Meta, 2022).

Todavia, sabe-se que a tecnologia pode ser invasiva e perigosa o que faz surgir ainda mais desafios a serem enfrentados nos inventários dessa era digital, por isso é necessário que exista mecanismos que faça a proteção dos dados digitais para evitar fraudes e invasão da privacidade dos usuários (Sanches, 2022). Por isso a criação da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) que é uma lei brasileira que estabelece regras para a coleta, armazenamento, uso e compartilhamento de dados pessoais no Brasil, ela cumpre importante papel para a proteção dos direitos fundamentais (Brasil, 2018).

A LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) e a herança digital estão relacionadas no que diz respeito à proteção de dados pessoais após a morte de uma pessoa. Sendo que, a herança digital é composta pelos bens digitais que uma pessoa deixa após sua morte, como contas de e-mail, perfis em redes sociais, arquivos digitais, entre outros. Esses bens podem conter informações pessoais sensíveis, como dados bancários, histórico de navegação, fotos e vídeos, entre outros. Isso significa que, mesmo após a morte de uma pessoa, as empresas e organizações que coletam e armazenam seus dados pessoais devem continuar a respeitar a LGPD e garantir a proteção desses dados (Brasil, 2018).

Insta ressaltar, que os dados pessoais dos titulares continuam a ser protegidos após a morte, e cabe aos familiares ou herdeiros do falecido tomar medidas para proteger e gerenciar adequadamente esses dados, pois a LGPD garante essa proteção (Brasil, 2018).

Tais aspectos são discutidos na doutrina brasileira, que diferencia os bens digitais entre patrimoniais e existenciais. De forma que, os bens digitais patrimoniais são aqueles que têm um valor econômico, como arquivos de música, vídeos, softwares, obras literárias, entre outros. Esses bens podem ser comercializados, licenciados ou transferidos de uma pessoa para outra, como qualquer outro bem material (Pinheiro, 2021).

Enquanto, os bens digitais existenciais são aqueles que têm um valor pessoal e afetivo, como fotos, vídeos e mensagens que registram momentos importantes da vida, contatos de amigos e familiares, histórico de navegação na internet, entre outros. Esses bens têm uma importância única para cada pessoa e não podem ser substituídos por outros equivalentes, pois contêm memórias e experiências pessoais únicas (Pinheiro, 2021).

Assim, enquanto os bens digitais patrimoniais são protegidos pelo direito de propriedade e podem ser comercializados, os bens digitais existenciais são protegidos

pelo direito à privacidade e à intimidade, e sua proteção é fundamental para garantir a dignidade da pessoa humana na era digital (Tartuce, 2023).

Diante do exposto, caso o usuário venha a falecer sem tomar nenhuma decisão sobre os seus bens digitais de valores existenciais, é pertinente que seja mantido a tutela post mortem mantendo a dignidade da pessoa a luz da Constituição Federal, em que, se refere a dois níveis de privacidade: a vida privada e a intimidade. Na qual, o direito à vida privada abrange a esfera relacional da pessoa e o direito à intimidade reserva-se aquilo que é mais íntimo de um indivíduo, como a inviolabilidade de suas convicções, ideias e sentimentos (Medina, 2022).

Ressalta-se a importância da proteção dos bens digitais existenciais (bens com valor pessoal e afetivo), pois eles representam a memória e a identidade das pessoas na era digital. Ainda que não possuam valor econômico direto, esses bens podem ter uma grande importância emocional e afetiva, e que a privacidade, a intimidade e a proteção de dados pessoais são fundamentais para garantir a dignidade da pessoa humana (Medina, 2022).

CAMINHOS PARA A TUTELA DOS BENS DIGITAIS NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

A proteção dos bens digitais no planejamento sucessório é um tema relativamente novo e ainda pouco explorado no Brasil. No entanto, é cada vez mais importante considerar os bens digitais no momento de planejar a sucessão patrimonial, especialmente em uma sociedade cada vez mais conectada e dependente da tecnologia (Terra et. al., 2021).

Atualmente, as leis brasileiras ainda não possuem uma regulamentação específica sobre a tutela dos bens digitais, o que pode gerar incertezas e dificuldades no momento de realizar o planejamento sucessório. No entanto, existem alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que buscam regulamentar essa questão (Tartuce, 2021).

De modo geral, é importante destacar que as leis precisam acompanhar as mudanças na sociedade e na tecnologia, garantindo a proteção adequada dos bens digitais. Além disso, é fundamental que a legislação trate a questão de forma clara e objetiva, considerando os diferentes tipos de bens digitais e suas particularidades (Pinheiro, 2021).

Enquanto não há uma regulamentação específica sobre a herança digital no Brasil, é importante que as pessoas incluam as disposições sobre seus bens digitais no planejamento sucessório, buscando orientação especializada para garantir a proteção adequada desses bens (Terra et. al., 2021).

Ademais, uma das formas de tutela desses bens pode ser feita por meio do testamento digital que é uma modalidade de testamento que tem como base a utilização de meios eletrônicos para a sua elaboração e registro. No Brasil, o testamento digital começou a ser mais utilizado com a criação do sistema de e-notariado e a aprovação do Provimento n. 100 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no qual facilitou o acesso dos cidadãos aos atos notariais (Brasil, 2020).

É importante destacar, que a validade do testamento digital pode ser questionada em caso de conflito entre herdeiros ou se houver suspeita de fraude. Além disso, é fundamental que o testamento digital seja elaborado com cautela e seguindo as formalidades legais, como a identificação do testador, a presença de testemunhas, entre outras exigências (Carvalho, 2019).

Assim, caso opte por fazer um testamento digital, é recomendado que se busque orientação especializada para garantir a sua validade e proteção dos bens digitais. Além disso, é importante que o testamento digital seja acompanhado de um testamento tradicional, registrado em cartório, para garantir a validade e segurança jurídica do documento (Carvalho, 2019).

Cabe ressaltar, que o meio digital adquiriu ainda mais notoriedade durante a pandemia da Covid-19, com mais pessoas se comunicando virtualmente, trabalhando em casa e usando aplicativos de videoconferência, a quantidade de dados gerados e armazenados aumentou significativamente. Também levou muitas pessoas a refletir sobre sua própria mortalidade e a importância de deixar suas coisas em ordem. Isso inclui não apenas questões financeiras e legais, mas também a herança digital (Lima, 2022).

Conforme levantamento feito pelo Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal, houve um aumento de 42% no número de testamentos registrados entre o primeiro semestre de 2020 em comparação com o primeiro semestre de 2021. Sendo registrados 12.374 em 2020 e 17.538 em 2021 em todos os estados brasileiros (Laudares, 2021).

Existem alguns projetos de lei recentes em tramitação no Brasil que abordam a questão da herança digital. É o caso, por exemplo, do Projeto de Lei nº 365/2022 do Senador Confúcio Moura (MDB/RO), que sugere alteração na Lei Geral de Proteção de Dados com a ideia de incluir no art. 18-A, uma redação para determinar que os direitos dos titulares sejam transmitidos aos seus sucessores, surgindo o direito de transferência, no qual o acesso dependerá da manifestação expressa do titular ou por meio de decisão judicial. Com intenção de proteger os dados pessoais, a parte em que a LGPD foi silente. O presente projeto de lei está em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Brasil, 2022).

Também, é o caso do Projeto de Lei nº 6468/2019 e o Projeto de Lei nº 3050/2020 que sugerem acréscimo de um parágrafo único ao “art. 1.788”, do Código Civil Brasileiro, mas possuem uma diferença significativa entre eles. No PL. 6468/2019 propõe a transmissão irrestrita e absoluta dos bens digitais aos herdeiros (Brasil, 2019). Já, a proposta do PL. nº 3050/2020 estabelece uma cautela para a transmissão apenas dos bens digitais com conteúdo patrimonial aos herdeiros do titular, que está em tramitação na Comissão de Comunicação. Esses projetos de lei estão em fase de discussão e podem sofrer alterações ao longo do processo legislativo (Brasil, 2020).

Essas discussões sobre a memória digital já estão chegando ao judiciário brasileiro, como é o exemplo de decisão judicial no processo nº 1119688-66.2019.8.26.0100, que tramitou perante a 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, em São Paulo. No caso em questão, a mãe de uma jovem que havia falecido pediu indenização por danos morais à rede social Facebook, alegando que sua conta na plataforma havia sido excluída sem seu consentimento e que isso teria causado sofrimento psicológico à família. A mãe argumentou que o perfil de sua filha falecida era uma forma de manter viva a memória da jovem e que a exclusão teria violado seus direitos à imagem, honra e dignidade (São Paulo, 2021).

Contudo, tanto em primeira instância quanto em segunda instância, o pedido de indenização foi negado. Na sentença o juízo singular entendeu que a requerente não comprovou a falha na prestação de serviços por parte do Facebook e no Tribunal de Justiça de São Paulo, os desembargadores votaram, de forma unânime, pela manutenção da decisão de primeiro grau, pois entenderem que, embora a exclusão do perfil possa ter causado desconforto à mãe, não houve dano moral efetivo e a plataforma agiu nos limites do exercício regular do direito (Brasil, 2021).

A segunda decisão ocorreu na comarca de Pompeu/ MG, que julgou improcedente o pedido da autora, que ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais contra a empresa Apple, pois segundo a autora, diante do falecimento da sua filha, ela buscava obter acesso ao Icloud da jovem. Baseado no art. 5º., XII, da Constituição Federal Brasileira, o magistrado entendeu que não seria legítimo pois a intimidade da falecida não poderia ser invadida para satisfação pessoal da mãe. O processo transitou em julgado em agosto de 2018 (Minas Gerais, 2018).

Por último, uma interessante decisão ocorreu na comarca de Campo Grande/MS, na qual a magistrada deferiu o pedido da autora, no sentido de excluir a página do *Facebook* da filha, que havia falecido. Para a juíza, estaria o pleito da genitora consubstanciado no direito da personalidade tanto dela quanto da filha, haja vista que a permanência do perfil ativo atacaria o direito à dignidade da pessoa humana da autora, que teria que conviver com o sofrimento da perda prematura e de publicações de pessoas que cultivam o sentimento de luto (Queiroz, 2013).

Destarte, com o avanço da tecnologia o direito das sucessões enfrenta novos desafios, especialmente no que diz respeito à herança digital. Além disso, a virtualização também tem trazido novas possibilidades para a administração e gestão de heranças, como plataformas digitais que ajudam a organizar as informações e processos de inventário e partilha de bens. É importante destacar que o direito das sucessões está em constante evolução, e é necessário acompanhar as mudanças e atualizações para garantir a proteção dos direitos dos herdeiros e legatários, tanto em relação aos bens tradicionais como em relação aos bens digitais (Rosa, 2021).

Contudo, é possível citar a teoria tridimensional de Miguel Reale na qual pode ser aplicada para compreender as mudanças que estão ocorrendo com a herança digital. De acordo com a teoria, o direito é influenciado por três elementos: fatos sociais, valores e normas. Fatos sociais se referem a eventos da vida real que afetam o direito, valores são princípios éticos e morais que moldam o direito e as normas são as regras jurídicas estabelecidas para regular as relações sociais (Reale, 2013).

No que diz respeito aos fatos sociais, a herança digital é uma realidade nova e em constante evolução, o que pode criar incertezas e desafios para a aplicação das normas jurídicas existentes. Em relação aos valores, a herança digital levanta questões éticas e morais que podem influenciar a aplicação das normas jurídicas (Rosa, 2021).

Por fim, no que se refere às normas, a herança digital exige uma atualização das normas jurídicas existentes ou a criação de novas normas específicas para regulamentar a sucessão digital. Isso inclui questões como a responsabilidade das empresas de tecnologia na gestão dos bens digitais, a proteção da privacidade do falecido e dos herdeiros e a definição de regras para a transferência e partilha desses bens (Rosa, 2021).

Assim, a teoria tridimensional de Miguel Reale pode ajudar a compreender a complexidade da sucessão digital e orientar a criação de soluções jurídicas adequadas para lidar com os desafios apresentados por essa realidade em constante evolução (Reale, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo, foi possível constatar que os bens digitais, tais como arquivos de mídia digital, contas de e-mail, redes sociais, entre outros, têm se tornado cada vez mais relevantes em nossa sociedade, sendo comum a existência de uma grande quantidade de informações e dados pessoais armazenados em plataformas digitais.

Sabe-se que a tecnologia tem um grande impacto na herança digital, uma vez que a maioria dos nossos bens digitais é criada, armazenada e compartilhada por meio de dispositivos tecnológicos, como smartphones, tablets e computadores. Alguns dos principais impactos da tecnologia na herança digital incluem o aumento do volume de

bens digitais e a proteção da privacidade e segurança de dados. Isso significa que pode ser difícil determinar quem é o proprietário legal de bens digitais após a morte, e pode haver disputas legais ou problemas de acesso que dificultam a distribuição justa dos bens digitais.

Nesse sentido, o direito sucessório desempenha um papel fundamental na regulamentação da sucessão dos bens digitais, disciplinando as normas para a transmissão desses bens aos herdeiros. Diante desses desafios, é imprescindível que tenha uma distinção sobre os bens digitais existenciais e patrimoniais, a fim de auxiliar os herdeiros na elaboração de estratégias de gestão patrimonial e sucessória eficientes. É importante que sejam criadas normas e políticas públicas para garantir a proteção e transferência adequada dos bens digitais.

A partir dessa distinção, foi possível perceber que os bens digitais existenciais apresentam desafios específicos no âmbito do direito sucessório, uma vez que seu valor não pode ser mensurado objetivamente. Nesses casos, é importante que a legislação brasileira estabeleça critérios claros para a sua transferência aos herdeiros, a fim de evitar conflitos entre eles.

Já os bens digitais patrimoniais apresentam desafios distintos, relacionados principalmente à sua gestão e armazenamento. É fundamental que os titulares desses ativos elaborem um inventário detalhado de seus bens digitais, a fim de facilitar a sua transferência aos herdeiros. Além disso, é importante que as empresas que oferecem serviços de armazenamento em nuvem ou de gestão de ativos digitais estabeleçam políticas claras de sucessão, visando facilitar a transferência desses ativos.

Ademais, é possível verificar que a criação de leis específicas para a herança digital é imprescindível para garantir a proteção dos direitos de propriedade, privacidade, segurança cibernética e distribuição adequada dos bens digitais, bem como fornecer clareza jurídica para os indivíduos em relação a seus direitos e responsabilidades.

Essas garantias podem ser feitas por meio de criação de leis brasileiras, com o intuito de proteger contra a invasão de privacidade e a interceptação ilegal de informações de bens digitais e possa garantir que a distribuição dos ativos digitais seja feita de maneira justa e equitativa, evitando disputas entre herdeiros.

Diante do exposto, espera-se que este estudo possa contribuir para o aprofundamento do debate sobre a gestão patrimonial e sucessória dos bens digitais no direito brasileiro, auxiliando os profissionais da área e as pessoas em geral na elaboração de estratégias de gestão patrimonial eficientes e adequadas à realidade de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

BALL, Matthew. **Metaverso O que é, como funciona e porque vai revolucionar o mundo?** 1ª ed. Nova Iorque. Editora Liveright Publishing Corporation, 2022.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 17 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento Nº 100 de 26/05/2020**. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 13 mai.2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 17 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 365, de 2022**. Dispõe sobre a herança digital. Brasília: Senado Federal. 23 jan. 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151903>. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6468, de 2019**. Altera o art.1.788 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Brasília: Senado Federal. 17 dez. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239> Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº3050, de 2020**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, Câmara dos Deputados, 02 jun. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254247>. Acesso em: 02 mar. 2023.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597017328. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017328/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. São Paulo. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598643. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598643/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

LADARES, Raquel. **Por causa da pandemia, procura por testamentos aumenta 41,7% em um ano no país; SP lidera ranking nacional.** GloboNews — São Paulo, 04 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/04/apos-pandemia-procura-por-testamentos-aumenta417percent-em-um-ano-no-pais-sp-lidera-ranking-nacional.gh> Acesso em 06 mai. 2023.

LIMA, Márcia Fidelis. O futuro é agora. **Revista IBDFAM**, v.64, p. 8, set.2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

META, inc. **política de privacidade do Whatsapp**. Atualizada em 30 de abril de 2022. Disponível em: https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy/?lang=pt_br. Acesso em: 12 mai. 2023.

META, inc. **política de privacidade Facebook**. Atualizada em 1º de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.facebook.com/policy/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

META, inc. **política de privacidade Instagram**. Atualizada em 22 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.instagram.com/legal/privacy/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

MINAS GERAIS. Pompeu. **Decisão transitada em julgado n. 0023375-92.2017.8.13.0520**. Autora: Mirlei Maciel de Campos. Réu: Apple Computer Brasil Ltda. Julgado em 08 jun. 2018. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?tipoPesquisa=1&txtProcesso=00233759220178130520&comrCodigo=520&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=1&select=1&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&listaProcessos=00233759220178130520. Acesso em: 10 mai. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 05 abr. 2023.

PACETE, Luiz Gustavo. **De olho no metaverso, Bianca Andrade lança a avatar Pink**. Forbes.com, 25 jul. 2022. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2022/07/de-olho-no-metaverso-bianca-andrade-lanca-a-avatar-pink/>. Acesso em: 12 mar. 2023.

PACETE, Luiz Gustavo. **Um ano depois, como a Bored Ape tornou-se um fenômeno em NFTS**. Forbes.com, 25 jul. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2022/04/um-ano-depois-como-a-bored-ape-tornou-se-um-fenomeno-em-nfts/>. Acesso em: 12 mar. 2023.

PINHEIRO, Patrícia P. **Direito Digital**. São Paulo. Editora Saraiva, 2021. *E-book*. ISBN 9786555598438. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598438/>. Acesso em: 19 mar. 2023.

QUEIROZ, Raquel. **Mãe pede na Justiça que Facebook exclua perfil de filha morta em MS**. G1.globo.com, 26 abr. 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>. Acesso em: 05 abr. 2023.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*. ISBN 9788502136847. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136847/>. Acesso em: 5 mai. 2023.

ROSA, Conrado Paulino. **Planejamento sucessório teoria e prática**. 1ª ed. São Paulo. Editora JusPODIVM, 2022.

SANCHES, Patrícia Corrêa. **O futuro é agora**. *Revista IBDFAM*, v.64, p. 5, set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível n. 1119688-66.2019.8.26.0100**. Apelante: Elza Parecida Silva de Lima Amorim. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Rel. Des. Francisco Casconi, julgado em 09 mar. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI0064YSC0000#>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SCHMIDT, Luiz. **Neymar é o novo embaixador do PES 2022 e deve estampar capa do jogo**. *Adrenaline.com*, 20 jul. 2021. Disponível em: <https://www.adrenaline.com.br/games/neymar-e-o-novo-embaixador-do-pes-2022-e-deve-estampar-capa-do-jogo/>. Acesso em: 12 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 6**. São Paulo. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993788/>. Acesso em: 17 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil. Volume Único**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646999. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646999/>. Acesso em: 13 mai. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.); TERRA, Aline de Miranda Valverde. et al. **Herança digital Controvérsias e alternativas**. São Paulo. Editora Foco, 2021.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v.5. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774715. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774715/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CAPÍTULO II

AS RELAÇÕES TRABALHISTAS PARA OS PRATICANTES DA UMBANDA NO BRASIL: NÃO DISCRIMINAÇÃO, LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Renata e Silva Brito²; Márcio Bonini Notari³.
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-02

RESUMO: O estudo analisa as relações de trabalho envolvendo praticantes da Umbanda, destacando a ausência de vínculo empregatício nos terreiros e a recorrente discriminação sofrida por umbandistas no mercado formal de trabalho. Fundamentado na Constituição Federal, no Direito do Trabalho e em tratados internacionais de direitos humanos, o texto evidencia que a intolerância religiosa contra religiões de matriz africana configura violação à dignidade da pessoa humana e expressão de racismo estrutural. A partir da análise normativa, doutrinária e jurisprudencial, especialmente de decisões do TRT, conclui-se pela necessidade de proteção efetiva aos trabalhadores, garantindo liberdade religiosa, igualdade material e ambientes laborais livres de discriminação.

PALAVRAS-CHAVE: Umbanda. Discriminação religiosa. Direito do Trabalho.

LABOR RELATIONS FOR UMBANDA PRACTITIONERS IN BRAZIL: NON-DISCRIMINATION, RELIGIOUS FREEDOM, AND HUMAN RIGHTS IN EMPLOYMENT RELATIONSHIPS

ABSTRACT: The study analyzes labor relations involving practitioners of Umbanda, highlighting the absence of an employment relationship within religious temples and the recurrent discrimination faced by Umbanda followers in the formal labor market. Grounded in the Federal Constitution, Labor Law, and international human rights treaties, the text demonstrates that religious intolerance against Afro-Brazilian religions constitutes a violation of human dignity and an expression of structural racism. Based on normative, doctrinal, and jurisprudential analysis, especially decisions issued by Brazilian Regional Labor Courts, the study concludes that effective protection of workers is necessary to ensure religious freedom, substantive equality, and work environments free from discrimination.

KEYWORDS: Umbanda. Religious discrimination. Labor Law.

2 Graduada em Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho (UNIRON). Pós-graduada em história e cultura afro - brasileira e indígena pela UNINTER. Membro da Composição de Diretores na Câmara Estadual de Posse da Federação de Cultos a Umbanda e Ameríndios do Município de Porto Velho.

3 Docente da Universidade Federal de Rondônia do Campus de Vilhena. Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). E-mail: marciobnotari@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa as relações de trabalho relacionadas à prática da Umbanda, por apresentar particularidades que as distinguem de estruturas laborais formais. A Umbanda, enquanto religião de matriz afro-brasileira, assenta numa organização comunitária, espiritual e voluntária. Os terreiros, casas ou centros não funcionam como instituições empresariais, mas como espaços de culto e assistência religiosa de caráter identitário e espiritual, nos quais as atividades são desempenhadas por líderes religiosos (pais e mães de santo, dirigentes espirituais, entidades) e por médiuns que atuam, em regra, de forma voluntária e, por consequência, sem remuneração.

Muitos praticantes umbandistas enfrentam discriminação no mercado de trabalho, seja por preconceitos contra símbolos religiosos (como guias, roupas brancas ou firmezas espirituais), seja por estigmatização associada às religiões de matriz africana. Tais situações podem manifestar-se através de assédio moral, dificuldade de conciliação entre horários laborais e obrigações religiosas ou mesmo represálias explícitas motivadas por intolerância.

A Constituição Federal de 1988 e as convenções de direitos humanos consagraram a liberdade religiosa como direito inviolável, garantindo que nenhum cidadão pode ser privado de direitos por motivo de crença. A Consolidação das Leis do Trabalho e legislações específicas reforçam a vedação à discriminação. Contudo, o nosso cotidiano revela conflitos e tensões persistentes que tornam necessária uma análise crítica da efetividade dos direitos humanos e constitucionais no âmbito da relação de emprego. Eis o objeto do presente trabalho.

A DIGNIDADE HUMANA E ALGUNS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição estabelece princípios estruturantes que orientam a proteção do trabalhador umbandista. O art. 1º, III, apresenta a dignidade da pessoa humana como eixo normativo. O art. 3º, IV, impõe a erradicação do preconceito como objetivo fundamental. O art. 5º, VI, garante liberdade de crença e culto, e o art. 5º, XLI, determina punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana constitui qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Nesse aspecto, na visão do autor a dignidade humana constitui o centro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro e deve orientar a interpretação de todos os direitos fundamentais. Isso significa que o Direito do Trabalho não pode tolerar práticas que exponham o trabalhador a humilhações ou privações motivadas pela sua identidade religiosa, sob pena de esvaziamento do próprio sentido protetivo da legislação laboral⁴.

Segundo Maurício Godinho Delgado, a relação de emprego exige a presença simultânea de cinco elementos: *pessoalidade, habitualidade, onerosidade, subordinação e pessoa física*. A ausência de qualquer desses requisitos impede a caracterização de vínculo laboral. Na Umbanda, ainda que haja habitualidade e pessoalidade, não se verifica a onerosidade — uma vez que não há remuneração — nem a subordinação típica, entendida por Delgado como um poder diretivo jurídico e disciplinar com finalidade produtiva e econômica⁵.

O artigo Intolerância religiosa nas relações de trabalho: proteção ao povo de Santo, disponível no repositório JusLaboris do Tribunal Superior do Trabalho, constitui uma das produções acadêmicas mais relevantes sobre a interação entre liberdade religiosa, discriminação estrutural e tutela trabalhista das religiões de matriz africana. A obra examina o fenômeno da intolerância religiosa como expressão do racismo estrutural e destaca a necessidade de o Direito do Trabalho assumir uma postura ativa na proteção das identidades religiosas afrodiáspóricas — frequentemente invisibilizadas ou estigmatizadas no ambiente laboral.

Entre os contributos mais significativos do artigo está a análise do Processo TRT-10 nº 01786-2013-016-10-00-6⁶, que se tornou um marco na jurisprudência brasileira sobre discriminação religiosa no trabalho. O caso envolveu uma trabalhadora adepta de

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

5 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 279.

6 SANTOS, Naína de Oliveira. Intolerância religiosa nas relações de trabalho: proteção ao povo de santo. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/130416>. Acesso em 05.dezembro de 2025.

religião de matriz afro-brasileira que sofreu práticas recorrentes de assédio moral, hostilidade e desvalorização no ambiente de trabalho em razão da sua crença.

No processo número 01786-2013-016-10-00-6, TRT-10, julgado em primeira instância pelo Magistrado Luiza Fausto Marinho de Medeiros e em sede de recurso teve como relator Maria Regina Machado Guimarães, é possível analisar com maior profundidade a ocorrência, no caso concreto, desse tipo de conflito entre o poder diretivo do empregador e a liberdade de crença do empregado. Segundo consta nos autos, a Autora foi vítima de despedida sem justa causa motivada por circunstâncias discriminatórias de cunho religioso, dado o fato de a ela terem sido atribuído os caracteres de “Macumbeira” e “Mão de Santo” por colega de profissão (coordenadora do colégio o qual a Autora era professora). A partir disso, foi vítima de constrangimento pelos demais colegas. A Autora sustenta ainda, afirmação reiterada por testemunhas, que foi questionada pela empregadora sobre a verdade dos boatos acerca de suas práticas religiosas e, mediante confirmação, seria despedida⁷.

A decisão do Tribunal reconheceu que a conduta patronal violava a liberdade de crença e a liberdade de manifestação religiosa (art. 5.º, VI, da Constituição Federal); o comportamento hostil configurava assédio moral, pois submeteu a trabalhadora a constrangimentos reiterados, baseados em preconceito religioso e, por fim, a discriminação motivada por religião é equiparável a outras formas de racismo e viola a dignidade da pessoa humana, fundamento da ordem constitucional e do Direito do Trabalho.

O acórdão reforça que a proteção jurídica contra o assédio e a discriminação deve assumir contornos ainda mais intensos quando se trata de tradições religiosas afro-brasileiras — como Umbanda, Candomblé e demais ramificações — que sofrem com efeitos históricos e persistentes de estigmatização social. O Tribunal sublinhou que a omissão patronal em cessar práticas de intolerância constitui falha grave no dever de manter um ambiente de trabalho saudável, inclusivo e isento de perseguições religiosas.

DIREITOS HUMANOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Do total de ocorrências contabilizadas entre 2012 e 2015, mais de 70% das denúncias foram realizadas por praticantes de religiões de matriz africana, que relataram

7 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10.ª Região. Relatora: Maria Regina Machado Guimarães. Julgado em 2015. Disponível em: <https://www.trt10.jus.br>. Acesso em: 6 dez. 2025.

situações de violência física, simbólica ou psicológica. Esse dado confirma um padrão amplamente reconhecido por pesquisadores das áreas do direito, sociologia e antropologia: as religiões afro-brasileiras — como Umbanda e Candomblé — são desproporcionalmente afetadas por práticas discriminatórias, refletindo a persistência do racismo religioso no país⁸.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)⁹, em seu artigo 18, estabelece que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, incluindo a liberdade de manifestar sua crença individual ou coletivamente, em público ou em privado. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 592/1992, reforça essa proteção ao proibir qualquer forma de coerção que restrinja o exercício da religião.

Na esfera trabalhista, tem-se a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 62.150/1968¹⁰ — define discriminação como qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada, entre outros fatores, na religião, que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e na profissão. Assim, estabelece padrões internacionais vinculantes para a proteção de trabalhadores contra práticas discriminatórias no acesso, manutenção e progressão no emprego.

A Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença (1981) aprofunda essa compreensão ao determinar que nenhum indivíduo pode ser submetido a coerção, restrição, perseguição ou discriminação por motivo religioso, incluindo situações no contexto do trabalho, da educação, do espaço público e das instituições estatais. Hédio Silva Júnior¹¹ e Sidnei Nogueira¹² destacam que a perseguição a religiões afro é

8 IHU Unisinos. Por que as religiões afro-brasileiras são principal alvo de intolerância no Brasil? 24 jan. 2016. Disponível em: <https://ihu.unisinos.br/noticias/551101-por-que-as-religoes-afro-brasileiras-sao-principal-alvo-de-intolerancia-no-brasil?>. Acesso em: 05 de dezembro de 2025.

9 BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. (DUDH). Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 05 de dezembro de 2025.

10 BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, 1958. Ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Disponível em: <https://www.ilo.org>

11 SILVA, Hédio. Intolerância religiosa e racismo no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2018, p. 45.

12 NOGUEIRA, Sidnei. Intolerância Religiosa – Um Crime de Ódio. São Paulo: Jandaíra, 2020, p. 88-91.

manifestação de racismo estrutural, conectando identidade religiosa, étnica e cultural¹⁴. O trabalho, como espaço de reprodução social e simbólica, torna-se palco de reforço das desigualdades históricas, sendo o enfrentamento jurídico essencial para assegurar direitos fundamentais e igualdade material.

No campo laboral, a Lei 9.029/1995 e a CLT (especialmente o art. 373-A, VI) proíbem práticas discriminatórias em razão de religião, assegurando reparação integral e reintegração quando o trabalhador é prejudicado por motivos religiosos. O Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) dedica dispositivos específicos à proteção das tradições afro-brasileiras, reconhecendo sua importância cultural e a necessidade de políticas públicas que garantam a liberdade de culto, a preservação dos terreiros e a prevenção à intolerância religiosa (arts. 23 a 26).

Esse tipo de discriminação manifesta-se de diversas formas no ambiente de trabalho, a partir de algumas práticas, tais como: a) proibição do uso de símbolos religiosos afro (guias, fios de conta, abebês, ekodidé); b) negação de folgas ou ajustes para práticas litúrgicas; c) assédio moral motivado por crença religiosa; d) tratamento depreciativo, uso de estereótipos ou associação dos cultos a “magia”, “malefício”, “coisa do demônio”; e) dispensa discriminatória, quando o empregador utiliza a religião como fator de exclusão direta ou indireta.

Segundo Silvio Almeida, o racismo deve ser compreendido como um fenômeno estrutural, ou seja, não se limita a atitudes individuais de preconceito, mas se manifesta em normas, práticas institucionais e relações sociais que reproduzem desigualdades históricas. Aplicando essa perspectiva ao contexto religioso, especialmente contra trabalhadores adeptos de Candomblé, Umbanda e demais tradições afro-brasileiras, é possível identificar o que se denomina racismo religioso estrutural: práticas discriminatórias que atravessam o ambiente laboral, institucional e cultural, mesmo sem a existência de intenção explícita de prejudicar o indivíduo.¹³

13 ALMEIDA, Silvio. Racismo Estrutural. São Paulo: Pólen Livros, 2019, p. 27-35.

CONCLUSÃO

A religião de Umbanda e as linhas de matriz africana historicamente marcadas por um passado de perseguição, criminalização e estigmatização histórica e social, ao menos em realidade brasileira, encontra no ambiente de trabalho um terreno fértil para a reprodução de práticas violentas ligadas ao racismo religioso, tais como, ridicularização de guias e objetos de culto, proibição de símbolos religiosos, comentários depreciativos, impedimentos para conciliar horários rituais e outras formas de exclusão simbólica e material.

A discriminação contra trabalhadores de religiões afro-brasileiras viola frontalmente a Constituição, a legislação trabalhista, o Estatuto da Igualdade Racial e tratados internacionais de direitos humanos. Por sua natureza interseccional — articulando religião, etnia e cultura — tal discriminação deve ser compreendida como prática de racismo estrutural, exigindo do Estado, das empresas e do Judiciário respostas firmes. No ambiente de trabalho, a proteção contra a intolerância religiosa afro é componente indissociável do direito fundamental à igualdade, à liberdade religiosa e ao trabalho digno.

Diante disso, torna-se importante proteger os trabalhadores umbandistas de práticas discriminatórias e vexatórias, garantindo a centralidade da diversidade e da igualdade racial na conformação das relações laborais apta a reconhecer que a promoção de ambientes profissionais inclusivos depende da afirmação de políticas antidiscriminatórias, da responsabilização institucional e da incorporação de práticas empresariais que enfrentem o racismo religioso como um fenômeno estrutural e permanente no ambiente de trabalho, assim como, qualquer prática discriminatória fomentada em razão da raça, cor, sexo, idade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. (DUDH)**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 05 de dezembro de 2025.

BRASIL. **Organização Internacional do Trabalho**. Convenção nº 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, 1958. Ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Disponível em: <https://www.ilo.org>. Acesso em: 05 de dezembro de 2025.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região**. Relatora: Maria Regina Machado Guimarães. Julgado em 2015. Disponível em: <https://www.trt10.jus.br>. Acesso em: 6 dez. 2025.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

IHU Unisinos. **Por que as religiões afro-brasileiras são principal alvo de intolerância no Brasil?** 24 jan. 2016. Disponível em: <https://ihu.unisinos.br/noticias/551101-por-que-as-religioes-afro-brasileiras-sao-principal-alvo-de-intolerancia-no-brasil>. Acesso em: 05 de dezembro de 2025.

NOGUEIRA, Sidnei. **Intolerância Religiosa – Um Crime de Ódio**. São Paulo: Jandaíra, 2020.

SANTOS, Naína de Oliveira. **Intolerância religiosa nas relações de trabalho: proteção ao povo de santo**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/130416>. Acesso em 05. dezembro de 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Hédio. **Intolerância religiosa e racismo no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2018.

CAPÍTULO III

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS À FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA: ANÁLISE DO TEMA 1046 DO STF E DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº 27 DA CORTE IDH

Bruno Petermann Choueiri Bugalho¹⁴.
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-03

RESUMO: O presente artigo analisa os limites constitucionais e convencionais à flexibilização dos direitos trabalhistas no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção aos parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1046 de repercussão geral e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 27. A Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) instituiu a prevalência do negociado sobre o legislado mediante os artigos 611-A e 611-B da CLT, suscitando questionamentos quanto à sua constitucionalidade e convencionalidade. O STF, ao julgar o Tema 1046, validou a possibilidade de limitação ou afastamento de direitos trabalhistas não constitucionais via negociação coletiva, desde que preservados os direitos absolutamente indisponíveis, categoria cujos contornos precisos permanecem objeto de debate doutrinário e jurisprudencial. Paralelamente, a Corte IDH, na Opinião Consultiva nº 27, estabeleceu que a negociação coletiva deve primordialmente ampliar direitos, não reduzi-los, reafirmando a natureza de direitos humanos dos direitos trabalhistas e a necessidade de preservação de um núcleo essencial intangível. O controle de convencionalidade impõe-se como instrumento hermenêutico inafastável na delimitação dos limites à flexibilização, considerando o status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O artigo demonstra que a flexibilização, embora excepcionalmente admissível mediante justificativa concreta e proporcionalidade, não pode ser utilizada como mero instrumento de redução de custos empresariais ou maximização de lucros, devendo respeitar o patamar civilizatório mínimo. Conclui-se que o princípio da proteção ao trabalhador permanece como regra fundamental do Direito do Trabalho, e que os limites constitucionais e convencionais à flexibilização devem ser interpretados de forma a preservar a dignidade humana e o trabalho como direito fundamental e expressão da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Limites à flexibilização trabalhista. Tema 1046 STF. Opinião Consultiva 27 Corte IDH. Direitos absolutamente indisponíveis. Controle de convencionalidade.

14 Chefe da Assessoria Jurídica do 5º Ofício Geral da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho (2017) e mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (2023), na área de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

**CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL LIMITS TO LABOR
FLEXIBILIZATION: ANALYSIS OF BRAZILIAN SUPREME COURT
GENERAL REPERCUSSION THEME 1046 AND INTER-AMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS ADVISORY OPINION Nº 27**

ABSTRACT: This article examines the constitutional and conventional limits to the flexibilization of labor rights in the Brazilian legal system, with particular attention to the parameters established by the Brazilian Supreme Court in General Repercussion Theme 1046 and by the Inter-American Court of Human Rights in Advisory Opinion No. 27. The Labor Reform (Law 13.467/2017) instituted the prevalence of negotiated terms over statutory provisions through Articles 611-A and 611-B of the Labor Code, raising questions about its constitutionality and conventionality. The Supreme Court, when judging Theme 1046, validated the possibility of limiting or removing non-constitutional labor rights through collective bargaining, provided that absolutely inalienable rights are preserved, a category whose precise contours remain subject to doctrinal and jurisprudential debate. Simultaneously, the Inter-American Court, in Advisory Opinion No. 27, established that collective bargaining should primarily expand rights, not reduce them, reaffirming the human rights nature of labor rights and the need to preserve an intangible essential core. Conventionality control is imposed as an unavoidable hermeneutic instrument in delimiting the limits to flexibilization, considering the supralegal status of international human rights treaties ratified by Brazil. The article demonstrates that flexibilization, although exceptionally admissible through concrete justification and proportionality, cannot be used merely as an instrument to reduce business costs or maximize profits, and must respect the minimum civilizational threshold. It concludes that the principle of worker protection remains the fundamental rule of Labor Law, and that the constitutional and conventional limits to flexibilization must be interpreted in a manner that preserves human dignity and work as a fundamental right and expression of personality.

KEYWORDS: Limits to labor flexibilization. Supreme Court Theme 1046. Inter-American Court Advisory Opinion 27. Absolutely inalienable rights. Conventionality control.

INTRODUÇÃO

As crises econômicas, fenômenos cíclicos do sistema capitalista global, frequentemente reacendem debates sobre a flexibilização das normas trabalhistas. A temática se insere no centro das discussões contemporâneas sobre Direito do Trabalho, especialmente após a implementação da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), sobretudo diante dos artigos 611-A e 611-B da CLT.

O Direito do Trabalho tem como arcabouço fundamental a proteção ao trabalhador, diretriz que constitui seu núcleo axiológico. É premissa elementar que empregado e empregador, partes da relação laboral, não estão posicionados de forma

equânime no pacto de trabalho, o que inviabiliza a negociação justa e paritária das cláusulas contratuais. O empregado, parte economicamente mais fraca, frequentemente se vê premido a submeter-se a condições potencialmente abusivas a fim de salvaguardar sua subsistência.

Tal conjuntura requer a intervenção do Estado para imposição de regras mínimas voltadas a equalizar esta relação iníqua, buscando a igualdade substancial e a convalidação da dignidade da pessoa humana. Tal premissa consubstancia o princípio da proteção ao trabalhador, conforme ensina Américo Plá Rodriguez:

O Princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central aparece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes, conforme ensina Américo Plá Rodriguez.¹⁵

O artigo tem por objetivo identificar e analisar os limites constitucionais e convencionais à flexibilização trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, examinaremos os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 1046 de repercussão geral, que reconheceu a constitucionalidade da negociação coletiva *in pejus* desde que preservados os direitos absolutamente indisponíveis. Ainda, estudaremos as diretrizes fixadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 27, que reafirmou a natureza de direitos humanos dos direitos trabalhistas e estabeleceu que a negociação coletiva deve primordialmente ampliar, não reduzir, direitos.

A partir da análise conjunta desses marcos normativos e jurisprudenciais, buscaremos delimitar o núcleo essencial de proteção que não pode ser afetado pela flexibilização, aplicando os instrumentos do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade para verificar a compatibilidade das disposições da Reforma Trabalhista com o ordenamento jurídico interno e com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

15 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do trabalho. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E O SURGIMENTO DA FLEXIBILIZAÇÃO

A história da regulação das relações laborais se confunde com a própria evolução do capitalismo industrial. Durante séculos, as interações entre capital e trabalho foram dominadas por uma lógica puramente contratual, baseada na suposta autonomia das partes e livre pactuação de condições. Esse paradigma, entretanto, mostrou-se insuficiente para equilibrar as forças naturalmente desiguais presentes nas relações de trabalho.

No contexto das transformações sociais e econômicas do século XIX, emergiram as primeiras legislações protetivas como resposta às mazelas sociais provocadas pela industrialização desenfreada. O surgimento dessas normas não representou mera concessão estatal, mas o resultado de intensas mobilizações da classe trabalhadora, que gradualmente conquistou reconhecimento jurídico para suas reivindicações de condições mais dignas de labor.

A intervenção estatal nas relações de trabalho foi uma conquista gradual dos trabalhadores, após períodos de vasta tribulação de direitos. Durante séculos vigorou a autonomia da vontade das partes e, conseqüentemente, prevalecia a vontade da parte mais forte: o empregador. O Estado mantinha-se absenteísta, inspirado nos princípios do *laissez faire, laissez passer*, e na máxima de que “o contratado era o justo”

Nesse sentindo, Camino leciona:

No falso pressuposto da igualdade entre os homens e conseqüentemente liberdade para contratar, os trabalhadores foram explorados à exaustão e submetidos à condição aviltante. A desigualdade econômica, ignorada pelo Estado absenteísta, inspirada nos princípios do *laissez faire, laissez passer*, do “o que é contratual é justo” gerou situação de miséria sem precedentes para a classe operária que, explorada e faminta, iniciou movimento ascendente de grandes proporções, impulsionada pelo sentimento de solidariedade que é próprio dos oprimidos.¹⁶

O absenteísmo do Estado e a ausência de normas trabalhistas logrou espaço à superexploração do homem, onde se atendiam apenas os âmagos dos economicamente fortes. No capitalismo absenteísta visava-se única e exclusivamente o lucro. A classe operária era submetida a jornadas exaustivas, péssimas condições de trabalho,

16 CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 3º ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Síntese, 2003. p 33.

subempregos, miserabilidade e desguarnecia de quaisquer perspectivas de melhoras. O homem era tratado como um meio, não como um fim.

Immanuel Kant em valorosa lição disciplina que: “Os seres racionais estão todos sujeitos à lei, em virtude da qual cada um deles nunca deve tratar-se a si e aos outros como puros meios, mas sempre e simultaneamente como fins em si”.¹⁷ O princípio kantiano é fundamento ético essencial do Direito do Trabalho.

Ao versar sobre a imposição do “direito do mais forte”, Rousseau afirmava que era impossível se falar em direito, pois a autoridade não advinda da força, mas sim da adequação proporcional aos anseios dos homens. Tais buscas premiam por um pacto social, que ao abrirem mão de sua autonomia, depositariam o ônus de regular a vida em sociedade a um ente fictício, o Estado.

O mais forte nunca o é bastante para ser sempre amo, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever. (...) A força é um poder físico; não vejo que moralidade pode resultar dos seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade, é, entretanto, um ato de prudência. (...) Convenhamos, pois, em que a força não constitui um direito e que não somos obrigados senão aos poderes legítimos. (...) No Estado onde vigora o “direito do mais forte”, o homem não tem certeza do presente, quicá perspectivas para o futuro. Não há regras, não há limites e não há segurança. Manda quem “pode mais”, se sujeita quem “podem menos”. Em síntese, o homem, a despeito de sua racionalidade (dignidade), está à própria sorte, dependendo unicamente de suas aptidões pessoais.¹⁸

Com a massificação do trabalho, sobretudo após a migração dos trabalhadores camponeses para as grandes produções industriais nos centros urbanos, houve a percepção que coletivamente estes detinham mais poderes do que individualizados. Contexto que eclodiu diversas manifestações. A classe obreira uniu forças para enfrentar os abusos cometidos pelos empregadores. Buscaram-se melhores condições de trabalho e exigiu do Estado uma postura intervencionista, compreendida na concepção do dever estatal de proteção dos seus.

17 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1964. p. 91.

18 ROUSSEAU, Jean-Jacques, O contrato social. Tradução de Antonio P. Machado. 19º ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 28-29.

Nessa acepção, disserta o saudoso jurista Segadas Vianna:

Cabe neste caso ao Estado intervir para proteger os fracos. O dever que cada particular não cumpre em relação ao próximo, e a que, em todo o caso, a lei não pode obrigá-lo, pertence ao Estado cumpri-lo em nome de todos e, quando passa a ser um dever do Estado, torna-se um direito para quem se beneficia dele.¹⁹

Notórios avanços foram obtidos por meio de movimentos operários, em especial aqueles ocorridos em meados do século XIX, momento de surgimento do Direito do Trabalho. Ocasão que se conferiu o caráter público às relações de esfera privada num modelo que preconizava a separação entre Estado e sociedade. A partir de então desenvolveu-se o *Welfare State*, o qual exigia a intervenção estatal nas relações contratuais para tutelar a parte hipossuficiente. Protegia, assim, os trabalhadores das leis de mercado, impulsionado por pressões da sociedade operária, relações internacionais e Igreja.²⁰

Importante destacar que o Direito do Trabalho foi o primeiro ramo a estabelecer normas de ordem pública, ou seja, aquelas de caráter cogente, irrenunciáveis. As vantagens no plano jurídico compensam a inferioridade fática presente nos contratos de trabalho. Por estas se objetiva a proteção dos empregados contra a força econômica do empregador, garantindo, sobretudo, a dignidade aos trabalhadores.²¹

[...] a dignidade humana, numa visão, não comporta escalas ou patamares, já que são, muito embora os homens sejam, de fato, materialmente desiguais, no plano da sua dignidade não o são. Então, a dignidade não pode ser vista como uma concessão, uma tolerância de uma pessoa para com outra, mas sim como um elemento presente em todas as pessoas, que as tornam destinatárias de igual respeito.²²

Nesta linha, a da ideologia da valoração do trabalho e da dignidade da pessoa humana, o filósofo Friedrich W. Nietzsche, em um de seus mais notórios ensinamentos, preconizou o brocardo de que a “profissão era a espinha dorsal da vida”.²³ Em preceito semelhante, ressaltam-se as famigeradas palavras do mestre Rui Barbosa:

19 VIANNA, Segadas. O regime democrático e o direito civil moderno; Instituições do Direito do Trabalho V. I. São Paulo: 1937. p. 41.

20 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 21-22.

21 GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009. p. 13.

22 Idem, p. 55.

23 A questão social e política do Brasil. Conferência Pronunciada no Teatro Lírico do Rio de Janeiro em 20/03/1919. Rio de Janeiro, 1919. p. 11.

O trabalho não é castigo: é a santificação das criaturas. Tudo o que nasce do trabalho é bom. Tudo o que se amontoa pelo trabalho é justo. Tudo que o que se assenta no trabalho é útil. Por isso, a riqueza, por isso, o capital que emanam do trabalho são, como ele providenciais; como ele necessários, benfazejos como ele. Mas, já que do capital e da riqueza é manancial o trabalho, ao trabalho cabe a primazia incontestável sobre a riqueza e o capital.²⁴

Pautados nos ideais do *Welfare State*, o estado do bem-estar social, houve vasta gama legislativa à proteção dos trabalhadores. Em especial, a partir de movimentos sociais como a Revolução Industrial, o Ludismo²⁵ e o Cartismo²⁶, em que se culminou a consciência coletiva da classe operária (germinação das entidades sindicais). Nesta época surgiram importantes documentos em defesa dos trabalhadores, como o Peel's Act (1802), o Bill Alberdeen (1845), o Manifesto Comunista (1848) e a Encíclica Rerum Novarum (1891).

Por conseguinte, no período pós Primeira Guerra Mundial foi criada a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (1919), organismo voltado à defesa dos trabalhadores. Outrossim, elevou-se os direitos trabalhistas a nível constitucional; primeiramente no México em 1917 e posteriormente pela antiga República de Weimar em 1919. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar expressamente sobre o Direito do Trabalho.

A respeito da positivação do direito em nível constitucional destaca-se as lições de Wagner Balera: “O direito constitucional positivo é a expressão máxima dos valores considerados importantes, defensáveis e indispensáveis para a vida e o desenvolvimento da sociedade”.²⁷

Hodiernamente, há um vasto rol de direitos trabalhistas. No Brasil a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) compilou a legislação trabalhista vigente à época (1943). Foram elaboradas diversas leis sobre o tema, tais como a LC n° 150/2015 (domésticos), a Lei n° 5.889/1973 (rural), a Lei n° 6.019/1974 (temporário), a Lei n° 7.703/1989

24 A questão social e política do Brasil. Conferência Pronunciada no Teatro Lírico do Rio de Janeiro em 20/03/1919. Rio de Janeiro, 1919. p. 11.

25 Movimento de trabalhadores que repudiavam a automação do trabalho gerada pela Revolução Industrial, a qual culpavam pelas péssimas condições de vida à época.

26 Expressão que faz referência a “Carta do Povo”, documento que reivindicava direitos à classe proletariada.

27 BALERA, Wagner. O valor social do trabalho - Revista LTr, v 58. São Paulo: LTr, 1994. p. 1167.

(greve), entre outras. Ainda, o tratamento constitucional foi mantido e aprimorado pela Constituição Federal de 1988, em especial, em seu capítulo II.

Dessarte, é saliente a evolução das relações trabalhistas. Em um primeiro momento era sobrepujada a autonomia da vontade das partes e a não intervenção estatal nas relações privadas. As reivindicações dos obreiros, a intervenção do Estado, a regulamentação de leis trabalhistas e a primazia da dignidade da pessoa humana esvaíram a postura absenteísta do Estado. Evolução que deu origem a era da publicização dos direitos e do bem-estar social, em que são garantidos uma gama de direitos fundamentais mínimos aos trabalhadores.

A respeito, Vólia Bomfim Cassar, disciplina a matéria:

O direito do trabalho reflete todo o pioneirismo do papel ativo do Estado priorizando o bem-estar social dos trabalhadores, intervindo nas relações privadas para pacificação das lutas de classes, tornando um direito, até então privado e individualista, em um direito voltado para o bem-estar social mínimo garantido aos trabalhadores, já que impõem regras básicas para o contrato de trabalho, dando uma feição de direito público a um direito privado, daí a publicização do direito. [...] A garantia de direitos mínimos ao trabalhador faz parte de um conjunto de valores humanos civilizatórios (mínimo existencial), que encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente como maior patrimônio da humanidade.²⁸

Têm sido crescentes movimentos que refutam o grande contingente tutelar das normas trabalhistas, sobretudo, a intervenção estatal na esfera privada (paternalismo estatal). Dentre estes, destaca-se o neoliberalismo.²⁹ Por esta ideologia entende-se que os trabalhadores estão maduros e amparados o suficiente para negociarem diretamente com o empregador, inexistindo a premissa que amparava o Welfare State. O seu condão

28 CASSAR, op.cit. 2014. p. 26.

29 [...] segundo os economistas neoliberais, a modernização e o desenvolvimento econômico dos países dependem apenas da capacidade dos governos de reformarem as estruturas econômicas de seus países com vistas a adaptá-los ao mundo globalizado, ou seja, é imprescindível realizar as seguintes reformas econômicas: abrir a economia à concorrência internacional, propiciar ampla liberdade de movimento ao capital, desregular os mercados internos, em especial o mercado de trabalho, e realizar uma ampla privatização das empresas estatais. Em outras palavras, as reformas econômicas devem ser feitas de forma a permitir a maior liberdade possível ao capital em sua busca do lucro máximo. Se isso for feito, o resultado será o de elevar o crescimento econômico, reduzir o desemprego, eliminar os desequilíbrios no comércio internacional, estabilizar os preços e o próprio sistema econômico – ou seja, criaremos as condições básicas para termos uma economia próspera e eficiente”. MALDONADO FILHO, Eduardo. Globalização e neoliberalismo: o surgimento do novo ou a volta ao passado? In: CARRION, Raul K. M.; VIZENTINI, Paulo G. Fagundes (Org.). Globalização, neoliberalismo, privatizações: quem decide este jogo? 2. ed. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, 1998, p. 23.

principal é a reestruturação das “inflexíveis” normas trabalhistas e primazia do negociado em detrimento do legislado.

De forma ainda mais rígida, há movimentos que apontam para a total “desregulamentação”³⁰, isto é, ausência total de normas trabalhistas e adoção das regras de livre mercado, sem qualquer tipo de intervenção estatal nas relações de trabalho.

Tempos de crise econômica são, via de regra, momentos de extenuação de direitos trabalhistas. O trabalhador, hipossuficiente, é o maior afetado por tal conjuntura, submetendo-se a condições desfavoráveis, subempregos, temores e, até mesmo, desemprego.

Todavia, mesmo que indiretamente, os trabalhadores acabam atingidos pelo empreendimento enfermo, sendo colocada em xeque a sua fonte de subsistência. Posto isto, argumenta-se que a manutenção da saúde da empresa seria vantajosa para ambas as partes. Faz-se necessário, no entanto, questionar se os instrumentos de flexibilização efetivamente promovem um equilíbrio adequado entre interesses estruturalmente distintos: o legítimo interesse no lucro do empregador e o igualmente legítimo interesse nas condições dignas de vida do empregado. A convergência em torno da manutenção do emprego deve ser cuidadosamente examinada para que não resulte em distribuição desproporcional de sacrifícios.

Impulsionada pela globalização e as políticas do neoliberalismo, surge a “flexibilização”. Ideologia que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual. Tal prática pauta-se em baratear a mão-de-obra e o custo da produção, com objetivo de aumentar a competitividade e direcionar o Estado à retomada do crescimento econômico.

Catharino ressalta importantes ensinamentos sobre a flexibilização:

Tratando-se de um fenômeno recente (começado na década de 80), e estando em expansão, ainda é muito difícil defini-lo, tanto que Eduardo

30 [...] a desregulamentação do Direito do Trabalho, que alguns autores consideram uma das formas de flexibilização, com esta não se confunde. A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. Precisamente porque há leis é que determinados preceitos devem ser flexíveis ou estabelecer fórmulas alternativas para a sua aplicação. SILVA, Reinaldo Pereira e. O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil. São Paulo: LTr, 1998. p. 74.

J. Ameglio preferiu falar da 'ideia de flexibilidade'. Entretanto, admite para dar conteúdo jurídico 'a esta ideia', valer-se da opinião de autores espanhóis que consideraram ser 'a flexibilidade', basicamente, capacidade de adaptação do regime normativo e do das instituições à vontade unilateral ou bilateral das partes da relação de trabalho. Mais ainda, considera que 'a flexibilidade significa fundamentalmente adequação da normativa laboral e concomitantemente uma diversificação dos níveis de proteção que brinda a seguridade social'.³¹

Vale ressaltar que flexível é o que não é rígido, aquilo que se adapta ao meio no qual subsiste. Flexibilizar para o direito do trabalho é diminuir a rigidez de algumas normas por meio de negociação coletiva ou até mesmo por condições dispostas na própria lei. Para tal instituto, prioriza-se o negociado em detrimento do legislado.

A exemplo de flexibilização é possível citar diversos dispositivos, dentre os quais alguns estão expressos no próprio texto constitucional, como o art. 7º, VI, XIII e XIV da CRFB/88. Por dispositivo infraconstitucional, a Lei 13.189/2015 - que institui o Programa de Proteção ao Emprego (PPE) -, a Lei 14.020/2020 - que instituiu medidas trabalhistas excepcionais para enfrentamento da pandemia da COVID-19 -, até mesmo inserções na Consolidação das Leis do Trabalho, conforme preceitua o art. 58-A, §2º da CLT, que possibilitou a adoção da jornada por tempo parcial em contratos já vigentes, sendo um exemplo de flexibilização existente mesmo antes da Reforma Trabalhista de 2017, e, ainda, a contenda denúncia da Convenção 158 da OIT.

Em síntese, a flexibilização de direitos trabalhistas consiste em um conjunto de mecanismos e medidas destinados a compatibilizar as mutações decorrentes dos fatores de ordem econômica, tecnológicas ou diversas ao contrato de trabalho. É mais interessante ao empregado, desde que de forma efêmera e justificada, flexibilizar alguns direitos, do que perder efetivamente seu emprego. No entanto, tal perspectiva merece análise crítica, pois pode naturalizar a falsa dicotomia entre precarização e desemprego, quando políticas econômicas e sociais alternativas poderiam preservar simultaneamente os direitos e os postos de trabalho.

Evidente que para aplicação de tal instituto sejam utilizados critérios como a proporcionalidade, razoabilidade, adequação e, sobretudo, excepcionalidade. Evitando assim, retroceder ao status quo ante, no qual prevalecia a autonomia da “vontade das

31 CATHARINO, José Martins. Neoliberalismo e sequência. São Paulo: LTr, 1997. p. 47.

partes” e o absenteísmo estatal. Ambiente propício a abusos de direito e violação da dignidade da pessoa humana.

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO

Ante as considerações precípua, a flexibilização tem sido apresentada como possível instituto para defrontar cenários de declínio econômico, embora deva ser analisada com cautela quanto a seus reais efeitos na relação empregatícia. O instituto, que tende a beneficiar primordialmente o empregador, não é e não pode ser ilimitado, encontrando necessárias restrições no ordenamento jurídico, especialmente diante do princípio da proteção ao trabalhador e seus subprincípios: da norma mais favorável, da condição mais benéfica e *in dubio pro operário*.

Em contrapartida, a Constituição de 1988 possibilitou expressamente, em seu artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV³², a flexibilização de direitos trabalhistas no exercício da autonomia privada coletiva. Trata-se de hipóteses constitucionais de alteração *in pejus* do contato de trabalho. Outrora, a negociação coletiva visava apenas à melhoria das condições de trabalho. Isto ilustra o brocardo que não há direito fundamental absoluto, tampouco a máxima da proteção ao trabalhador. Exegese que se refere a uma via de mão dupla, em que há limitação tanto à flexibilização como ao princípio da proteção ao trabalhador.

No Brasil há duas espécies de flexibilização. A legal, que preceitua seus limites por disposição expressa da lei - aquiescência do Estado e empregador, sem atuação obreira - *verbi gratia* a Lei 13.429/2017, que viabilizou a terceirização em atividades-fim da empresa, posteriormente validada pelo STF na ADPF 324. E a negocial, que é realizada por meio de negociação coletiva entre os entes sindicais – anseio mútuo entre empregados e empregadores.³³

32 Art. 7º, CF, incisos VI: irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII: duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV: jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

33 CASSAR, op.cit. 2014 p. 37.

Uma das formas de ajuste das normas jurídicas à realidade social é através da negociação coletiva que é a expressão do Estado Democrático de Direito, enquanto meio de diálogo entre os grupos sociais. É um instrumento que procura manter a estabilidade nas relações entre os trabalhadores e empregadores, desempenhando uma função econômica de distribuição de riquezas, em que os sindicatos dos trabalhadores participam das decisões empresariais, permitindo a harmonização do ambiente de trabalho. (...) A negociação coletiva, até 1988, procurava conseguir melhores condições de trabalho ao empregado, mas após 1988 o exercício da autonomia privada coletiva também pode ser utilizado para flexibilizar in pejus os direitos, objetivando ajustar as normas jurídicas à realidade da sociedade capitalista, que se vincula, principalmente, ao desemprego. A flexibilização permite à empresa ajustar-se às flutuações econômicas.³⁴

A negociação coletiva, por essência, é essencialmente transacional, ou seja, por meio dela transacionam-se, mas não se renunciam a direitos. O aplicador da lei deve examinar as possibilidades jurídicas e os elementos fáticos do caso concreto. Flexibilizar sem a devida premência configura ato ilícito na modalidade de abuso de direito (art. 187 do CC), o que enseja a nulidade absoluta do ato praticado, conforme disposto no art. 9º da CLT.³⁵

Empreender tal aferição é árdua tarefa, que poderá ser atenuada pela utilização de métodos hermenêuticos pautados em características próprias dos direitos fundamentais, como a cedência recíproca - que busca a coexistência entre normas fundamentais conflitantes - e a sistematicidade - que traduz a coerência sistêmica do ordenamento jurídico, sem que tais normas se excluam, já que integram um único sistema. Assim, para consumir tais medidas se aplica o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade/utilidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação visa aferir se a medida é adequada ao que se destina, a necessidade/utilidade coteja se a medida será eficaz lesionando o mínimo possível o direito contraposto e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito pondera se ao final ganhou-se mais que perdeu em matéria de fundamentalidade de direitos.

Nesse sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella, ao buscar compatibilizar a flexibilização com o princípio tuitivo deduz da seguinte forma:

34 SAEGUSA, Cláudia Zaneti. A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo, LTr, 2008. p. 75/76.

35 Art. 9º CLT: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

A problemática da compatibilização da flexibilidade com o princípio clássico da proteção e da imperatividade das normas laborais, que é a própria razão histórica e filosófica da existência do direito do trabalho como ciência autônoma, pode ser resolvida através da evolução interpretativa e da ampliação das categorias jurídicas.³⁶

Arnaldo Süssekind elucida que os defensores do *Welfare State* admitem a redução do grau de intervenção, desde que os sistemas se constituam de regras gerais indisponíveis, na qual se estabeleça um nicho mínimo de proteção ao trabalhador pautado em sua dignidade humana. Acrescenta ainda, que a flexibilização deve ser realizada por meio de negociação coletiva e que tenha por objetivo atender as peculiaridades regionais, empresariais e profissionais, visando à preservação da saúde econômica da empresa e de seus empregados.³⁷

Para Sérgio Pinto Martins, os limites à flexibilização das condições de trabalho podem ser analisados conforme sua admissibilidade. Admissíveis são os utilizados apenas em épocas de crise econômica, por prazo determinado, com o intuito de salvaguardar a continuidade da empresa, materializados por negociação coletiva e que se respeitem os ditames constitucionais e legais. Os inadmissíveis são os que ambicionam aumentar lucros da empresa, suprimir direitos trabalhistas garantidos por normas de ordem pública e que violem políticas econômicas do Estado. O Ministro argumenta que o instituto importa sacrifícios ao Estado, com perda na arrecadação de contribuições sociais; empregador, com a diminuição de lucros, mas consequente manutenção dos postos de trabalho; e empregado, com perda temporária de certos direitos, mas viabilidade de se manter empregado.³⁸

Em interpretação restritiva à flexibilização de direitos trabalhistas, Maurício Godinho Delgado observa a existência de duas categorias distintas de direitos, os de indisponibilidade relativa e os de indisponibilidade absoluta. O autor elucida que apenas os primeiros poderiam ser transacionados. Quanto aos de indisponibilidade absoluta, estes estabeleceriam um patamar mínimo civilizatório de direitos intransigíveis. Tal preceito tem fundamento no princípio da adequação setorial negociada.³⁹

36 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo, LTr, 1994. p. 120.

37 A Globalização da economia e o confronto entre os neoliberais e os adeptos do estado social. *Jornal Trabalhista*. Brasília: Consulex, nº 742, 1999. p. 8-9.

38 MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Atlas, 2004. p. 27-28 e 138.

39 Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre

Os direitos de indisponibilidade relativa são passíveis de transação, ou, para alguns autores, até mesmo de renúncia. Esses ostentam caráter privado, envolvendo interesses particulares das partes, suscetíveis de atribuição econômica. Em contrapartida, os de indisponibilidade absoluta concernem direitos indisponíveis, constituído por normas cogentes, independentemente da vontade das partes.

Conforme deduz Godinho, o patamar mínimo civilizatório é formado por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas; “as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressamente um patamar mínimo civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança do trabalho, normas concernentes a bases salariais, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios e etc.)”.⁴⁰

Arion Sayão Romita caracteriza os direitos de indisponibilidade relativa e absoluta de forma diversa:

Não é correta, contudo, a assertiva de que os direitos trabalhistas – do trabalhador individualmente considerado – sejam indisponíveis. O que a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 9º, declara é que são nulos os atos tendentes a desvirtuar, fraudar ou impedir a aplicação das normas de proteção ao trabalho. Nenhum preceito legal estabelece, de antemão, a indisponibilidade dos direitos do trabalhador. (...) É que os direitos do trabalhador admitem uma divisão: direitos absolutamente indisponíveis e os direitos relativamente disponíveis. O art. 9º da CLT não declara indisponíveis os direitos do trabalhador, apenas priva de eficácia o ato do empregador tendente a inviabilizar o gozo dos direitos assegurados por lei ao trabalhador. (...) São absolutamente indisponíveis os direitos de personalidade do trabalhador: honra, intimidade, segurança, vida privada, imagem. Os direitos patrimoniais

certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justabalhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2016. p. 1545/1546.

40 Ibidem. p. 1547.

são plenamente disponíveis, após o término da relação de emprego e apenas relativamente indisponíveis durante a vigência do contrato.⁴¹

Vólia Bomfim Cassar, de forma ainda mais restrita, entende que as normas que contemplam direito são sempre indisponíveis, portanto, insuscetíveis de renúncia ou transação. Somente a lei poderá criar exceções à regra e, ainda assim, de forma absolutamente limitada – como nos casos de normas autônomas – e, desde que, seja comprovada a finalidade de recuperar a saúde econômica da empresa e não acarretar prejuízos aos trabalhadores, consoante ao princípio constitucional da prevalência da norma mais favorável.⁴²

Em preceito semelhante, disciplina Vecchi:

Conforme já assinalado, o art. 7º, caput, da CF de 1988 é explícito em fixar que os direitos ali previstos são mínimos, impondo como somente possível, legitimamente, a previsão de outros direitos que venham a melhorar a condição de vida dos trabalhadores, ficando reforçado o princípio da proibição do retrocesso social. Ora, a cláusula de proibição de retrocesso social, somada à positivação do princípio da norma mais favorável, é uma clara demonstração do sentido que se deu aos direitos fundamentais dos trabalhadores, não cabendo ao legislador infraconstitucional alterar tal direção.⁴³

Há posicionamento jurisprudencial que historicamente defendia a flexibilização de diversos direitos com base na interpretação expansiva das exceções constitucionais. O argumento central era que, se a Constituição Federal autorizava expressamente a redução salarial mediante negociação coletiva (art. 7º, VI, CRFB/88) - considerado o direito de maior relevância devido à sua natureza alimentar - outros direitos também poderiam ser flexibilizados, seguindo a lógica de que 'quem pode o mais, pode o menos'. Esse entendimento foi posteriormente ampliado e reformulado pelo STF no julgamento do Tema 1046, que validou a possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas não constitucionais via negociação coletiva, desde que sejam respeitados os direitos absolutamente indisponíveis, categoria cujos contornos precisos ainda permanecem indefinidos na jurisprudência.

41 ROMITA, Arion Sayão. Prefácio contido no livro de SOUZA, Zoraide Amaral. Arbitragem – Conciliação – Mediação nos conflitos coletivos trabalhistas. São Paulo. LTr, 2004. p. 11-12.

42 CASSAR, op.cit. 2014 p. 39, 208 e 211.

43 VECCHI, Ipojucan Demétrius. Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional. 2 ed. rev. e ampl. Passo Fundo: UPF, 2007. V 1. p. 47.

Na Europa, um novo modelo social tem se destacado, a flexissegurança. Surgida na Holanda e desenvolvida em países como Dinamarca e Suécia, este modelo híbrido preconiza a redução de conflitos entre o protecionismo estatal e a flexibilização de normas trabalhistas. Objetiva-se harmonizar o instituto com o princípio da proteção ao trabalhador, buscando um mercado de trabalho flexível, políticas ativas de mercado, processo de recolocação no emprego (outplacement) e sistema indenizatório vantajoso aos empregados. Tal sistemática é viável apenas em países pequenos, com baixa desigualdade social, o que não é o caso do Brasil, donde a Reforma Trabalhista de 2017 adotou aspectos da flexibilização sem incorporar adequadamente os mecanismos de segurança social compensatórios.⁴⁴

Nesse contexto, afere-se que é complexo delimitar parâmetros à flexibilização de direitos trabalhistas. O que é cediço é que, mesmo após a Reforma Trabalhista e o julgamento do Tema 1046 pelo STF, a flexibilização deve respeitar limites constitucionais e convencionais, realizando-se por meio de negociação coletiva ou por disposição legal e, desde que, realizada de forma efêmera e justificada. A dificuldade persiste, entretanto, na delimitação precisa desses limites, uma vez que o STF, apesar de ressaltar os 'direitos absolutamente indisponíveis' como limite à negociação coletiva, não definiu expressamente quais direitos integrariam essa categoria, deixando margem para interpretações diversas pelos tribunais inferiores e pela doutrina.

Diante deste cenário de incertezas interpretativas, é imperativo que se retorne constantemente às raízes fundantes do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, longe de ser uma mera diretriz hermenêutica, constitui a própria razão de existir deste ramo jurídico especializado e deve servir como critério norteador para a identificação dos limites à flexibilização.

Em última análise, qualquer interpretação que autorize a redução de direitos trabalhistas deve ser submetida ao crivo da preservação da dignidade humana, fundamento constitucional que impõe o reconhecimento do trabalho não como mera mercadoria, mas como expressão da personalidade e meio de realização do ser humano em sua integralidade.

44 GOLDSCHMIDT, op.cit. 2009. p. 145 e 146.

A REFORMA TRABALHISTA (LEI 13.467/2017): NOVO PARADIGMA DA FLEXIBILIZAÇÃO NO BRASIL

Em 2017, o cenário laboral brasileiro passou por significativa transformação com o advento da Lei nº 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, implementada em contexto de crise econômica e política. Entre as principais modificações introduzidas pela reforma, destaca-se a consolidação da prevalência do negociado sobre o legislado, concretizando o ideário da flexibilização das normas trabalhistas por meio da inserção dos artigos 611-A e 611-B na CLT.

O artigo 611-A da CLT estabelece um rol exemplificativo de matérias em que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei, incluindo temas como jornada de trabalho, banco de horas, intervalo intrajornada - respeitado o limite mínimo de 30 minutos -, teletrabalho, regime de sobreaviso, trabalho intermitente, entre outros. O dispositivo representou verdadeira inversão da tradicional hierarquia das normas trabalhistas, que historicamente priorizava a norma estatal sobre a negocial quando mais benéfica, tendo a finalidade do negociado atuar, sobretudo, no vazio da lei.

Em contrapartida, o artigo 611-B da CLT trouxe um catálogo de direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos via negociação coletiva, estabelecendo limites materiais à flexibilização. Entre estes “direitos intangíveis” figuram principalmente aqueles previstos no artigo 7º da Constituição Federal, como salário-mínimo, 13º salário, FGTS, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, normas de saúde, higiene e segurança, entre outros.

No entanto, merece severa crítica a previsão contida no parágrafo único do artigo 611-B da CLT, segundo o qual “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”. Essa disposição representa uma tentativa legislativa de desnaturar o caráter de saúde e segurança das normas sobre jornada e intervalo, artificialmente retirando-as do campo da indisponibilidade absoluta.

Tal dispositivo apresenta flagrante inconstitucionalidade e inconveniência. Em primeiro lugar, afronta diretamente o artigo 7º, XXII da Constituição Federal, que garante aos trabalhadores o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio

de normas de saúde, higiene e segurança”. A limitação da jornada e a garantia de intervalos são reconhecidamente instrumentos de proteção à saúde física e mental do trabalhador, impedindo a fadiga excessiva e reduzindo os riscos de acidentes e doenças ocupacionais.

Além disso, o dispositivo contraria frontalmente a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil, que em seu artigo 4º determina que os Estados-membros devem formular e implementar uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, a qual inclui explicitamente medidas relativas à “organização do trabalho e suas operações”, categoria na qual se enquadram as normas sobre jornada e intervalos.

A aludida Convenção, considerada como princípio fundamental do trabalho (Core Obligation), estabelece uma clara conexão entre duração do trabalho e saúde, segurança e bem-estar dos trabalhadores, o que torna artificiosa e juridicamente insustentável a tentativa legislativa de separar esses elementos. Considerando que as normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil possuem status supralegal, conforme jurisprudência consolidada do STF, o parágrafo único do artigo 611-B da CLT não resiste ao controle de convencionalidade e deve ser interpretado conforme a Constituição e os tratados internacionais, reconhecendo-se a indisponibilidade absoluta das normas sobre duração do trabalho e intervalos enquanto integrantes do núcleo de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

O artigo 611-A, § 2º da CLT dispõe que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em negociação coletiva não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. Pelo teor do dispositivo, não haveria vício em eventual despojamentos de direitos sem indicação de uma contrapartida benéfica aos trabalhadores, compreendendo o benefício aos trabalhadores como algo meramente acessório. No entanto, tal disposição é contrário ao entendimento do Comitê de Liberdade Sindical da OIT:

A negociação coletiva, que implica um processo de concessões mútuas e uma certeza razoável de que se manterão os compromissos negociados, ao menos durante o convênio, já que este é resultado de compromissos contraídos por ambas as partes sobre certas questões, e de certas demandas de negociações deixadas de lado de forma a obter

outros direitos aos quais se deu maior prioridade pelos sindicatos e seus membros.⁴⁵

No mesmo sentido, o Verbete nº 939 do Comitê é categórico ao estabelecer que “a finalidade da negociação coletiva é melhorar as condições de trabalho dos trabalhadores”⁴⁶, reconhecendo que, embora seja um mecanismo para alcançar soluções mutuamente aceitáveis, seu objetivo primordial deve ser a ampliação de direitos, não sua redução. Esses parâmetros internacionais evidenciam a inconsistência da norma interna que dispensa contrapartidas em negociações que reduzem direitos, reforçando a necessidade de um controle de convencionalidade sobre as disposições da Reforma Trabalhista.

Além desses dispositivos centrais, a Reforma Trabalhista também introduziu outras inovações que reforçam a tendência à flexibilização, como o artigo 8º, §3º, da CLT, que limita a análise do Judiciário ao “examinar exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico” e estabelece o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

O artigo 444, parágrafo único, da CLT, por sua vez, institui a figura do “empregado hipersuficiente” - aquele com diploma de nível superior e salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social -, conferindo às cláusulas contratuais por ele negociadas a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos. Essa disposição representa clara ruptura com o princípio da proteção, pressupondo uma inexistente igualdade material entre empregador e empregado.

Igualmente preocupante é o artigo 507-A da CLT, que permite a celebração de cláusula compromissória de arbitragem para empregados com remuneração superior a

45 Tradução livre do original em inglês: “941. Collective bargaining implies both a give-and-take process and a reasonable certainty that negotiated commitments will be honoured, at the very least for the duration of the agreement, such agreement being the result of compromises made by both parties on certain issues, and of certain bargaining demands dropped in order to secure other rights which were given more priority by trade unions and their members. If these rights, for which concessions on other points have been made, can be cancelled unilaterally, there could be neither reasonable expectation of industrial relations stability, nor sufficient reliance on negotiated agreements.” Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf.

46 Tradução livre do original em inglês: “939. The overall aim of promoting collective bargaining is to find mutually acceptable collective agreements. Collective bargaining, in order to be effective, must assume a voluntary character and not entail recourse to measures of compulsion which would alter the voluntary nature of such bargaining. Nothing in Article 4 of Convention No. 98 places a duty on the government to enforce collective bargaining by compulsory means with a given organization; such an intervention would clearly alter the nature of bargaining.” Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_632659.pdf

duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, afastando a tutela jurisdicional estatal em favor de um método de solução de conflitos tradicionalmente utilizado em relações entre iguais.

Finalmente, o artigo 620 da CLT inverte a antiga regra da norma mais favorável, estabelecendo que “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. Tal disposição representa nítida deturpação ao princípio protetivo, permitindo a aplicação de norma menos favorável ao trabalhador, contrariando a tradição do Direito do Trabalho brasileiro.

A Reforma Trabalhista representou, assim, uma ruptura paradigmática com o modelo protetivo que inspirou a criação do Direito do Trabalho, ampliando significativamente o espaço para a autonomia privada coletiva e reduzindo a intervenção estatal nas relações laborais, a ponto de comprometer importantes alicerces constitucionais, como os princípios da norma mais benéfica, da progressividade e do não retrocesso social.

O TEMA 1046 DO STF: BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL À FLEXIBILIZAÇÃO

Diante do novo cenário normativo introduzido pela Reforma Trabalhista, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre os limites constitucionais à flexibilização trabalhista por meio da negociação coletiva. No julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633, com repercussão geral reconhecida (Tema 1046), discutiu-se a validade de norma coletiva que limitava ou restringia direito trabalhista não assegurado constitucionalmente.

Em junho de 2022, o STF fixou a seguinte tese:

São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.⁴⁷

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 1121633/GO. Tema 1046 de Repercussão Geral. Relator: Min. Gilmar Mendes. Plenário. Julgado em: 02/06/2022. DJe: 04/08/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso em: 19 set. 2025.

No julgamento, prevaleceu o entendimento de que a Constituição Federal reconhece expressamente as convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI), e que a autonomia coletiva da vontade é elemento central do Direito Coletivo do Trabalho. De acordo com o STF, a negociação coletiva constitui poder-dever da entidade sindical, que não pode ser previamente limitada pelo Estado, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

O STF adotou a teoria do “conglobamento” ou “teoria do equilíbrio global”, segundo a qual a negociação coletiva deve ser analisada como um todo, não sendo necessária a compensação específica para cada direito flexibilizado, mas sim um equilíbrio global do instrumento coletivo. Tal posição se alinha com o novo paradigma estabelecido pela Reforma Trabalhista, acerca da autonomia negocial coletiva.

Importante destacar que o STF reafirmou a existência de limites materiais à negociação coletiva, representados pelos “direitos absolutamente indisponíveis”, embora não tenha especificado taxativamente quais seriam esses direitos.

No entanto, é possível inferir que se trata dos direitos relacionados à dignidade humana do trabalhador, como normas de saúde e segurança do trabalho, proibição de trabalho degradante ou em condições análogas à escravidão, entre outros direitos fundamentais e convencionais, que se alinham com o patamar mínimo civilizatório defendido por Maurício Godinho Delgado.

AS DECISÕES DO TST SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS COTAS DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E REABILITADOS DO INSS E APRENDIZES À LUZ DO TEMA 1046

Em consonância com a tese firmada pelo STF no Tema 1046, que expressamente ressalva “os direitos absolutamente indisponíveis”, o Tribunal Superior do Trabalho tem corretamente identificado as normas relativas às cotas para pessoas com deficiência e reabilitados do INSS e de aprendizes como pertencentes a essa categoria de direitos intransacionáveis, que não podem ser objeto de negociação coletiva.

Diversas decisões posteriores ao julgamento do Tema 1046 reafirmaram o entendimento de que as normas que estabelecem cotas para contratação de pessoas com deficiência (Lei nº 8.213/91, art. 93) e aprendizes (CLT, art. 429) constituem direitos absolutamente indisponíveis, sendo matéria de ordem pública que visa concretizar princípios constitucionais fundamentais, como a igualdade material, a não discriminação e a proteção à dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de direitos de natureza difusa e indisponível, cuja titularidade pertence a toda a coletividade, não havendo sequer pertinência temática para que entidades sindicais negociem sobre tal matéria.

No julgamento do Recurso de Revista nº 10555-54.2019.5.03.0185⁴⁸, a 6ª Turma do TST entendeu que “a base de cálculo para a contratação de pessoas com deficiência não pode ser flexibilizada por meio de negociação coletiva, pois se trata de norma de ordem pública que visa garantir a inclusão social de grupo vulnerável, constituindo direito absolutamente indisponível”. De acordo com o entendimento exarado no acórdão, “em correta aplicação da tese firmada no Tema 1046 do STF, que expressamente ressalva os direitos absolutamente indisponíveis, a exclusão de determinadas funções da base de cálculo da cota de pessoas com deficiência viola não apenas a legislação ordinária, mas princípios constitucionais fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana”.

Em sentido semelhante, no julgamento do RR-1000344-58.2019.5.02.0605⁴⁹, a 3ª Turma do TST invalidou cláusula de convenção coletiva que reduzia a base de cálculo para contratação de aprendizes, excluindo funções que exigiam formação técnica específica. O acórdão destacou que “a política de inclusão de jovens no mercado de trabalho por meio da aprendizagem constitui medida de interesse público que transcende os interesses das categorias profissional e econômica, não podendo ser objeto de flexibilização pela via negocial, por constituir direito social absolutamente indisponível”.

Ainda, no RR-1001387-03.2019.5.02.0202⁵⁰, a 4ª Turma do TST reconheceu que “em plena sintonia com a tese firmada pelo STF no Tema 1046, que expressamente resguarda os direitos absolutamente indisponíveis, as normas de inclusão social de grupos

48 Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 10555-54.2019.5.03.0185. Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda. 6ª Turma. Julgado em: 24/11/2022. DEJT: 02/12/2022

49 Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1000344-58.2019.5.02.0605. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. 3ª Turma. Julgado em: 15/02/2023. DEJT: 24/02/2023

50 Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1001387-03.2019.5.02.0202. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. 4ª Turma. Julgado em: 07/06/2023. DEJT: 16/06/2023.

vulneráveis constituem limites materiais que não podem ser transpostos pela negociação coletiva, por estarem diretamente relacionadas ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e à concretização do valor social do trabalho e da não discriminação, fundamentos da República expressos nos arts. 1º, III e IV, e 3º, IV, da Constituição Federal”.

Em decisão emblemática no processo TST-ARR-1001191-76.2017.5.02.0462⁵¹, a 7ª Turma do TST consolidou entendimento de que “a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, mediante sistema de cotas, visa concretizar direito fundamental ao trabalho de grupo historicamente excluído, constituindo medida de ação afirmativa indisponível pela via negocial”. O acórdão ressaltou que “o julgamento do Tema 1046 pelo STF confirma e reforça o entendimento de que a base de cálculo para o cumprimento das cotas de pessoas com deficiência e aprendizes constitui patamar civilizatório mínimo, insuscetível de flexibilização *in pejus*, por se enquadrar precisamente na categoria de direitos absolutamente indisponíveis que o próprio STF resguardou em sua tese”.

O TST também enfrentou a questão no âmbito da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), que, no julgamento do E-RR-1000844-51.2018.5.02.0605⁵², pacificou o entendimento de que “as normas que estabelecem cotas para contratação de pessoas com deficiência e aprendizes são normas de ordem pública que concretizam direitos fundamentais e constituem medidas de ação afirmativa, cujo conteúdo não pode ser flexibilizado por negociação coletiva, por se enquadrarem exatamente no conceito de direitos absolutamente indisponíveis a que faz referência ao STF no Tema 1046”. O entendimento demonstra harmonia entre as decisões do TST e a tese fixada pelo STF, que reconhece a existência de direitos que, por sua natureza, estão fora do alcance da autonomia negocial coletiva.

O posicionamento consolidado do TST demonstra a correta aplicação da tese fixada pelo STF no Tema 1046, que expressamente ressalvou os “direitos absolutamente indisponíveis” do alcance da autonomia negocial coletiva. As políticas de inclusão de

51 Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1001191-76.2017.5.02.0462. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. 7ª Turma. Julgado em: 19/04/2023. DEJT: 28/04/2023.

52 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº 1000844-51.2018.5.02.0605. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgado em: 31/08/2023. DEJT: 08/09/2023.

grupos vulneráveis no mercado de trabalho, como as cotas para pessoas com deficiência e reabilitados do INSS e aprendizes, são corretamente identificadas como parte do núcleo essencial de proteção à dignidade da pessoa humana, consistindo em direitos de natureza difusa e indisponível, cuja titularidade transcende as categorias representadas nas negociações coletivas.

Portanto, o TST tem concretizado e dado efetividade à exceção prevista pelo próprio STF, delimitando o conceito de “direitos absolutamente indisponíveis”, incluindo nesta categoria não apenas as normas expressamente previstas no art. 611-B da CLT, mas também aquelas que, embora não listadas expressamente, concretizam princípios constitucionais fundamentais e políticas públicas de inclusão social. Portanto, a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista se consubstancia em legítima interpretação sistemática que reconhece a existência de limites materiais intransponíveis à autonomia negocial coletiva e à flexibilização.

A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 27 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em maio de 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) emitiu a Opinião Consultiva nº 27, que trata sobre os alcances das obrigações dos Estados em matéria de liberdade sindical, negociação coletiva e direito de greve. O documento estabelece importantes parâmetros para a interpretação dos direitos trabalhistas dentro do sistema interamericano, com especial atenção à liberdade sindical e ao direito à negociação coletiva.

A Corte IDH reafirmou que os direitos à liberdade sindical, à negociação coletiva e à greve são direitos humanos fundamentais e interdependentes, protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em conexão com outros dispositivos do mesmo instrumento.

Um aspecto fundamental da Opinião Consultiva nº 27 é o entendimento inequívoco de que a negociação coletiva existe primordialmente como instrumento para ampliar e melhorar direitos, e não para suprimi-los ou reduzi-los. A Corte IDH expressamente reconhece que a finalidade precípua da negociação coletiva é a busca de

melhores condições de vida e de trabalho, o que representa uma evolução progressiva, e não regressiva, dos direitos sociais.

Nesse sentido, a Corte afirma que “a finalidade da negociação coletiva é melhorar as condições de vida e de trabalho dos trabalhadores protegidos pelo respectivo instrumento. A negociação não pode ser conduzida para reduzir os direitos dos trabalhadores, mas sim para que sejam superadas as condições previstas na legislação e em acordos anteriores”.⁵³

O entendimento reforça o princípio da progressividade dos direitos sociais e a proibição do retrocesso social, em conformidade com o disposto no artigo 114, § 2º da CRFB/88, ao dispor que o Poder Normativo da Justiça do Trabalho deve respeitar “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, assim como as convencionadas anteriormente”.

No que tange especificamente à negociação coletiva e seus limites, a Corte IDH estabeleceu que os direitos derivados da negociação coletiva possuem um conteúdo essencial que não pode ser afetado por medidas legislativas ou de outra índole, e que o Estado deve garantir que a negociação coletiva seja desenvolvida em condições de liberdade e autonomia das partes.

Ademais, determinou que as limitações aos direitos derivados da negociação coletiva devem respeitar os critérios de legalidade, finalidade legítima, necessidade e proporcionalidade, e que os Estados devem abster-se de adotar medidas que restrinjam a negociação coletiva além do estritamente necessário para proteger interesses públicos primordiais.

Especialmente relevante é a afirmação categórica de que a flexibilização das normas laborais não pode afetar o núcleo essencial dos direitos trabalhistas consagrados nas constituições nacionais e nos tratados internacionais de direitos humanos. A posição da Corte IDH estabelece um importante contraponto às tendências flexibilizadoras,

53 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-27/21, de 5 de maio de 2021. Sobre as obrigações em matéria de direitos dos trabalhadores à liberdade sindical, à negociação coletiva e à greve, e sua relação com outros direitos, com perspectiva de gênero. Solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. San José, Costa Rica, 5 mai. 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf. Acesso em: 19 set. 2025.

reafirmando a natureza de direitos humanos dos direitos trabalhistas e a necessidade de preservação de um patamar civilizatório mínimo.

Nesse sentido, leciona Enoque Ribeiro dos Santos:

A aplicação dos termos da Opinião Consultiva OC 27/21 em integração ao ordenamento jurídico brasileiro é devida, porquanto se trata de interpretação autêntica de normas do sistema interamericano que devem ser cumpridas por todos os Estados-membros da OEA, entre eles o Brasil [...].

Portanto, no que tange aos arts. 611-A e 611-B da CLT, acrescidos pela Lei 13.146/2017, em sede de controle de convencionalidade – isto é, à luz das Convenções 98 e 154 da OIT e das normas do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos supramencionadas –, a negociação coletiva para ser considerada como tal, deve visa à melhoria da proteção social dos trabalhadores, isto é, não pode ter como objetivo apenas a redução da proteção mínima prevista em lei, e deve prever contrapartidas adequadas, concessões mútuas, entre as partes estipulantes.⁵⁴

A Opinião Consultiva nº 27 representa, assim, um importante parâmetro interpretativo para o controle de convencionalidade das normas coletivas negociadas no âmbito do Direito brasileiro, estabelecendo limites à flexibilização em consonância com os compromissos internacionais assumidos pelo país em matéria de direitos humanos trabalhistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida no presente artigo permite identificar os limites constitucionais e convencionais à flexibilização trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro, os quais emergem da interação entre três fontes normativas fundamentais: a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidada no Tema 1046 de repercussão geral, e os parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 27.

Da análise do Tema 1046, extrai-se que o STF reconheceu a constitucionalidade da negociação coletiva que limita ou afasta direitos trabalhistas não constitucionais, desde que preservados os direitos absolutamente indisponíveis. Embora o Supremo não tenha

54 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direito processual coletivo trabalhista. Leme, SP: Mizuno, 2023, p. 315 e 316.

delimitado taxativamente essa categoria, é possível inferir que integram esse núcleo intangível as normas constitucionais sobre direitos trabalhistas, ressalvadas as exceções expressas nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da Constituição Federal, assim como as normas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, que possuem *status* supralegal no ordenamento brasileiro.

Igualmente indisponíveis são as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, incluindo as relativas à duração do trabalho e intervalos, conforme disposto na Convenção nº 155 da OIT. Somam-se a esse núcleo as normas relativas a direitos de personalidade do trabalhador e aquelas que concretizam políticas públicas de inclusão social, como as cotas para pessoas com deficiência e aprendizes, conforme jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho.

Paralelamente, a Opinião Consultiva nº 27 da Corte IDH estabelece limites convencionais à flexibilização ao reafirmar que a negociação coletiva existe primordialmente para ampliar direitos, não para reduzi-los. Segundo a Corte, qualquer limitação a direitos trabalhistas mediante negociação coletiva deve respeitar rigorosamente os critérios de legalidade, finalidade legítima, necessidade e proporcionalidade. A Corte reconhece a existência de um núcleo essencial dos direitos trabalhistas que não pode ser afetado por medidas flexibilizadoras, constituído pela convergência entre as disposições das constituições nacionais e dos tratados internacionais de direitos humanos.

O controle de convencionalidade se impõe como instrumento hermenêutico inafastável na delimitação desses limites, considerando que o Brasil, no exercício de sua soberania, assumiu compromissos internacionais vinculantes em matéria de direitos humanos. Esse controle deve ser exercido não apenas pelo Poder Judiciário, mas por todos os órgãos estatais, abrangendo o Legislativo e o Executivo, configurando verdadeira limitação externa à discricionariedade legislativa e interpretativa em matéria de flexibilização trabalhista. As opiniões consultivas da Corte IDH constituem parâmetros interpretativos que devem orientar a aplicação das normas internas, especialmente quando se trata de direitos humanos trabalhistas.

Da síntese entre os parâmetros constitucionais estabelecidos no Tema 1046 e os limites convencionais fixados na Opinião Consultiva nº 27, emerge o conceito de patamar civilizatório mínimo, formado pela convergência entre normas constitucionais, convenções internacionais de direitos humanos e legislação infraconstitucional protetiva. Esse patamar representa o conjunto de direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta, que não podem ser objeto de negociação coletiva *in pejus*, ainda que mediante contrapartidas ou em contextos de crise econômica. Trata-se de núcleo essencial que expressa os valores fundamentais da ordem jurídica trabalhista e materializa o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado às relações de trabalho.

A flexibilização trabalhista, embora constitucionalmente admissível em circunstâncias específicas, encontra limites objetivos que devem ser rigorosamente observados. Qualquer medida flexibilizadora deve ser conduzida por meio de negociação coletiva legítima ou disposição legal expressa, nunca por imposição unilateral. Ademais, tais medidas devem apresentar justificativa concreta e proporcional à necessidade enfrentada, sendo temporárias e vinculadas a situações excepcionais devidamente comprovadas.

É imperativo que seja preservado o núcleo essencial de direitos absolutamente indisponíveis anteriormente delineado, assim como o equilíbrio global do instrumento coletivo, conforme reconhecido pelo STF ao aplicar a teoria do conglobamento. Ainda, toda flexibilização deve submeter-se ao duplo controle de constitucionalidade e convencionalidade, assegurando a compatibilidade vertical tanto com a Constituição Federal quanto com os tratados internacionais de direitos humanos.

A Reforma Trabalhista de 2017, ao estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado mediante os artigos 611-A e 611-B da CLT, ampliou significativamente o espaço para a autonomia privada coletiva. Contudo, essa ampliação não é ilimitada, devendo observar os parâmetros constitucionais e convencionais aqui delineados.

O princípio da proteção ao trabalhador permanece como fundamento estruturante do Direito do Trabalho, não sendo superado ou relativizado pela possibilidade de flexibilização. Ao contrário, esse princípio atua precisamente como vetor hermenêutico para a delimitação dos limites à flexibilização, assegurando que o trabalhador, parte

hipossuficiente da relação laboral, não seja compelido a renunciar a direitos fundamentais sob o pretexto de adaptação às flutuações econômicas. A proteção trabalhista não constitui obstáculo ao desenvolvimento econômico, mas condição essencial para que esse desenvolvimento ocorra com justiça social e distribuição equitativa dos ônus e bônus do crescimento.

A proteção ao trabalhador possui o axioma básico de que o homem é um fim em si mesmo, e não mero meio. Contrariar tal idiossincrasia é retroceder na história ludibriado pela falsa percepção das ideias neoliberais, que o Direito do Trabalho é culpado pela crise econômica. É pôr na conta da classe obreira uma dívida que não é sua.

Em última análise, os limites constitucionais e convencionais à flexibilização trabalhista devem ser interpretados e aplicados de forma a preservar a dignidade da pessoa humana do trabalhador e a garantir o trabalho como direito fundamental e meio de realização da personalidade. A flexibilização que ultrapassa esses limites, longe de representar evolução ou modernização do Direito do Trabalho, configura retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **A dignidade da pessoa e o mínimo existencial**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BARBOSA, Rui. **A questão Social e Política no Brasil**. Conferência pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, em 20/03/1919. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 1983.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diário Oficial da União, Brasília, 14 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1121633/GO. Tema 1046 de Repercussão Geral**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Plenário. Julgado em: 02/06/2022. DJe: 04/08/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1001191-76.2017.5.02.0462**. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. 7ª Turma. Julgado em: 19/04/2023. DEJT: 28/04/2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista nº 1000844-51.2018.5.02.0605**. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgado em: 31/08/2023. DEJT: 08/09/2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1000344-58.2019.5.02.0605**. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. 3ª Turma. Julgado em: 15/02/2023. DEJT: 24/02/2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1001387-03.2019.5.02.0202**. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. 4ª Turma. Julgado em: 07/06/2023. DEJT: 16/06/2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 10555-54.2019.5.03.0185**. Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda. 6ª Turma. Julgado em: 24/11/2022. DEJT: 02/12/2022.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Direito Sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão da empresa. São Paulo: LTr, 2000.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-27/21, de 5 de maio de 2021**. Sobre as obrigações em matéria de direitos dos trabalhadores à liberdade sindical, à negociação coletiva e à greve, e sua relação com outros direitos, com perspectiva de gênero. Solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. San José, Costa Rica, 5 mai. 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf. Acesso em: 19 mar. 2025.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de; OLIVEIRA, Cíntia M. de. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A prevalência dos princípios no Direito do Trabalho**. Revista Jurídica (FIC): RJ, Ano IV, v. 4, n. 4, p. 165-178, 2004. ISSN 1809-1229.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 155 sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho.** Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, 1981. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Freedom of Association:** Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association. 6. ed. Genebra: ILO, 2018. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_632659.pdf.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **A flexibilização do direito do trabalho:** crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado. Disponível em: http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_lcr_01.asp. Acesso em: 19 mar. 2025.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Sindicalismo:** economia, estado e direito. São Paulo: LTr, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1989.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista.** Leme, SP: Mizuno, 2023.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação coletiva.** Negociar ou não negociar? Revista Trabalho, Direito e Justiça, v. 2, p. 01-08, 2024.

STRECK, Lênio; MORAES, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Limitações Constitucionais à Flexibilização do Direito do Trabalho.** In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (orgs.). Direito Coletivo do Trabalho: curso de revisão e atualização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 3-24.

VIANNA, Segadas et al. **Instituições de direito do trabalho.** 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

CAPÍTULO IV

DO PODER DE POLÍCIA À ARQUITETURA DE ESCOLHAS: A REINVENÇÃO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ESTADO CATALISADOR

Mario Marrathma Lopes de Oliveira⁵⁵; Aimme Beatrice de Oliveira Dutra Cordeiro⁵⁶.
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-04

RESUMO: O artigo analisa a transição do modelo clássico de comando e controle, centrado no poder de polícia e na sanção, para um Estado catalisador que utiliza arquitetura de escolhas e *nudges* como instrumentos de governança. Investiga-se se intervenções comportamentais podem substituir ou complementar a coerção tradicional, produzindo maior eficiência administrativa e legitimidade democrática. Para isso, discute-se a passagem do Estado executor ao Estado catalisador, reconceituando o poder de polícia à luz da administração pública gerencial e da racionalidade limitada dos cidadãos. Em seguida, apresenta-se a arquitetura de escolhas como função administrativa, explorando os principais conceitos de *nudge*, o debate ético sobre paternalismo libertário e exemplos brasileiros em tributação, consumo e políticas sanitárias. Por fim, realiza-se análise comparativa entre sanção e incentivo comportamental, destacando evidências empíricas que apontam para a superioridade de estratégias cooperativas de baixo custo em diversos contextos, sem dispensar a sanção como última *ratio*. Conclui-se que a integração entre Direito Administrativo e economia comportamental permite reinterpretar o poder de polícia como instrumento escalonado, no qual a inteligência regulatória e o design de políticas públicas devem preceder o uso de mecanismos coercitivos.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de polícia. Arquitetura de escolhas. Economia comportamental. Estado catalisador. Eficiência administrativa.

FROM POLICE POWER TO THE ARCHITECTURE OF CHOICES: THE REINVENTION OF ADMINISTRATIVE ACTION IN THE CATALYST STATE

ABSTRACT: The article examines the transition from the classical command-and-control model, centred on police power and sanctions, to a catalytic State that relies on choice architecture and nudges as governance instruments. It investigates whether behavioural interventions can replace or complement traditional coercion while enhancing administrative efficiency and democratic legitimacy. To this end, it discusses the shift from an “executor State” to a “catalyst State”, reconceptualising police power in light of managerial public administration and citizens’ bounded rationality. It then presents choice architecture as an administrative function, exploring core nudge concepts, the ethical debate on libertarian paternalism and Brazilian examples in taxation, consumer protection and health policies. Finally, it compares sanctions and behavioural incentives,

55 Coordenador Jurídico, consultor e advogado atua especialmente na gestão de riscos e de conflitos, com foco em serviços voltados à Administração e seus servidores. E-mail: mario@marrathma.com.

56 Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Ciências e Tecnologia (FACET), Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, Brasil). Advogada. E-mail: aimmebeatrice@gmail.com

highlighting empirical evidence that points to the superiority of low-cost cooperative strategies in several contexts, without dispensing with sanctions as a last resort. The article concludes that integrating Administrative Law and behavioural economics allows police power to be reinterpreted as a graduated instrument, in which regulatory intelligence and policy design should precede the use of coercive mechanisms.

KEYWORDS: Police power. Choice architecture. Behavioural economics. Catalytic State. Administrative efficiency.

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga o deslocamento do modelo clássico de comando e controle – vinculado à ideia do poder de polícia e da sanção – para o Estado catalisador, que se utiliza de arquitetura de escolhas e de *nudges* como instrumentos de governança. Busca-se verificar se as intervenções comportamentais podem, com efeito, substituir ou complementar a coercividade tradicional do Estado, produzindo maior eficiência administrativa e legitimidade democrática de ação do Estado brasileiro contemporâneo.

A relevância do tema relaciona-se, primeiro, à crise de efetividade do Direito Administrativo que, geralmente, mais se preocupa com a validade formal de atos do que com os resultados efetivos da política pública. Binenbojm fala em giro pragmático da disciplina, que exige a avaliação da atividade administrativa a partir do seu impacto fático. Esse deslocamento requer novos instrumentos analíticos que tenham capacidade de se conectar com a realidade da tomada de decisão dos cidadãos e das organizações reguladas.

Em segundo lugar, a economia comportamental mostrou que a racionalidade humana é limitada e sujeita a heurísticas e vieses sistemáticos, o que enfraquece o pressuposto do homem pleno racional subjacente ao modelo sancionatório clássico. Na reconstrução da racionalidade, Ribeiro e Domingues mostram como esse movimento alterou o design de políticas públicas e o repertório de incentivo normativo que o Estado tem à sua disposição. Desconsiderar essas evidências significa perder ferramentas que poderiam ser mais eficientes.

Em terceiro lugar, as experiências recentes brasileiras em arrecadação tributária e em políticas sanitárias mostraram que pequenos ajustes no design comunicacional e nas estruturas de decisão podem gerar aumentos relevantes de conformidade. Estudos sobre empurrões fiscais e análises da aplicação de *nudges* durante a pandemia de Covid 19

apontam para a possibilidade de intervenções de custo baixo superarem, em certas circunstâncias, estratégias puramente punitivas. Isso é promissor para o Direito Administrativo atual.

Metodologicamente, a pesquisa tem como base uma abordagem dedutiva, partindo da teoria do Estado e da economia comportamental até examinar a atuação administrativa brasileira. O procedimento foi bibliográfico e documental, e a análise terá como base obras clássicas acerca da reforma gerencial e do poder de polícia, além de estudos doutrinários mais recentes em Direito Administrativo e textos sobre economia comportamental aplicada às políticas públicas. Mobilizou, ainda, relatórios e pesquisas empíricas no Brasil sobre *nudges* fiscais e comunicacionais.

A estrutura deste artigo se organiza em três eixos. A segunda seção discute a transição do Estado executor para o Estado catalisador, revisitando a posição do poder de polícia frente à administração gerencial e à obrigação constitucional de eficiência. A terceira seção apresenta a arquitetura das escolhas como função administrativa, definindo os *nudges*, apresentando exemplos e discutindo a legitimação ética e jurídica deles. Por fim, a quarta seção executará uma comparação entre a coerção sancionatória dos poderes policiais e os incentivos comportamentais, desenvolvendo tal comparação por meio da discussão sobre custos, resultados e impactos democráticos, para ao final voltar aos pontos quicá formulados nesta introdução.

DO ESTADO EXECUTOR AO ESTADO CATALISADOR: A REDEFINIÇÃO DO PAPEL ESTATAL DE “EXECUTOR DE SERVIÇOS E SANÇÕES” PARA “ARTICULADOR E INCENTIVADOR”

A passagem do Estado executor para o Estado catalisador não representa meramente uma mudança de terminologia, mas também uma mudança significativa na maneira como o poder público se compreende e atua. No modelo burocrático clássico, a Administração ocupava-se diretamente da execução do serviço, impondo unilateralmente os comandos, mantendo forte controle procedimental. Isso se demonstrou pouco responsivo a problemas complexos, gerando distanciamento entre as normas e a realidade social que deveriam ordenar (Bresser-Pereira, 1996; Binenbojm, 2020).

De acordo com Bresser-Pereira (1996), a reforma gerencial visava precisamente quebrar a armadilha da rígida burocracia, aproximando a Administração pública de um paradigma orientado para resultados. Essa mudança consiste em conceder maior autonomia aos gestores. O controle por passo é substituído por controle *a posteriori* de desempenho. A Administração foca no atendimento ao cidadão ao alterar o método do simples cumprimento de normas para a efetividade das políticas. Transforma-se, também, a forma em que o poder de polícia deve ser colocado em prática na atualidade (Bresser-Pereira, 1996; Bresser-Pereira; Spink, 2006).

Nesse sentido, Osborne e Gaebler (1994) criam a metáfora do governo catalisador que navega em vez de remar. Propõem que o Estado deixe de monopolizar prestando diretamente o serviço e passe a se tornar o coordenador, incentivador e regulador do cidadão e de múltiplos atores. O governo empreendedor, tal como descrito por eles, é forte no sentido de determinar os sentidos, porém leve das estruturas que necessitam para realizá-las sozinhos. A lógica passa a ser não mais fazer mais do mesmo, mas sim fazer diferente: via incentivos, alianças e arranjos institucionais inovadores (Osborne; Gaebler, 1994).

Ao mesmo tempo, o Direito Administrativo brasileiro vai ao encontro deste movimento ao revisitar o sentido e os limites do poder de polícia. Binenbojm defende que ao se encarar a atividade de polícia presente a partir da ordenação econômica e social de proteção aos direitos fundamentais, temperada por princípios da proporcionalidade e da eficiência. A sanção punitiva continua disponível, mas como um meio a ser calibrado frente a demais alternativas que não acarretem custos, mas que sejam igualmente aptas a trazer conformidade, afastando-se intervenções estatais desnecessariamente vigorosas (Binenbojm, 2020; Finger, 2022).

O transbordamento para o Estado que cata o catalisador também alude a um ajuste da própria linguagem administrativa: aquele que se identifica como fiscal assume o papel de articulador da inteligência social. Ao invés de canalizar esforços para encontrar infratores, a governança passa a investir em formatos que tornem a conduta lícita mais simples, atraente e socialmente reconhecida. A autoridade não desaparece, mas aparecerá priorizada da utilização da informação qualificada, incentivos bem desenhados e mecanismos cooperativos da realização do interesse público (Osborne; Gaebler, 1994;

Freitas, 2019). Tal transformação não exclui o poder punitivo; ao contrário, ela realoca-o para um espaço residual na caixa de ferramentas do direito regulatório.

Estudos empíricos demonstram que, nos mais variados contextos, arranjos de indução comportamental podem fortalecer a taxa de cumprimento, com menor custo administrativo e político. Quando a Administração demonstra possuir instrumentos mais brandos e eficazes, o uso preferencial de instrumentos de coação torna-se difícil de justificar, pois a Administração estaria descumprindo o dever de eficiência previsto no artigo 37 da Constituição (Costa, 2017; Araújo et al., 2023).

Pesquisa sobre políticas públicas assinala que a passagem do Estado executor para o catalisador é gradual, marcada pela coexistência de práticas burocráticas tradicionais e experiências inovadoras. Giacomini (2014) deixa claro que a adoção de instrumentos comportamentais requer capacidades institucionais específicas, particularmente em termos de análise de dados e avaliação de impactos.

Na ausência dessas condições, o que corre o risco de ocorrer é que o discurso gerencial continua sendo retórico, não remove rotinas decisórias e não diminui a dependência do aparato sancionador clássico. Ao mesmo tempo, a Administração Pública começa a operar em ecossistemas mais densos, nos quais organizações privadas, sociedade civil e tecnologia digital desempenham papéis decisivos; é a partir desse cenário que se abre espaço ao uso de instrumentos de coordenação indireta, como incentivos regulatórios, normas de transparência e *nudges* informativos.

Abre-se, assim, espaço a figura do Estado catalisador, como uma tentativa de conciliar missão pública, restrições fiscais e limites cognitivos dos cidadãos, permitindo o reconhecimento da arquitetura das escolhas como um funcionalismo administrativo próprio (Ribeiro; Domingues, 2018; Verbicaro; Caçapietra, 2021).

Essa seção procurou então mostrar que a redefinição do papel estatal não decorre apenas de escolhas ideológicas, mas também de constrangimentos funcionais associados à complexidade social e à escassez de recursos. Caso o Estado pretenda se manter relevante sem recorrer a um expansionismo repressivo insustentável, precisa aprender a catalisar comportamentos em vez de apenas controlá-los.

Em seguida, passaremos a examinar como a arquitetura das escolhas e os nudges constituem um repertório técnico para concretizar, no plano jurídico e institucional, o modelo de Estado catalisador aqui esboçado (Thaler; Sunstein, 2019; Santos; Oliveira, 2023).

A ARQUITETURA DE ESCOLHAS COMO FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A transição do Estado executor para o Estado catalisador requer que o Direito adote uma perspectiva mais realista sobre como as decisões são de fato tomadas. A economia comportamental mostra que a maior parte das decisões comuns são aquelas que são feitas pelas pessoas muitas vezes com base em processos intuitivos, automáticos, rápidos e propensos a heurísticas e vieses, e não através de um processo de cálculo racional exaustivo (Tversky; Kahneman, 1974). Essa constatação destrói a premissa de que apenas editar normas claras e ameaçá-las com sanções seria suficiente para gerar a conformidade (Kahneman, 2012; Thaler; Sunstein, 2019).

Thaler e Sunstein (2019) definem a arquitetura de escolhas como o projeto do ambiente em que são feitas aquelas decisões. Sustentam que ela nunca será neutra. Qualquer que seja a ordem de opções que o Estado selecione, qualquer que seja o padrão *default* que escolha, qualquer que seja a maneira que organize a apresentação das informações, o Estado já está influenciando o comportamento.

O *nudge*, nesse contexto, consiste em qualquer componente dessa arquitetura que tem a capacidade de alterar a conduta de modo previsível, sem proibir alternativas e sem mudar substancialmente os incentivos econômicos (Sunstein, 2013). Em termos jurídicos, os *nudges* podem ser compreendidos como técnicas de regulação de baixa intensidade, que preservam a liberdade formal de escolha e que atuam na maior parte das vezes pela informação e simplificação.

Ao invés de aprovar proibições, o Estado altera o ambiente de decisão, de forma a tornar mais provável a adesão a conduta socialmente desejada. Os formulários pré-preenchidos, as configurações de adesão automática com possibilidade de *opt out* e as comunicações que destacam normas sociais de cooperação são exemplos típicos (Sunstein, 2013; Araújo et al., 2023). Essa atuação é frequentemente chamada de

paternalismo libertário, expressão que se esforça em compatibilizar o dever estatal na proteção de interesse coletivo com a proteção da autonomia individual.

Lepenies e Małecka (2019) advertem que o paternalismo libertário encontra seus limites na ocultação de conflitos de valores ou no deslocamento do julgamento público por decisões tecnocráticas. Por essa razão, a utilização de *nudges* em políticas públicas deve ser fundamentada em critérios de transparência, possibilidade de contestação e adequação para fins democraticamente definidos (Sunstein, 2016).

No Brasil, a discussão sobre arquitetura das escolhas já penetrou explicitamente o campo jurídico. Autores que aproximam o direito da economia comportamental apontam que o agente público desempenha o papel de arquiteto das escolhas por operar através de fluxos de atendimento, formulários, interfaces digitais e estruturas de incentivos. Aqui, a questão passa a não ser mais se deve o Estado influenciar comportamentos e ações, mas como fazê-lo sob controle jurídico, proporcional e pautado pela eficiência (Ribeiro; Domingues, 2018; Freitas, 2019).

A experiência brasileira tem mostrado aplicações concretas de *nudges* em áreas como tributação, consumo, saúde e regulação urbana. Na cobrança do IPTU, por exemplo, pequenas alterações no texto das cartas, chamando a atenção para a conduta da maioria dos contribuintes adimplentes, aumentaram a taxa de pagamento espontâneo com custo marginal reduzido.

Também nas políticas de consumo e em ações das *smart-cities* as estratégias de simplificação informacional e de desenho das interfaces digitais visam eliminar assimetrias e facilitar decisões compatíveis com o que é do interesse do próprio cidadão, sem medidas proibitivas de natureza institucional (Verbicaro; Caçapietra, 2021; Araújo *et al.*, 2023; Oliveira, 2022).

Essas experiências nos indicam que a arquitetura de escolhas é, de fato, uma verdadeira função administrativa, dotada de racionalidade própria e sujeita aos mesmos controles que as demais atividades administrativas. Ao legislador cabe fixar os seus parâmetros gerais, enquanto ao administrador compete demonstrar, fundamentadamente em evidência, a adequação de dado *nudge* como meio idôneo, necessário e menos gravoso para assegurar o cumprimento do fim público. O controle judicial, por sua vez, é capaz

de verificar se o intuito foi desvirtuado, se houve violação à transparência ou se efetivamente houve a prática de criação disfarçada de restrições substanciais à liberdade (Binenbojm, 2020; Costa, 2017).

O desafio teórico consiste em situar a arquitetura de escolhas no sistema de categorias do Direito Administrativo, sem reduzi-la a mera acessória da regulação clássica.

Uma possibilidade seria conceber a arquitetura de escolhas como execução do poder de ordenação em grau leve, a par da polícia administrativa e da prestação de serviços. Outra possibilidade é considerá-la enquanto expressão da função administrativa de planejamento e de direção estratégica, própria do Estado catalisador, que opera por coordenação mais do que por comando (Binenbojm, 2023; Osborne; Gaebler, 1994).

Ao reconhecer a arquitetura de escolhas como função administrativa, o ordenamento começa a exigir que a sua utilização cumpra a legalidade, a motivação e o controle social. Para tal, deve-se registrar, nos atos de desenho de políticas, os objetivos a serem perseguidos, os vieses que se pretende disparar, as alternativas pensadas e os resultados esperados. Tal exigência aproxima a ciência comportamental da cultura jurídica de *accountability*, impedindo que a linguagem técnica dos *nudges* seja utilizada como escudo para práticas opacas ou manipulativas (Ribeiro; Domingues, 2018; Sunstein, 2016).

Esta seção, portanto, sustentou que a arquitetura de escolhas não é simplesmente um recurso retórico, mas é um modo específico de operação estatal, que deve ser tratado com o mesmo rigor que outras formas de intervenção administrativa. Caso o Estado catalisador deseje substituir parte da coerção por empurrões comportamentais, precisa fazê-lo em bases de critérios jurídicos claros e em evidência empírica verificável.

Na próxima seção, serão comparados, sobre a ótica da eficiência e da legitimidade democrática, os custos e benefícios de se manter a primazia da sanção contra as intervenções comportamentais (Barros; Albuquerque, 2022; Santos; Oliveira, 2023).

PARA ALÉM DO PODER DE POLÍCIA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE SANÇÃO (COERÇÃO) E INCENTIVO COMPORTAMENTAL (COOPERAÇÃO) SOB A ÓTICA DA EFICIÊNCIA

O modelo tradicional de poder de polícia se baseia na lógica da dissuasão: começa da intimidação com sanções para induzir o cumprimento das normas administrativas. Essa estratégia requer um forte equipamento de fiscalização, processos punitivos formais e, quando necessário, judicialização, o que provoca um aumento considerável dos custos de transação do Estado. A experiência brasileira mostra que, em setores como o de impostos, essa dependência em relação meios coercitivos produz elevada litigância e reduzida taxa de recuperação real de créditos (Araújo et al., 2023; Feitosa; Cruz, 2019).

Do ponto de vista fiscal, estudos acerca da conformidade tributária computam que o custo médio de uma execução fiscal supera com varanda o valor de muitos créditos tributários cobrados. Os relatórios oficiais também ressaltam que o sistema tradicional de cobrança consome uma grande quantidade de horas de trabalho dos procuradores e servidores e com retorno financeiro, com frequência, diminuto. Tal combinação de alto custo administrativo e baixa eficiência resulta em questionamento sobre a lógica de continuar a ter a sanção como principal instrumento para obter obediência em massa (Relatório PGFN, 2023; Belmiro; Sedeu, 2022).

Em oposição, as intervenções comportamentais identificadas pela economia comportamental têm custos marginais muito mais baixos. Cartas com linguagem mais simples, lembretes personalizados, uso de normas sociais pode ser replicados em larga escala com investimentos relativamente pequenos em tecnologia e em design.

Araújo *et al.* (2023) evidenciam que modificações pontuais na comunicação do IPTU aumentaram os pagamentos espontâneos, sem se precisar aumentar a ameaça de sanção formal (Feitosa; Cruz, 2019). No mesmo sentido, análises específicas da administração tributária corroboram que a economia comportamental torna possível desenhar a cobrança com menos atrito entre o Fisco e os contribuintes (Belmiro; Sedeu, 2022).

A literatura a respeito de *nudges* fiscais mostra que a maior parte da inadimplência é explicada por razões que não estão associadas à prodigalidade dos contribuintes, como

esquecimento, resistência em tomar decisões que demandem algum grau de cálculos ou dificuldade de interpretação de textos legais. Nestas situações, a ameaça de uma sanção diz respeito a um problema que diverge do que efetivamente afeta o adimplemento. As intervenções cooperativas que reduzirem as barreiras cognitivas e tornarem a regularização mais saliente e simples atacam a causa do problema do comportamento. Elas propagam a conformidade sem agravar os desgastes relacionais, entre Fisco e contribuinte (Feitosa; Cruz, 2019; Braga, 2020).

Diante do critério da eficiência, o critério chave é a relação custo-benefício do instrumento escolhido em comparação com outras alternativas disponíveis. Se um *nudge* informacional é capaz de aumentar a arrecadação ou a adesão a políticas sanitárias com custos bem mais em conta do que aqueles das campanhas repressivas, será ineficiente o gestor que cuide somente da coerção.

O princípio constitucional da eficiência impõe ao administrador o dever de levar a sério opções menos custosas e igualmente aptas, sob pena de manter um aparato sancionatório exagerado (Bresser Pereira, 1996; Barros; Albuquerque, 2022). Isso não é dizer que se nega a importância do poder de polícia, em especial nos casos que envolvem risco à coletividade que forem graves ou persistentes. Quando se trata, todavia, de temas como segurança pública, proteção ambiental em situações críticas ou defesa sanitária, o condão de impor medidas compulsórias continua sendo elemento essencial.

Entretanto, mesmo nesses temas, a opção única pela repressão tende a produzir fenômenos de resistência social, deslocamento de comportamentos para a informalidade e altíssima judicialização, tudo isso comprometendo a própria eficácia das políticas públicas buscadas (Costa, 2017; Souza, 2020).

A experiência, tanto nacional quanto internacional, aponta que políticas mistas que combinam incentivos comportamentais e instrumentos punitivos são bem-sucedidas ao oferecer curvas de aderência mais homogêneas. A economia comportamental aplicada à Covid 19 aponta que mensagens calibradas em combinação com a possibilidade verdadeira de fiscalização geraram maior adesão do que o simples ato de decretar a maior restrição.

De modo semelhante, a literatura sobre adesão fiscal mostra que a percepção da justiça procedimental e do diálogo produz forte efeito sobre a disposição para aderir ao Estado (Barros; Albuquerque, 2022; Barros, Albuquerque, 2022). A comparação entre coerção e cooperação também aponta diversos espaços para a construção da confiança institucional. A sanção sistemática, quando percebida como desproporcional ou arbitrária, mina a legitimidade do poder público e provoca estratégias defensivas dos cidadãos. Por outro lado, estratégias explicativas das razões das políticas, alternativas facilitadas de regularização e um entendimento do administrado como parceiro tendem a produzir, na percepção dos públicos, justiça e reciprocidade, o que retroalimenta a conformidade voluntária (Sunstein, 2016; Santos; Oliveira, 2023).

Sob a ótica normativa, a escolha entre sanção e *nudge* não é neutra, pois abriga concepções distintas de cidadania e do papel do Estado. No modelo estritamente coercitivo, o administrado aparece em primeiro lugar como potencial infrator a ser contido; enquanto na lógica cooperativa, ele é visto como agente capaz de corresponsabilização pela realização do interesse público. A arquitetura de escolhas, quando usada de forma transparente e proporcional, é capaz de deslocar gradativamente o centro de gravidade da gestão pública da punição para a coprodução de resultados (Ribeiro; Domingues, 2018; Lepenies; Małecka, 2019).

Essa análise comparativa sugere que a sanção clássica deva ser reposicionada como última *ratio*, para hipóteses de descumprimento reiterado, fraude deliberada ou riscos intoleráveis aos direitos fundamentais. Em situações ordinárias da política pública, os dados apontam para a vantagem de instrumentos cooperativos que combinam baixo custo, alta escalabilidade e ganhos de legitimidade democrática.

Na seção final este achado será articulado às hipóteses iniciais, para defender que a arquitetura de escolhas consubstancia uma evolução qualitativa do poder de polícia no Estado catalisador (Thaler; Sunstein, 2019; Araújo et al., 2023).

CONCLUSÃO

O artigo tratou de a transição do modelo de comando e controle baseado no poder de polícia para o Estado catalisador amparado em arquitetura de escolhas pode levar a um

aumento da eficiência e da legitimidade da atuação administrativa. A análise demonstrou que a articulação entre economia comportamental e Direito Administrativo oferece um arsenal sofisticado de intervenções que são capazes de baixar custos de conformidade, diminuir a litigiosidade e aproximar a administração pública da maneira de agir real dos cidadãos (Kahneman, 2012; Ribeiro; Domingues, 2018).

Os resultados teóricos e empíricos sugerem que *nudges* bem elaborados podem, em certos contextos, superar as estratégias exclusivamente sancionatórias, em particular em alguns campos como o da arrecadação tributária e o das políticas sanitárias.

Experiências com cartas fiscais, lembretes e o uso de normas sociais demonstram que pequenas intervenções comunicacionais podem elevar fortemente o nível de adesão, demandando um investimento muito inferior ao exigido pela estrutura mais convencional de imposição e execução. Isso corrobora a tese de que a sanção clássica deve ser reclassificada como última *ratio* na caixa de ferramentas regulatória (Araújo et al., 2023; Barros; Albuquerque, 2022).

Ao fazer a intersecção do referencial do Estado catalisador com a análise comportamental do direito, a pesquisa contribuiu para sistematizar a arquitetura de escolhas como uma função administrativa própria. Afirma-se que o administrador público atua, inevitavelmente, como arquiteto de escolhas e, por essa razão, é de sua responsabilidade justificar seus *nudges* em respeito à legalidade, transparência e proporcionalidade.

Conclui-se que os *nudges* institucionalizados jurídico são compatíveis com o Estado Democrático de Direito e podem dar suporte ao princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição (Bresser Pereira, 1996; Binenbojm, 2020). Ao mesmo tempo, a pesquisa reconhece limites e riscos, pois o uso acrítico de técnicas comportamentais pode encobrir conflitos distributivos, deslocar as decisões para esferas tecnocráticas e afetar a autonomia, quando não houver informatização clara e precisa sobre os mecanismos por intermédio dos quais se dá a influência.

O debate ético em torno do paternalismo libertário demonstra que os *nudges* apenas podem ser justificáveis quando são aumentadores da capacidade dos indivíduos em perseguir seus próprios objetivos racionais e são passíveis de escrutínio público, sob

risco de se aproximarem de manipulações encobertas (Lepenies; Małecka, 2019; Sunstein, 2016).

Como original contribuição, o artigo fez uma leitura do poder de polícia sob o viés da racionalidade limitada, sustentando que a inteligência regulatória precederia a ameaça de coerção quando dados empíricos apontarem maior eficiência dos incentivos comportamentais. Essa reconceituação permite que se pense o Estado catalisador não como um Estado mais fraco, mas como um Estado que escolha meios mais finos e proporcionais para a realização do interesse público. Neste contexto, a coerção continua sendo necessária, contudo, deve ser utilizada apenas em situações de risco grave, ou naquelas de resistência deliberada ao cumprimento de deveres jurídicos (Thaler; Sunstein, 2019; Costa, 2017).

Pesquisas futuras podem se debruçar, de maneira mais sistemática, sobre três possibilidades. A primeira diz respeito à criação de métricas robustas de avaliação de impacto de *nudges* dentro do contexto brasileiro, que permitam comparar, em termos de dados, as combinações entre sanção e incentivo. A segunda refere-se ao estudo do controle jurisdicional que se exerce sobre essa função administrativa, a partir dos parâmetros para aferir transparência, motivação e respeito à autonomia. A terceira encontra-se relacionada aos efeitos distributivos das políticas comportamentais, indagando-se quem ganha ou perde com essas políticas e quem paga pelo custo das decisões em um país de desigualdades profundas (Barros; Albuquerque, 2022; Giacomini, 2014).

Em termos práticos, trata-se de uma agenda desafiadora e promissora que se abre para a Administração Pública brasileira. Se o Estado conseguir inserir, de maneira responsável, a arquitetura de escolhas, será capaz de diminuir o contencioso, racionalizar o uso do poder de polícia e criar com os administrados uma relação mais cooperativa. O convite a gestores, juristas e pesquisadores é o de experimentar, avaliar e criticar esses instrumentos, para que a reinvenção da atuação administrativa não seja apenas retórica, mas se transforme em políticas mais humanas, mais eficientes e mais democraticamente legitimadas (Santos; Oliveira, 2023; Verbicaro; Caçapietra, 2021).

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Érica Márcia Rabelo Silva *et al.* *Nudge* como estratégia para o incremento da arrecadação fiscal do IPTU. **Simetria – Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**, São Paulo, ano VIII, n. 11, p. 149-170, 2023. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/134>. Acesso em: 22 dez. 2025.
- BARROS, Simone Regina Alves de Freitas; ALBUQUERQUE, Ana Paula dos Santos. Economia comportamental aplicada à Covid-19: um exercício analítico do uso de “nudges” em políticas públicas. **Recima21**, v. 3, n. 3, p. 1-8, 2022. Disponível em: <https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/1246>. Acesso em: 22 dez. 2025.
- BELMIRO, Daniel; SEDEU, Ricardo. Economia comportamental aplicada à administração tributária. In: ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. **Economia comportamental aplicada às políticas públicas tributárias**. Brasília, DF: ENAT, 2022. p. 45-78. Disponível em: <https://www.cogef.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/05/4-Economia-Comportamental-aplicada-a-AT-Daniel-Belmiro-e-Ricardo-Sedeu.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2025.
- BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo: entre justificação e operacionalização. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1153-1189, set./dez. 2023. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/785>. Acesso em: 22 dez. 2025.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 47, n. 1, p. 7-40, jan./abr. 1996. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1734/1/1996%20RSP%20ano.47%20v.120%20n.1%20jan-abr%20p.07-40.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2025.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 214, p. 91-118, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91.pdf. Acesso em: 22 dez. 2025.
- FEITOSA, Rafael C.; CRUZ, João P. *Nudges* fiscais: a economia comportamental e o aprimoramento da cobrança da dívida ativa. **Revista de Processo e Jurisdição**, Fortaleza, v. 5, n. 2, p. 115-140, 2019. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/download/10258/pdf/0>. Acesso em: 22 dez. 2025.
- FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses cognitivos. **Revista AEC**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 45-68, 2019. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/44/519>. Acesso em: 22 dez. 2025.

GIACOMINI, Henrique. **Economia comportamental nas políticas públicas**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/c6ef821f-302c-47bc-92b6-bf2ad377c235>. Acesso em: 22 dez. 2025.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEPENIES, Robert; MAŁECKA, Magdalena. The ethics of behavioural public policy. In: POAMA, Andrei; LEVER, Annabelle (ed.). **Routledge handbook of ethics and public policy**. London: Routledge, 2019. p. 513-525. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/books/9781315461731/chapters/10.4324/9781315461731-41>. Acesso em: 22 dez. 2025.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Regulação municipal, smart cities e *nudges*: a experiência do Município do Rio de Janeiro. **Revista Carioca de Direito**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 6-33, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://rcd.pgm.rio/index.php/rcd/article/view/81>. Acesso em: 22 dez. 2025.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. 5. ed. Brasília: MH Comunicação, 1994.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 456-471, ago. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5218>. Acesso em: 22 dez. 2025.

SANTOS, Bruno; OLIVEIRA, Carla. Os *nudges* e as políticas públicas no Estado brasileiro. **Diálogos Possíveis**, v. 22, n. 2, p. 150-170, 2023. Disponível em: <https://revista.grupofaveni.com.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/1522>. Acesso em: 22 dez. 2025.

SUNSTEIN, Cass R. *Nudges.gov*: behavioral economics and regulation. **Review of Behavioral Economics**, v. 1, n. 1-2, p. 115-141, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220022. Acesso em: 22 dez. 2025.

SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence**: government in the age of behavioral science. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1738360?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em: 22 dez. 2025.

VERBICARO, Dennis; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. A economia comportamental no desenho de políticas públicas de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 30, n. 123, p. 25-50, 2021. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/3449>. Acesso em: 22 dez. 2025.

CAPÍTULO V

DA SENZALA À CADEIA PÚBLICA: SELETIVIDADE PENAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E A PERMANÊNCIA DA CASA-GRANDE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Jose Antonio Nunes Aguiar⁵⁷.
DOI-CAPÍTULO: 10.47538/AC-2026.47-05

RESUMO: Este artigo analisa as continuidades históricas entre a senzala escravocrata, as cadeias públicas contemporâneas e a permanência simbólica da casa-grande na estrutura social brasileira. Argumenta-se que o sistema penal e determinadas políticas públicas operam como mecanismos de gestão da pobreza e de controle social, reproduzindo hierarquias raciais e de classe herdadas do período colonial. A partir de uma abordagem teórico-crítica, articulada a uma leitura etnográfica das práticas institucionais, sustenta-se que a prisão contemporânea constitui uma atualização da lógica da senzala sob a forma jurídica do Estado moderno. O discurso recente do ministro Herman Benjamin, ao reconhecer a existência de “duas justiças” no Brasil — uma punitiva para os pobres e outra garantista para os ricos — é mobilizado como evidência institucional que corrobora a seletividade estrutural do sistema penal e a permanência de uma cidadania profundamente desigual.

PALAVRAS-CHAVE: Senzala. Cadeia Pública. Seletividade Penal. Políticas Públicas. Racismo Estrutural.

FROM THE SLAVE QUARTERS TO PUBLIC PRISONS: PENAL SELECTIVITY, PUBLIC POLICIES, AND THE PERSISTENCE OF THE BIG HOUSE IN CONTEMPORARY BRAZIL

ABSTRACT: This article examines the historical continuities between the slave quarters (senzala), contemporary public prisons, and the symbolic persistence of the casa-grande in Brazilian society. It argues that the penal system and certain public policies function as mechanisms for managing poverty and social control, reproducing racial and class hierarchies inherited from the colonial period. Drawing on a critical theoretical framework and an ethnographic reading of institutional practices, the article contends that contemporary imprisonment represents an institutional reconfiguration of the logic of the slave quarters within the legal framework of the modern state. The recent discourse of Justice Herman Benjamin, acknowledging the existence of “two systems of justice” in Brazil - one punitive for the poor and another protective for the wealthy—is analyzed as institutional evidence supporting the structural selectivity of the penal system and the persistence of unequal citizenship.

KEYWORDS: Slave Quarters. Public Prisons. Penal Selectivity. Public Policies. Structural Racism.

57 Mestrando em Direito e Afirmação de Vulneráveis, Universidade Ceuma, São Luís/MA e graduado em Direito pela UFMA. E-mail: joseantonionunesaguiar145@gmail.com. <https://www.lattes.cnpq.br/1365793003921191> - ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2605-6343>.

INTRODUÇÃO

A formação social brasileira é marcada por continuidades históricas profundas que atravessam os períodos colonial, imperial e republicano, desafiando interpretações que enfatizam rupturas institucionais formais sem considerar a persistência das estruturas de poder. Embora o Brasil tenha abolido juridicamente a escravidão em 1888 e instituído, ao longo do século XX, um Estado fundado nos princípios da igualdade formal, da legalidade e dos direitos fundamentais, a experiência concreta da cidadania permanece profundamente desigual.

Essa desigualdade manifesta-se de maneira particularmente evidente no funcionamento do sistema penal. As cadeias públicas brasileiras concentram, de forma sistemática, indivíduos pobres, majoritariamente negros e oriundos de territórios marcados pela precariedade das políticas públicas. Tal padrão não pode ser explicado exclusivamente pela incidência abstrata da criminalidade, mas deve ser compreendido como expressão de uma seletividade penal estrutural, que opera articulada às desigualdades raciais e de classe constitutivas da sociedade brasileira.

Neste artigo, parte-se da hipótese de que a cadeia pública contemporânea representa uma continuidade histórica da senzala escravocrata, atualizada sob a linguagem jurídica do Estado moderno. Assim como a senzala não era apenas um espaço físico, mas uma instituição de controle, disciplina e desumanização, a prisão contemporânea cumpre função semelhante ao administrar, confinar e neutralizar populações historicamente marginalizadas. A oferta de garantias mínimas — como alimentação, custódia formal e direitos processuais abstratos — não altera essa lógica estrutural, do mesmo modo que a subsistência mínima oferecida aos escravizados não anulava o caráter violento da ordem escravocrata.

Paralelamente, a casa-grande não desaparece com o fim da escravidão. Ela se afasta fisicamente dos espaços de confinamento, mas permanece intacta enquanto centro simbólico e material do poder econômico, político e jurídico. A distância espacial entre elites e populações encarceradas contribui para a naturalização da desigualdade e para a invisibilização das continuidades históricas que estruturam o sistema penal.

A atualidade dessa análise é reforçada por enunciados produzidos no interior do próprio campo jurídico. Ao tomar posse na presidência do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Herman Benjamin afirmou que o Brasil convive com duas justiças: uma “medieval” para os pobres e outra sofisticada para os ricos. Tal declaração, proferida por um ator central do Judiciário, constitui um reconhecimento explícito da seletividade penal e oferece respaldo institucional à tese de que a prisão contemporânea não representa uma ruptura com o passado escravocrata, mas sua reorganização sob novas formas.

JUSTIFICATIVA

A justificativa deste estudo fundamenta-se na necessidade de compreender o sistema penal brasileiro para além de sua dimensão normativa, reconhecendo-o como um fenômeno histórico, social e político profundamente enraizado nas estruturas de desigualdade que marcam a formação do país. O Brasil apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, composta majoritariamente por indivíduos pobres, negros ou pardos, com baixa escolaridade e trajetórias marcadas pela exclusão social. Tal configuração revela que o encarceramento em massa não é um efeito colateral indesejado do sistema de justiça, mas parte constitutiva de seu funcionamento ordinário.

A atualidade do problema se intensifica diante do fortalecimento de discursos punitivistas que apresentam a prisão como resposta legítima e necessária à violência e à pobreza, deslocando a questão social para o campo penal. Como observa Wacquant (2001), em contextos de retração das políticas sociais, o Estado tende a expandir seu braço penal, utilizando a prisão como instrumento de gestão da miséria. No caso brasileiro, esse processo ocorre sobre uma base histórica marcada pela escravidão e pelo racismo estrutural, o que confere ao encarceramento um caráter profundamente seletivo.

Além disso, políticas públicas direcionadas às populações encarceradas frequentemente limitam-se à garantia da sobrevivência biológica mínima — alimentação, custódia formal e atendimento precário — sem qualquer compromisso efetivo com a transformação das condições sociais que produzem o encarceramento. Essa lógica assistencial mínima não rompe com a exclusão; ao contrário, contribui para sua naturalização. Assim como na senzala, onde a subsistência dos escravizados era condição

para a manutenção da ordem produtiva, a garantia mínima de direitos no cárcere não implica reconhecimento de cidadania plena.

A fala do ministro Herman Benjamin, ao afirmar que o Brasil convive com duas justiças — uma “medieval” para os pobres e outra sofisticada para os ricos — confere densidade empírica e institucional a esse diagnóstico. Trata-se de um reconhecimento explícito, vindo do interior do Judiciário, de que a igualdade jurídica não se concretiza materialmente. Tal enunciado reforça a necessidade de análises críticas que articulem história, seletividade penal e políticas públicas, demonstrando que a prisão contemporânea opera como continuidade de uma lógica de controle social herdada do período escravocrata.

Dessa forma, o presente estudo se justifica pela urgência de desvelar as continuidades históricas que sustentam o sistema penal brasileiro, contribuindo para o debate acadêmico sobre desigualdade, racismo estrutural, cidadania diferenciada e implementação de políticas públicas em contextos de vulnerabilidade.

PROBLEMATIZAÇÃO

A problemática central deste artigo emerge da constatação de que, apesar das transformações jurídicas e institucionais ocorridas desde o fim formal da escravidão, o sistema penal brasileiro continua a operar de maneira profundamente desigual. A prisão contemporânea concentra os mesmos grupos historicamente subalternizados, sugerindo a permanência de uma racionalidade de controle que atravessa diferentes períodos históricos.

Diante disso, formula-se a seguinte questão central:

Em que medida as cadeias públicas brasileiras podem ser compreendidas como uma continuidade histórica da senzala escravocrata, e como essa permanência se articula à seletividade penal e às políticas públicas contemporâneas de gestão da pobreza?

Essa questão desdobra-se em problemáticas complementares:

Como a herança escravocrata se manifesta no funcionamento cotidiano do sistema penal brasileiro?

De que modo o discurso institucional do Judiciário, exemplificado pela fala do ministro Herman Benjamin, reconhece a existência de uma justiça penal seletiva?

Em que medida a igualdade jurídica formal convive com práticas institucionais que produzem cidadanias diferenciadas?

Como as políticas públicas voltadas ao cárcere operam mais como mecanismos de contenção social do que de inclusão e emancipação?

Qual é o papel da casa-grande — hoje afastada espacialmente — na manutenção de privilégios e na blindagem jurídica das elites?

A problematização, portanto, não se limita a questionar a eficácia do sistema penal, mas busca compreender sua função social e histórica no contexto brasileiro.

OBJETIVOS

Objetivo Geral: Analisar as cadeias públicas brasileiras como continuidade histórica da senzala escravocrata, articulando seletividade penal, discurso institucional do Judiciário e políticas públicas na gestão contemporânea da pobreza e da desigualdade social.

Objetivos Específicos: Compreender a senzala como instituição disciplinar e tecnologia de controle social no período escravocrata; Analisar o processo de abolição da escravidão como ruptura jurídica sem inclusão social efetiva; Investigar a prisão contemporânea como reconfiguração institucional da lógica da senzala; Examinar o discurso do ministro Herman Benjamin como evidência institucional da existência de uma justiça penal seletiva; Analisar o papel da casa-grande, hoje afastada fisicamente, na manutenção de privilégios políticos, econômicos e jurídicos; Discutir o sistema penal como política pública implícita de gestão da pobreza no Brasil.

REFERENCIAL TEÓRICO

O referencial teórico deste estudo articula contribuições da sociologia crítica brasileira, da antropologia do Estado, da criminologia crítica e da teoria social

contemporânea, permitindo compreender o sistema penal como fenômeno histórico e estrutural.

A noção de abolição inconclusa, desenvolvida por Florestan Fernandes (1978), é central para compreender a permanência das desigualdades raciais no Brasil pós-escravidão. Segundo o autor, a integração do negro à sociedade de classes ocorreu de forma subordinada, sem acesso efetivo à cidadania plena, o que produziu uma massa de indivíduos formalmente livres, mas socialmente excluídos.

O conceito de racismo estrutural, conforme formulado por Silvio Almeida (2019), permite compreender a seletividade penal como expressão normal de uma estrutura social racializada. Para Almeida, o racismo não se limita a práticas individuais ou institucionais isoladas, mas organiza o funcionamento do Estado, do mercado e das instituições jurídicas.

A criminologia crítica, especialmente em Loïc Wacquant (2001; 2007), oferece instrumentos analíticos fundamentais para compreender a prisão como mecanismo de gestão da pobreza. O autor demonstra que, em contextos de neoliberalização, o Estado penal se expande justamente onde o Estado social se retrai, convertendo a miséria em objeto de controle punitivo.

Michel Foucault (1975), ao analisar a prisão como tecnologia disciplinar, contribui para a compreensão das continuidades entre diferentes formas históricas de controle dos corpos. Embora situado em outro contexto histórico, seu trabalho permite compreender a prisão não como resposta ao crime, mas como dispositivo de normalização e disciplina.

Jessé Souza (2017) contribui para a compreensão da naturalização da subalternidade no Brasil, demonstrando como as elites constroem narrativas morais que legitimam a desigualdade e a exclusão. Já Achille Mbembe (2018), com o conceito de necropolítica, auxilia na análise da administração diferencial da vida e da morte em contextos de desigualdade extrema, como o sistema prisional.

Por fim, o discurso do ministro Herman Benjamin é compreendido neste trabalho como um enunciado institucional, no sentido bourdieusiano, produzido por um ator dotado de alto capital simbólico no campo jurídico. Ao reconhecer a existência de duas

justiças penais, o ministro explicita aquilo que a teoria social e a empiria já vinham apontando: a seletividade estrutural do sistema penal brasileiro.

MARCO TEÓRICO

O Marco Teórico deste artigo fundamenta-se na articulação entre a sociologia histórica brasileira, a criminologia crítica, a teoria do Estado e os estudos sobre racismo estrutural, permitindo compreender o sistema penal como uma instituição historicamente situada e funcional à manutenção das desigualdades sociais. A hipótese central sustenta que a cadeia pública contemporânea constitui uma continuidade institucional da senzala escravocrata, enquanto a casa-grande — hoje espacialmente afastada — permanece como locus de reprodução de privilégios e de exceção jurídica.

Essa articulação teórica parte do pressuposto de que o direito e as instituições penais não operam em um vazio social. Conforme Bourdieu (2014), o campo jurídico tende a universalizar interesses particulares, convertendo relações de poder em normas aparentemente neutras. No caso brasileiro, essa neutralidade jurídica encobre uma seletividade penal historicamente direcionada aos mesmos grupos sociais subalternizados desde o período colonial.

ESCRAVIDÃO, SENZALA E FORMAÇÃO DO CONTROLE PENAL

A escravidão brasileira constituiu um sistema de dominação que articulava exploração econômica, violência simbólica e controle dos corpos. A senzala, enquanto espaço de confinamento, desempenhava função central nesse processo. Para Florestan Fernandes (1978), a ordem escravocrata produziu uma hierarquia social rígida que se projetou para além da abolição, moldando as instituições republicanas.

Abdias do Nascimento (2016) enfatiza que a desumanização do negro escravizado não foi um efeito colateral da escravidão, mas seu fundamento. Segundo o autor, “o negro foi reduzido à condição de coisa, de instrumento, de mercadoria”, o que possibilitou a naturalização da violência e do confinamento. Essa lógica de desumanização constitui o alicerce histórico das práticas punitivas contemporâneas.

Nesse sentido, a senzala pode ser compreendida como uma instituição proto-penal, anterior ao cárcere moderno, mas já estruturada pela lógica do castigo, da vigilância e da punição coletiva.

ABOLIÇÃO INCONCLUSA E PRODUÇÃO DA MARGINALIDADE

A transição da escravidão para o trabalho livre no Brasil ocorreu sem políticas de integração social, econômica ou educacional. Fernandes (1978) afirma que a abolição representou uma ruptura jurídica sem correspondência material, lançando a população negra à marginalidade estrutural.

Essa condição foi reforçada por um Estado que, ao invés de promover inclusão, passou a criminalizar a pobreza. Para Wacquant (2001), o sistema penal assume, em contextos de desigualdade extrema, a função de gerir a miséria produzida pelo próprio sistema econômico. No Brasil, essa gestão adquire contornos raciais evidentes.

Jessé Souza (2017) demonstra que a elite brasileira construiu uma moralidade excludente, na qual os pobres são percebidos como responsáveis por sua própria condição. Essa construção simbólica legitima a repressão penal e sustenta a seletividade do encarceramento.

RACISMO ESTRUTURAL E SELETIVIDADE PENAL

O conceito de racismo estrutural, conforme formulado por Almeida (2019), é central para compreender o funcionamento do sistema penal brasileiro. O autor argumenta que o racismo organiza as instituições sociais, jurídicas e políticas, produzindo desigualdades sistemáticas mesmo na ausência de discriminação explícita.

No âmbito penal, essa estrutura manifesta-se na criminalização seletiva, na atuação policial, na produção de provas, nas decisões judiciais e na execução da pena. Como observa o próprio Almeida (2019, p. 39), “o sistema de justiça criminal é um dos principais mecanismos de reprodução do racismo estrutural”.

A prisão, nesse contexto, não é um espaço de exceção, mas de normalidade institucional.

DUAS JUSTIÇAS PENAIS: DISCURSO INSTITUCIONAL E EVIDÊNCIA EMPÍRICA

A fala do ministro Herman Benjamin, ao afirmar que o Brasil convive com “uma justiça medieval para os pobres e uma justiça sofisticada para os ricos”, é interpretada neste artigo como um enunciado institucional revelador. Trata-se de um reconhecimento explícito, oriundo do interior do campo jurídico, da existência de uma justiça penal dual.

Esse discurso confirma empiricamente o que a criminologia crítica já apontava: a igualdade formal perante a lei convive com práticas seletivas que beneficiam indivíduos dotados de capital econômico, político e simbólico. Como aponta Bourdieu (2014), quanto maior o capital acumulado por um agente, maior sua capacidade de mobilizar o direito em seu favor.

Assim, enquanto a cadeia pública concentra pobres e negros submetidos a condições degradantes, indivíduos pertencentes às elites experimentam tratamentos diferenciados desde a fase de conhecimento até a execução penal.

CASA-GRANDE AFASTADA E BLINDAGEM DAS ELITES

A casa-grande, embora afastada fisicamente da senzala e da prisão, permanece como elemento estruturante da ordem social. Sua distância espacial é compensada por proximidade institucional com os centros de poder político, econômico e jurídico.

Essa blindagem se expressa na produção legislativa, na seletividade da persecução penal e na capacidade de alterar normas em benefício próprio. O sistema penal, assim, não opera de forma simétrica, mas como instrumento de preservação da hierarquia social.

METODOLOGIA

A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, de caráter analítico-crítico, fundamentada na articulação entre análise histórica, teórica e discursiva. Trata-se de um estudo de natureza teórico-interpretativa, com forte diálogo com a antropologia do Estado e a sociologia do direito.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Os procedimentos metodológicos incluem: Análise bibliográfica de obras clássicas e contemporâneas da sociologia brasileira, criminologia crítica e teoria social; Análise histórico-estrutural da transição da senzala para o sistema penal moderno; Análise discursiva de enunciados institucionais, com destaque para a fala do ministro Herman Benjamin, compreendida como evidência empírica da seletividade penal; Leitura crítica das políticas públicas penais, especialmente aquelas voltadas à administração do cárcere.

PERSPECTIVA ANALÍTICA

O estudo adota uma perspectiva inspirada na antropologia das políticas públicas, compreendendo o Estado como um conjunto de práticas, discursos e instituições que produzem efeitos concretos na vida social. A prisão é analisada não apenas como instituição jurídica, mas como prática estatal de gestão da desigualdade.

A CADEIA PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE CONTENÇÃO SOCIAL

Embora formalmente inserida no campo da segurança pública, a cadeia pública brasileira opera, na prática, como uma política pública implícita de gestão da pobreza. Trata-se de uma política que não se apresenta como tal, mas que produz efeitos concretos e previsíveis sobre determinados grupos sociais. Como destacam estudos críticos sobre o Estado penal, a prisão deixa de ser resposta excepcional ao crime para se tornar instrumento ordinário de administração da desigualdade (Wacquant, 2001).

No contexto brasileiro, essa função é agravada pela herança escravocrata e pela ausência histórica de políticas públicas efetivas de inclusão social. A população encarcerada é composta majoritariamente por indivíduos pobres, negros, com baixa escolaridade e trajetórias marcadas por desemprego, informalidade e precarização. Esses dados não são aleatórios, mas expressão de um sistema que seleciona seus alvos.

A cadeia pública, nesse sentido, cumpre função semelhante à da senzala: garantir a contenção física e simbólica de corpos considerados perigosos ou indesejáveis. A oferta mínima de alimentação, abrigo precário e vigilância constante não configura política de

reintegração, mas de manutenção da ordem social. Assim como na senzala, a preocupação central não é o bem-estar do sujeito confinado, mas a estabilidade do sistema que o confina.

Foucault (1975) já advertia que a prisão não visa à ressocialização, mas à produção de corpos dóceis e controláveis. No Brasil, essa lógica é atravessada pelo racismo estrutural, o que torna a prisão um espaço de reprodução da desigualdade racial. Como observa Almeida (2019), o encarceramento em massa é um dos principais mecanismos contemporâneos de reprodução do racismo estrutural.

As políticas públicas voltadas ao sistema prisional concentram-se, em geral, na administração da escassez: alimentação mínima, superlotação naturalizada, atendimento médico insuficiente e ausência de projetos consistentes de educação ou trabalho. Essa lógica reforça o caráter da prisão como espaço de exclusão permanente, não como etapa transitória de reintegração social.

DA SENZALA À CADEIA: CONTINUIDADES HISTÓRICAS E FUNCIONAIS

A comparação entre senzala e cadeia pública não deve ser entendida como analogia simplista, mas como análise das continuidades funcionais entre duas instituições historicamente distintas, porém estruturalmente conectadas. Ambas operam como mecanismos de confinamento, disciplinamento e desumanização de populações subalternizadas.

A senzala organizava-se como espaço de punição cotidiana, vigilância constante e negação de direitos. O escravizado era mantido vivo não por reconhecimento de sua humanidade, mas por sua utilidade econômica. De modo semelhante, o preso contemporâneo é mantido sob custódia estatal com garantia mínima de sobrevivência biológica, sem que isso implique reconhecimento pleno de sua condição de sujeito de direitos.

Abdias do Nascimento (2016) argumenta que o projeto de desumanização do negro não se encerrou com a abolição, mas foi reformulado por meio de novas instituições. A prisão surge, assim, como espaço privilegiado dessa reformulação. O

controle antes exercido pelo senhor de escravos passa a ser exercido pelo Estado, agora legitimado pelo discurso jurídico.

Fernandes (1978) demonstra que a sociedade brasileira não rompeu com sua lógica de castas, apenas a reconfigurou sob novas roupagens. A cadeia pública representa, nesse contexto, uma atualização institucional da senzala, compatível com o Estado moderno e com o discurso da legalidade.

A CASA-GRANDE AFASTADA: PRIVILÉGIO, BLINDAGEM E EXCEÇÃO JURÍDICA

Enquanto a senzala e a cadeia concentram os corpos subalternizados, a casa-grande permanece como espaço de proteção, privilégio e exceção. A diferença fundamental é que, no presente, a casa-grande não precisa estar fisicamente próxima. Ela se desloca para condomínios fechados, bairros nobres e espaços institucionalmente blindados.

Essa blindagem não é apenas espacial, mas sobretudo jurídica e política. Indivíduos pertencentes às elites econômicas e políticas dispõem de recursos que lhes permitem mobilizar o sistema de justiça em seu favor: advocacia especializada, influência política, capacidade de produzir mudanças legislativas e acesso privilegiado aos centros de decisão.

A fala do ministro Herman Benjamin, ao reconhecer a existência de duas justiças penais, explicita essa clivagem. Trata-se de um reconhecimento de que o sistema penal opera de forma diferenciada conforme a posição social do acusado. Para os pobres, uma justiça punitiva, célere e severa; para os ricos, uma justiça lenta, garantista e frequentemente indulgente.

Bourdieu (2014) explica que o direito tende a reproduzir as hierarquias sociais ao transformar privilégios em legalidade. Assim, a casa-grande contemporânea não precisa recorrer à violência direta; ela opera por meio da norma, da exceção e da seletividade.

DISCUSSÃO: PRISÃO, DESIGUALDADE E DEMOCRACIA NO BRASIL

A permanência dessas estruturas coloca em xeque a própria ideia de democracia substantiva no Brasil. Um sistema penal que encarcera majoritariamente pobres e negros, enquanto protege elites, não pode ser compreendido como neutro ou universal.

A cadeia pública, enquanto continuidade da senzala, revela os limites do projeto republicano brasileiro. A cidadania permanece estratificada, e o acesso à justiça varia conforme classe, raça e capital simbólico. Como afirma Mbembe (2018), a administração diferencial da vida é característica de sociedades marcadas por heranças coloniais não superadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou demonstrar que o sistema penal brasileiro, longe de representar uma ruptura com o passado escravocrata, constitui uma de suas mais persistentes continuidades institucionais. A análise evidenciou que a cadeia pública contemporânea opera como atualização histórica da senzala, desempenhando função central na contenção, disciplinamento e gestão de populações historicamente subalternizadas.

Ao articular sociologia histórica, criminologia crítica e análise discursiva, demonstrou-se que o encarceramento em massa de pobres e negros não é uma disfunção do sistema, mas parte constitutiva de seu funcionamento regular. A prisão, nesse sentido, não surge como resposta neutra ao crime, mas como instrumento de administração da desigualdade produzida por um processo histórico de exclusão social iniciado no período colonial e nunca efetivamente superado.

A casa-grande, embora hoje afastada espacialmente, mantém-se como polo de privilégio e exceção jurídica. Sua distância física em relação à senzala e à cadeia não significa rompimento, mas sofisticação dos mecanismos de dominação. A blindagem jurídica das elites, a seletividade da persecução penal e a capacidade de moldar normas e interpretações legais evidenciam a permanência de uma justiça estratificada.

A incorporação do discurso do ministro Herman Benjamin revelou-se fundamental para demonstrar que essa leitura crítica não é apenas externa ao campo

jurídico, mas encontra reconhecimento explícito no interior do próprio Judiciário. Ao afirmar a existência de duas justiças penais — uma “medieval” para os pobres e outra sofisticada para os ricos — o ministro explicita aquilo que a empiria e a teoria social há décadas vêm denunciando: a igualdade formal perante a lei convive com práticas institucionais profundamente desiguais.

CONCLUSÕES E IMPLICAÇÕES PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A principal conclusão do estudo é que o sistema penal brasileiro funciona como uma política pública implícita de gestão da pobreza, orientada não para a inclusão social, mas para a contenção e neutralização de populações consideradas excedentes. As políticas voltadas ao cárcere concentram-se na administração mínima da sobrevivência — alimentação, custódia e vigilância — sem compromisso real com transformação social, educação, trabalho ou reintegração cidadã.

Essa lógica reproduz, em chave moderna, a racionalidade da senzala: manter vivos os corpos confinados apenas na medida necessária à manutenção da ordem social. A preocupação do Estado não é com a redução das desigualdades que produzem o encarceramento, mas com o controle de seus efeitos visíveis.

Do ponto de vista das políticas públicas, isso implica reconhecer que:

O encarceramento não pode ser tratado isoladamente como problema de segurança pública; A prisão é atravessada por questões raciais, econômicas e históricas; Políticas penais dissociadas de políticas sociais amplas tendem a reforçar a exclusão; A seletividade penal compromete a legitimidade democrática do sistema de justiça.

Reformular o sistema penal exige, portanto, enfrentar a herança escravocrata ainda inscrita nas instituições estatais, rompendo com a lógica punitiva como resposta privilegiada à desigualdade social.

LIMITAÇÕES DO ESTUDO E AGENDA DE PESQUISA

Este trabalho possui natureza teórico-interpretativa e não realizou pesquisa de campo direta em unidades prisionais. Embora isso não comprometa a robustez analítica

da abordagem, abre espaço para investigações futuras que aprofundem empiricamente as dinâmicas cotidianas do cárcere.

Como agenda de pesquisa, sugerem-se: Estudos etnográficos em cadeias públicas, analisando práticas institucionais e interações entre agentes do Estado e pessoas privadas de liberdade; Análises comparativas entre o tratamento penal de réus pobres e réus pertencentes às elites econômicas e políticas; Investigações sobre a formulação legislativa como instrumento de blindagem de privilégios; Estudos sobre políticas públicas alternativas ao encarceramento em contextos de vulnerabilidade social.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- BENJAMIN, Herman. **Discurso de posse como presidente do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, 22 ago. 2025.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Ática, 1978.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1975.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2018.
- NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. São Paulo: Perspectiva, 2016.
- SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

INFORMAÇÕES SOBRE OS ORGANIZADORES

SILVA, Deise Lucia da: Socióloga, Pedagoga e Mestra em Educação, com 22 anos de experiência na gestão de projetos sociais, educacionais, violência e direitos humanos. Especialista em tutoria EAD, pesquisas, inovação e mediação pedagógica. Atualmente graduanda em Direito e atuante na advocacia, possui sólida trajetória em mediação de conflitos, gestão pública e implementação de ações voltadas ao impacto social e letramento digital. <http://lattes.cnpq.br/4147829984860701>. <https://orcid.org/0009-0003-1617-4865>. E-mail: gestosocialconsultoria@gmail.com.

FREIRE, Josicleide de Oliveira: Mestra em Serviço Social pela Universidade Federal de Alagoas. Bacharel em Serviço Social pelo Centro Universitário Tiradentes. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes. Especialista em Gerontologia Social pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduada em MBA Gestão Estratégica de Pessoas pelo Centro Universitário Tiradentes. <http://lattes.cnpq.br/8969989442448024>. <https://orcid.org/0000-0002-7850-6242>. E-mail: jcleide.santos@hotmail.com.

BATALHA, Glaucia Fernanda Oliveira Martins: Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2005) e licenciatura em Sociologia pela Faculdade de Administração, Humanas e Exatas (2025). É especialista em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade da Amazônia (2008) e em Antropologia e Educação Social pela Faculdade de Administração, Humanas e Exatas. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (2010) e Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão (2024). <http://lattes.cnpq.br/1051668391621795>. <https://orcid.org/0000-0002-0458-0319>. E-mail: glauciamartinsbatalha@gmail.com.

LEÃO, José Bruno Martins: Pós-doutorando em Ciência com Inteligência Artificial (Washington Lincoln University - EUA). Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (CEUB/ITE). Mestre em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Graduando em Ciência Política (UNINTER). Especialista em Análise Criminal, Ciência Política, Criminologia, Direito Administrativo e Econômico, Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal, Docência jurídica, Docência do Ensino Superior, Educação Especial e Inclusiva, Educação de Jovens e Adultos (EJA), Gestão em Segurança Pública, Metodologias em Educação a Distância, Neuroeducação e Psicologia Forense e Jurídica. Bacharel em Direito. Licenciado em Filosofia, História e Letras. <https://lattes.cnpq.br/3211905495989364>. <https://orcid.org/0000-0002-5797-4303>. E-mail: jbmleao@gmail.com.

INFORMAÇÕES SOBRE OS AUTORES

AGUIAR, Jose Antonio Nunes: Universidade Ceuma, São Luís/MA. Mestrando em Direito e Afirmação de Vulneráveis, Universidade Ceuma, São Luís/MA e graduado em Direito pela UFMA. E-mail: joseantonionunesaguiar145@gmail.com. <https://www.lattes.cnpq.br/1365793003921191>; <https://orcid.org/0009-0007-2605-6343>.

BRITO, Renata e Silva: Graduada em Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho (UNIRON). Pós-graduada em história e cultura afro - brasileira e indígena pela UNINTER. Membro da Composição de Diretores na Câmara Estadual de Posse da Federação de Cultos a Umbanda e Ameríndios do Município de Porto Velho.

BUGALHO, Bruno Petermann Choueiri: Chefe da Assessoria Jurídica do 5º Ofício Geral da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho (2017) e mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (2023), na área de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

CORDEIRO, Aimme Beatrice de Oliveira Dutra: Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Ciências e Tecnologia (FACET), Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, Brasil). Advogada. E-mail: aimmebeatrice@gmail.com

NOTARI, Márcio Bonini: Docente da Universidade Federal de Rondônia do Campus de Vilhena. Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). E-mail: marciobnotari@gmail.com

OLIVEIRA, Mario Marrathma Lopes De: Graduated in Gestão de Pequenas e Médias Empresas pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2007) e bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará (2013). É pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Estácio do Ceará (2016), em Direito e Processo Penal pela Universidade de Fortaleza (2018), em Licitações e Contratações Públicas pela Universidade 7 de Setembro (2023), em Direito Municipal pela Escola Superior de Advocacia (2023) e em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2025). Atualmente, é mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus, com previsão de conclusão em 2026. Bolsista da Fundação Cearense De Apoio Ao Desenvolvimento Científico E Tecnológico (FUNCAP). Atuou como articulador, gestor e procurador, bem como assessor e responsável pela coordenação de assessorias jurídicas de diversos municípios. Coordenador Jurídico, consultor e advogado atua especialmente na gestão de riscos e de conflitos, com foco em serviços voltados à Administração e seus servidores. E-mail: mario@marrathma.com.

REZENDE, Larissa Santos: Graduada do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR). <http://lattes.cnpq.br/8649706371541911>. <https://orcid.org/0009-0007-3039-8063>. E-mail: larissa.srezende.adv@gmail.com.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Arquitetura de escolhas, 65

B

Bens digitais, 7

C

Cadeia Pública, 81

Controle de convencionalidade, 33

D

Direito do Trabalho, 25

Direito sucessório, 7

Direitos absolutamente indisponíveis, 33

Discriminação religiosa, 25

E

Economia comportamental, 65

Eficiência administrativa, 65

Estado catalisador, 65

H

Herança digital, 7

L

Limites à flexibilização trabalhista, 33

O

Opinião Consultiva 27 Corte IDH, 33

P

Poder de polícia, 65

Políticas Públicas, 81

R

Racismo Estrutural, 81

S

Seletividade Penal, 81

Senzala, 81

T

Tema 1046 STF, 33

U

Umbanda, 25

Fundamentos do Direito Contemporâneo: teoria, prática e transformações reúne estudos e reflexões que percorrem diferentes dimensões do conhecimento jurídico, considerando as transformações sociais, institucionais, tecnológicas e profissionais que caracterizam a contemporaneidade.

A obra estabelece um diálogo entre fundamentos teóricos e experiências práticas, contribuindo para uma compreensão mais ampla, crítica e contextualizada do Direito e de seu papel na sociedade.

Destinada a estudantes, pesquisadores, docentes e profissionais da área jurídica, a publicação valoriza a pluralidade de perspectivas e o debate acadêmico sobre os desafios atuais do campo jurídico.

Ao reunir diferentes abordagens e temas, a obra reafirma a importância do Direito como instrumento de cidadania, proteção de direitos e organização social, convidando o leitor a refletir sobre suas transformações e sobre os caminhos necessários para acompanhar as demandas do presente.

